

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

“El uso indebido de la figura de “Eficacia Anticipada” para la autorización de ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios durante la etapa de ejecución contractual en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado”

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Kareliss Katuska Miranda Meza

Asesor:

Christian César Chocano Davis

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El uso indebido de la figura de “Eficacia Anticipada” para la autorización de ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios durante la etapa de ejecución contractual en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado”, del autor(a) KARELISS KATIUSKA MIRANDA MEZA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 27 de febrero del 2024

CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR	
DNI: 40988780	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

El presente artículo analiza el por qué el uso de figuras jurídicas aplicables al derecho administrativo general no puede ser discrecional ni mucho menos arbitrario. Existen reglas de aplicación supletoria que deben ser rigurosamente observadas preliminarmente a efectos de determinar si su uso no desnaturaliza el propósito mismo de la norma en cuestión. La figura de la Eficacia Anticipada del Derecho Administrativo no está pensada para una aplicación general sino para verificar cada caso en particular y sus implicancias. En tal sentido, en el caso de las prestaciones adicionales para la ejecución de contratos de bienes y servicios del Estado deben cumplir con las disposiciones normativas que les son aplicables, no pudiendo utilizar salvavidas jurídicos para regularizar situaciones que ponen en cuestión la legalidad de la decisión adoptada.

Palabras clave

Eficacia anticipada, prestaciones adicionales, ejecución contractual, Contrataciones del Estado, supletoriedad.

ABSTRACT

This article analyzes why the use of legal concepts applicable to general administrative law cannot be discretionary, much less arbitrary. There are supplementary application rules that must be strictly observed preliminarily to determine if their use does not distort the very purpose of the relevant norm. The concept of Anticipated Effectiveness in Administrative Law is not intended for general application but rather to assess each specific case and its implications. In this regard, in the case of additional obligations for the execution of contracts for goods and services with the State, they must comply with the applicable regulatory provisions, and legal loopholes cannot be used to regularize situations that question the legality of the decision made.

Keywords

Anticipated Effectiveness, additional obligations, contractual execution, State contracts or Government procurement, Suppletory law

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
I. LA RAZÓN DE SER DE LA “EFICACIA ANTICIPADA” EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	5
I.1. La eficacia de los Actos Administrativos en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo General: vigencia en el tiempo.....	5
I.2. El tiempo y la eficacia de los actos administrativos: deberes y derechos de la administración pública y los administrados	7
I.3. La retroactividad excepcional de los actos administrativos y su relación con los derechos de los administrados y terceros	10
II. ACTUACIONES CONTRACTUALES: LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE ORDENAR PRESTACIONES ADICIONALES DE BIENES Y SERVICIOS, LIMITACIONES E INCIDENCIA SOBRE LA ESFERA JURÍDICA DE LA PARTE CONTRATANTE MÁS DÉBIL.....	13
II.1. La potestad de la Entidad Pública de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales para la satisfacción de la finalidad pública y satisfacción del interés general	15
II.1.1. Principio de Legalidad y potestad administrativa de modificación unilateral.....	18
II.1.2. Requisitos para la ejecución de prestaciones adicionales	19
a. Sustento previo del área usuaria	21
b. Asignación presupuestal necesaria	21
c. Límite porcentual en base al monto del contrato original.....	21
d. Permita alcanzar la finalidad pública de forma oportuna y eficiente.....	22
e. Autorización previa mediante resolución previa del Titular de la Entidad o a quien este haya delegado las facultades correspondientes.....	23
II.2. La implicancia de las prestaciones adicionales en el equilibrio económico financiero del contrato y el principio de equidad	24
II.2.1. El equilibrio en las prestaciones en base al principio de equidad de las contrataciones públicas en el marco de las prestaciones adicionales de bienes y servicios.....	25
II.2.2. Obligatoriedad de la ejecución de las prestaciones adicionales: efectos sobre la esfera jurídica del contratista	26
III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL USO DE FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL: LA EFICACIA ANTICIPADA EN LA APROBACIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES.....	28
III.1. Reglas jurídicas para la aplicación supletoria de normas durante la etapa de ejecución contractual conforme a la normativa de Contrataciones del Estado....	28
III.1.1. La supletoriedad de normas durante las diferentes etapas de una contratación pública: derecho público y derecho privado	30

III.1.2. Aplicación de la LPAG y el Código Civil durante la etapa de ejecución contractual.....	31
III.2. Verificación de cumplimiento de requisitos para la aplicación de la Eficacia Anticipada en las Resoluciones del Titular de la Entidad para la ejecución de prestaciones adicionales	33
a. Que el acto administrativo sea favorable a los administrados.....	34
b. Que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros.....	35
c. Que el hecho que justifica el acto exista fácticamente a la fecha en que se plantea retraer los efectos del acto	36
III.3. Límites de la discrecionalidad administrativa: Razones de la exigencia de una Resolución “previa” a la ejecución de las prestaciones.....	37
III.3.1. Consecuencias de una aplicación forzada de la Eficacia Anticipada: Prohibición expresa de la “regularización” de la contratación pública.....	37
CONCLUSIONES.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41



INTRODUCCIÓN

Determinar la adecuada aplicación supletoria de las normas no es una tarea sencilla cuando se trata de supuestos en los que la normativa especial puede ser interpretada conforme al derecho público como al derecho privado, especialmente si existe normativa vinculante por costumbre mas no por su fuerza legal, como son las opiniones de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE.

En tal sentido, la primera sección se centrará el análisis de la figura de la “Eficacia Anticipada” conforme su regulación y aplicación en el Derecho Administrativo general, a fin de determinar su naturaleza y finalidad jurídica que permite la aplicación retroactiva excepcional de la eficacia de actos administrativos emitidos en el marco de aplicación de la Ley General de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, la “LPAG”).

En tal sentido, como primer punto se expondrán los alcances de la “Eficacia Anticipada” conforme a la regulación establecida en la LPAG, así como la concepción de los efectos de los actos administrativos, para que, finalmente, se determinen los límites de la aplicación excepcional la retroactividad aceptable por el Derecho Administrativo.

La segunda sección delimitará el marco jurídico de las actuaciones dentro de una relación contractual en la cual una de las partes es la Administración Pública, ejerciendo su posición de parte contratante de la relación jurídica, cuyas necesidades requieren ser satisfechas en el marco de la contratación pública, a efectos de asegurar la satisfacción del interés general involucrado.

Así, se analizarán los derechos y obligaciones conferidos a la misma en el marco de la normativa especial de Contrataciones del Estado aplicable, en base al principio de legalidad y equidad que rigen a todas las contrataciones públicas, así como la condición jurídica del administrado contratista, y la obligatoriedad de cumplimiento de la Resolución que autoriza la ejecución de prestaciones adicionales.

Abordados los aspectos en las anteriores secciones, la última sección abordará el análisis cruzado entre la aplicación de la normativa general de Derecho Administrativo sobre las actuaciones de las partes contractuales durante la

ejecución de un contrato de adquisición o suministro de bienes y ejecución de servicios, considerando las reglas de interpretación y de integración dispuestas por la ley especial de Contrataciones del Estado.

Finalmente, se determinarán las reglas de aplicación supletoria de los distintos instrumentos jurídicos durante un proceso de selección y sus etapas correspondientes, para posteriormente, en relación a ello, determinar los límites de los Actos de Ejecución Contractual y las consecuencias de una aplicación incompatible con las reglas y finalidad de la normativa especial.



I. LA RAZÓN DE SER DE LA “EFICACIA ANTICIPADA” EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tal como lo define el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la LPAG, los actos administrativos son las declaraciones de las entidades, entiéndase públicas, que *“(...) en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.”*

De lo indicado anteriormente, se precisa destacar que aquello que se considera como acto administrativo (i) se emite en el marco de normas de derecho público (como en el caso, por ejemplo, de la normativa de Contrataciones del Estado), (ii) busca producir efectos jurídicos concretos, (iii) versa sobre intereses, obligaciones o derechos (iv) de sujetos debidamente identificados o identificables dentro de una situación jurídica y de hecho concreta.

En tal sentido, a efectos de poder determinar la aplicabilidad de la figura de la Eficacia Anticipada respecto a los actos administrativos que aprueban la ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios, conforme a lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado, es preciso poder delimitar en primer lugar, su alcance y naturaleza conforme a la normativa que la regula, concretamente respecto a la LPAG.

I.1. La eficacia de los Actos Administrativos en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo General: vigencia en el tiempo

“Ser eficaz o producir efectos –en suma, cumplir los objetivos previstos- es una característica de los actos jurídicos (y, en general, de los negocios jurídicos). (...). Ello significa que es también posible aplazar o demorar la eficacia de los actos, bien porque el órgano autor del acto lo quiera así, bien porque lo exija el contenido del acto, o bien porque se supedita la eficacia a aprobación superior o a la notificación o publicación (...)” (Bermejo 2013: 274). En tal sentido, y conforme lo establece la LPAG¹, la publicación o notificación del acto

¹¹ “Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.”

administrativo es una actuación administrativa necesaria para poder delimitar el límite temporal en el cual la decisión adoptada por la Entidad Pública surtirá sus efectos; entendiéndose, en palabras de Bermejo, como una condición previa para su efectividad y ejecutividad, la cual del mismo modo se entiende como garantía para los administrados destinatarios del acto administrativo en concreto, así como también para los ciudadanos en general, al tener estos un interés indirecto respecto a las actuaciones de la Administración Pública conforme al principio de predictibilidad, otorgando de tal manera seguridad jurídica a quienes acuden a sus instancias.

En suma, hacer referencia sobre eficacia de los actos administrativos en el marco de la LPAG, implica considerar dos elementos importantes: la forma en cómo se pone a conocimiento del administrado el contenido y decisión adoptada por la administración pública y el lapso de tiempo en el que desplegará todos sus efectos, es decir, su plazo de vigencia.

En relación al primer elemento, la LPAG² establece las reglas para llevar a cabo la adecuada notificación del acto administrativo. A su vez, a través de la Casación N° 12205-2016-Lima (Morón 2022: 209), se estableció que la notificación es un procedimiento administrativo, que, al ser independiente del acto administrativo, se constituye como un elemento o condición de eficacia de estos.

De tal manera, la eficacia del acto administrativo nace con la notificación de este. En consecuencia, en ausencia de este, se tendría un acto carente de fuerza jurídica frente a los administrados, e intrascendente para el ordenamiento jurídico, tal como se reconoce en el considerando 14 de la Casación N° 24600-2017-Cusco (Morón 2022: 210).

Ahora bien, una vez se tenga un acto administrativo surtiendo plenos efectos dentro de la esfera jurídica de los involucrados, corresponde identificar el lapso de tiempo respecto al cual mantendrá su vigencia. Como recoge la LPAG, la vigencia del acto administrativo comienza a partir de la notificación legalmente

² A partir del artículo 16 hasta el 27, sin perjuicio de las que se encuentran referenciadas por otros artículos en tal sentido y contenidas a lo largo de toda la norma.

realizada o desde la fecha de su emisión, en cuanto y en tanto otorgue beneficios al administrado, salvo que el propio acto disponga lo contrario.

En este último escenario, concretamente pueden presentarse dos distintos escenarios, aquellos en los cuales el propio acto administrativo reserve el inicio de su entrada en vigencia y disponga que surtirá efectos a partir del cumplimiento de determinadas condiciones en el futuro; y, aquellos casos en los cuales, excepcionalmente y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, el acto administrativo surte efectos tiempo antes de su fecha de emisión. Este último supuesto aborda el objeto de estudio del presente escrito, y respecto del cual se ahondará en los apartados siguientes.

I.2. El tiempo y la eficacia de los actos administrativos: deberes y derechos de la administración pública y los administrados

Pérez Dayán entiende el plazo o término como un elemento accesorio al acto administrativo, el cual tiene relación directa con la temporalidad dentro de la cual nace y surte sus efectos, delimitando de tal manera la actuación de la Entidad Pública involucrada (2003: 127).

Conocer el momento en el cual el acto administrativo comienza a surtir efectos, así como el momento en el cual cesará de hacerlo, sin duda se trata de un aspecto directamente relacionado con la garantía y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos involucrados, así como del cumplimiento de los principios del procedimiento administrativo establecidos por el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, específicamente respecto al de legalidad, debido procedimiento, buena fe procedimental, participación, predictibilidad o confianza legítima, ejercicio legítimo del poder, responsabilidad y acceso permanente

No debe dejarse de lado, adicionalmente, las consecuencias jurídicas que se generan al otro lado de la relación jurídica originada a partir de la decisión adoptada por la Entidad Pública, y es aquella referida a la limitación temporal de su propia actuación, conforme al cómo, cuándo y cómo acata y ejecuta lo que corresponda a sus obligaciones sobre la decisión adoptada, permitiendo en este sentido un adecuado control respecto del uso de sus prerrogativas exorbitantes. Ello, en suma, permite garantizar un correcto funcionamiento de la

administración, así como la protección del interés general involucrado con cada actuación.

En específico, cuando se habla de los efectos de todo acto administrativo, y el límite temporal de su vigencia, involucran supuestos y consecuencias jurídicas aplicables a cada una de las partes involucradas. Por un lado, de parte del administrado, quien, dependiendo del contenido de la decisión involucrada, deberá acatar y cumplir con las obligaciones dispuestas en el instrumento administrativo que corresponda, así como exigir el respeto de sus derechos implicados y/o el cumplimiento de las obligaciones que la administración pública deba ejecutar en mérito al mismo.

Por el lado de la administración pública, dependiendo del contenido propio de su decisión o ejercicio de prerrogativas exorbitantes, contenidas en el instrumento administrativo dictado, será quien tenga la obligación de exigir el cumplimiento por parte del administrado y/o actuar en el marco de sus funciones y atribuciones, de tal manera que se cumpla con el objeto y propósito del acto administrativo.

Como se desprende de lo antes comentado, la administración pública ostenta deberes de cumplimiento al momento de tomar una decisión que afecte derechos de los administrados. Sin perjuicio de ello, y conforme el objeto del presente trabajo, no debe olvidarse de aquellos deberes de cumplimiento previos a la emisión del acto administrativo, aquellos que limitan su actuación discrecional y previenen un uso abusivo de sus derechos, en concordancia con el conocido principio de legalidad³.

Tal es así, que toda Entidad, considerada como administración pública, tiene el deber de dar cumplimiento irrestricto a la norma material que regula las situaciones de hecho que justifican la puesta en funcionamiento de su aparato organizacional. En otras palabras, al momento de plantearse la emisión de un acto administrativo, la Entidad Pública debe acatar por completo toda aquella

³ Establecido en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG: *“Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”*

fuente legal (de carácter general o de regulación interna) que permite el inicio de sus funciones, como son su Reglamento de Organización y Funciones, directivas o resoluciones de aprobación de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, así como todo aquel entramado normativo que regule la relación jurídica concreta. Por ejemplo, si nos referimos a la aprobación de ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios en el marco de una contratación pública, necesariamente debemos circunscribir y limitar la actuación de la Entidad conforme lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, al ser esta la norma especial que regula la materia⁴.

Dicho lo anterior, es preciso diferenciar los plazos dados por la norma sustancial respecto al control temporal de la actuación de la administración pública; es decir, el plazo en el que debe tomar una decisión sobre el caso en concreto, y el plazo dado por el propio acto administrativo para hacer efectiva esa decisión.

Bermejo asegura que el incumplimiento del plazo en el que el administrado debe ser notificado con el acto administrativo, por ejemplo, a los diez días de su emisión, se trata de una irregularidad que no tiene carácter invalidante del acto mismo (2013: 275). Sin embargo, trasladar tal lógica al incumplimiento del plazo de vigencia del acto administrativo, no podría resultar irrelevante desde la mirada del principio de legalidad, garantía y seguridad jurídica, tanto de los derechos concretos involucrados como del interés general respecto al adecuado funcionamiento de la administración pública en general.

Por ejemplo, si nos referimos a un acto administrativo por el cual la Municipalidad de Miraflores autorizó el cierre de una avenida en una zona residencial para la ejecución de un proyecto inmobiliario, con una vigencia de dos semanas contadas desde la fecha de su emisión, si dicha avenida continúa cerrada en la tercera semana, se entiende un incumplimiento relevante por parte del administrado; y, por si fuera poco, si a partir de tal momento la propia Municipalidad no pone en marcha los procedimientos administrativos que correspondan (fiscalización y/o sanción, por ejemplo), entenderemos que existe

⁴ Cabe precisar que el término "normativa de Contrataciones del Estado" involucra aquellas normas con rango legal, así como las directivas emitidas por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, sus opiniones, las resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, y, en general, todo aquel instrumento legal vinculante conforme los usos y costumbres en el ámbito de las Contrataciones Públicas.

del mismo modo una falta por parte de la administración pública, pasible de investigación y sanción de los funcionarios públicos involucrados.

En suma, se puede advertir en ambos ejemplos que el grado de importancia en su incumplimiento marca una diferencia sustancial. A ello se suma el hecho de los deberes establecidos por la norma en concreto que regula la relación jurídica y material.

Ahora bien, respecto al caso específico del plazo de vigencia del acto administrativo, corresponde en este punto realizar un análisis respecto a su propia naturaleza, en el marco de su carácter de irretroactividad dado por la LPAG, y las condiciones establecidas por dicha norma para aplicar su carácter excepcional al permitir la emisión de actos administrativos con eficacia anticipada.

I.3. La retroactividad excepcional de los actos administrativos y su relación con los derechos de los administrados y terceros

En base a un análisis del derecho comparado en la materia, específicamente a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 del 26 de noviembre), emitida en el ordenamiento jurídico español, se tiene que el numeral 3 del artículo 57 dispuso que:

“Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.” (El resaltado es propio).

Respecto a lo anterior, Gonzales y Gonzales analizan dicho artículo indicando que la regla de todo acto administrativo es que despliegue efectos para el futuro, desde el momento que existen y sean correctamente notificados, siendo la excepción la retroactividad en su eficacia, salvo que este sea sancionador, no favorable o restrictiva de derechos individuales. En concreto, explican que únicamente se otorgan efectos retroactivos a los actos administrativos que (i) se

dicten en sustitución de los anulados y (ii) cuando produzcan efectos favorables a los interesados. (1997: 1075, 1079-080).

Respecto al último supuesto, dichos autores determinan que deben concurrir dos requisitos: la existencia previa del hecho a que se retrotraiga el acto y que no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (Gonzales y Gonzales 1997: 1981-1982).

Por su parte, en el caso peruano, Morón Urbina refiere que la irretroactividad de los actos administrativos es la regla general dada por la propia LPAG en el numeral 1 del artículo 17 (2015: 191), el cual dispone lo siguiente:

“La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.”⁵

En tal sentido, son tres los requisitos que analiza el autor respecto a la aplicación del supuesto excepcional de la irretroactividad planteada por la LPAG: (i) que el acto administrativo sea favorable a los administrados, (ii) que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y (ii) que el hecho que justifica el acto exista fácticamente a la fecha en que se plantea retraer los efectos del acto.

En este punto corresponde detener el análisis en el factor de “favorabilidad” para los administrados, que, a tal respecto, en palabras de Morón Urbina, los actos susceptibles de tener efectos retroactivos *“(...) no pueden ser aquellos cuyo contenido jurídico produzcan un efecto desfavorable en la esfera jurídica del destinatario del acto (imponiendo deberes nuevos, gravámenes, limitaciones o prohibiciones imprevistas, etc.), o ser negativas neutrales (como los actos denegatorios de una pretensión). (...)*”. (2015: 191).

⁵ Adviértase que dicha fórmula legislativa guarda relación estrecha con lo establecido por la Constitución Política del Perú, en su artículo 103: *“(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. (...)”*.

Como se advierte, para que los efectos jurídicos de un acto jurídico que pretende aplicar retroactivamente, tengan sustento legal conforme a lo establecido en la LPAG, necesariamente debe de advertirse un beneficio directo en la esfera jurídica del administrado, como podría ser el caso de mayores derechos, mejores oportunidades e instrumentos para poder proteger sus intereses, menor tiempo de atención durante los trámites que tenga pendientes, entre otros. Por el contrario, en el caso que el acto administrativo imponga mayores obligaciones o nuevos deberes a cumplir por parte del administrado, lógicamente en tal escenario no puede hacerse referencia a un aspecto favorable para el administrado.

Respecto al requisito de no vulnerar o lesionar derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros, la Casación N° 12205-2016-Lima, estableció que: *“La eficacia es directa sobre los administrados que son destinatarios del acto, e indirecta respecto a otros administrados en la medida que deben respetar, cumplir y acatar la situación jurídica contenida en el acto (...)”* (Morón 2022: 209-210). En suma, al tener la vocación de eficacia indirecta sobre el resto de personas que pueden llegarse a ver afectadas por el acto administrativo que conceda mayores derechos a un particular, resulta lógico que la norma restrinja la aplicación retroactividad a solo los casos en que no se afecten intereses de terceros.

Finalmente, respecto a la existencia fáctica del hecho en la fecha a la que se pretenda retrotraer el acto administrativo, ello involucra un actuar por parte de la administración acorde a la realidad material de los hechos que sustenta el acto, y por parte del administrado de proporcionar toda la información necesaria para poder determinar el inicio del hecho objeto de decisión de la Entidad Pública. Como sostiene Morón Urbina, no es permisible usar esta figura jurídica como un mecanismo para avalar ficciones jurídicas (2015: 193), en las cuales los requisitos para conceder ciertos permisos o autorizaciones, en el momento que se pretenden retrotraer los efectos del acto jurídico, aún no se cumplan. Lo contrario sería inobservar los principios rectores de la actividad administrativa de la gestión pública, contraviniendo específicamente con el principio de buena fe procedimental.

De lo expuesto en el presente apartado, puede advertirse que la aplicación de la excepción a la eficacia del acto administrativo debe observar irrestrictamente todos aquellos requisitos dados por la propia norma general de la materia, los cuales sirven de parámetros limitadores no solo en protección de los intereses de los administrados y terceros involucrados, sino de la propia actuación de la administración pública.

Esto último reviste de especial importancia al momento de tratar supuestos donde la actuación de la administración pública tiene, o aparenta tener, un considerable atributo de discrecionalidad al momento de disponer la ejecución de prestaciones adicionales de bienes y servicios, durante la etapa de ejecución contractual, en el marco de lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Se trata, en este caso, de un escenario en el cual podría aparentarse un poder de decisión ilimitado, que regula su actuación únicamente conforme al interés general involucrado en cada contratación pública, que evidentemente no puede dejarse de lado al momento de hacer una evaluación crítica de las decisiones adoptadas por cada Entidad Pública. Sin embargo, como se verá a continuación y conforme fue desarrollado en los puntos anteriores, existen límites dados por la propia normativa de Derecho Público General que impide un actuar completamente discrecional a toda administración pública, a pesar de basar su conducta en una norma que, aunque sea de aplicación prevalente, deben respetar el marco jurídico general dado.

II. ACTUACIONES CONTRACTUALES: LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE ORDENAR PRESTACIONES ADICIONALES DE BIENES Y SERVICIOS, LIMITACIONES E INCIDENCIA SOBRE LA ESFERA JURÍDICA DE LA PARTE CONTRATANTE MÁS DÉBIL

Nuestro marco normativo aplicable para la adquisición de bienes o ejecución de servicios se encuentra recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, la “Ley” o “TUO de la Ley”) así como en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento” o “Reglamento de la Ley”), con sus modificaciones respectivas.

La Ley dispone en su artículo 3 el ámbito de su aplicación, comprendiendo dentro de su alcance a todas las Entidades, órganos u organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios y obras, utilizan fondos públicos.

Asimismo, en su Título II, respecto al Proceso de Contratación en general, establece que todo este involucra etapas de planificación (Capítulo I), actuaciones preparatorias (Capítulo II), proceso de contratación en estricto (Capítulo III) y finalmente de ejecución contractual (Capítulo IV). Cada una de dichas etapas tiene una regulación y aplicación específica, donde intervienen diferentes funcionarios, dependencias y encargados de su conducción.

Importa hacer la precisión anterior pues la presente sección analizará la naturaleza jurídica, derechos y obligaciones de los involucrados durante la etapa de Ejecución Contractual, la cual inicia con el perfeccionamiento del contrato entre la Entidad contratante y el postor adjudicado con la buena pro del proceso de selección, hasta su culminación; es decir, durante su plazo de vigencia, la cual, por Opinión N° 040-2019/DTN de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el "OSCE"), se entiende que *"(...) rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, (...), hasta el otorgamiento de la conformidad de las prestaciones a cargo del contratista y el pago correspondiente (...)"*, de conformidad con lo establecido en el artículo 144 del Reglamento.

En este entender, en esta etapa netamente contractualista, nos encontramos frente a partes contractuales y ya no frente a una Administración Pública en el ejercicio de sus funciones respecto a los intereses, derechos y obligaciones de un Administrado particular, lo que la historia dogmática ha desarrollado como contrato administrativo.

En tal sentido, Bercaitz indica que el concepto de contrato administrativo se extiende a los celebrados entre el Estado y los particulares, el cual no califica como "acto administrativo" al fusionar el acto jurídico de la Administración con el del particular para justificar su existencia, pues reserva la denominación de "acto administrativo" únicamente a la declaración unilateral del órgano del Estado en tanto y en cuanto ejerce sus funciones administrativas (1980: 11-12).

Conforme a lo expuesto, corresponde analizar en qué medida la Administración Pública, en su calidad de parte contractual, puede limitar su actuación frente a los intereses del contratista involucrado, especialmente cuando se trata del ejercicio de sus facultades exorbitantes o unilaterales de modificación contractual.

II.1. La potestad de la Entidad Pública de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales para la satisfacción de la finalidad pública y satisfacción del interés general

Como se ha explicado en el punto anterior, dentro de la etapa de ejecución contractual de toda contratación pública nos encontramos frente a una relación entre partes jurídicamente iguales, en términos de intereses involucrados.

Sin perjuicio de ello, es preciso reconocer adicionalmente que la Administración Pública, es la autoridad que conduce el proceso de selección en atención al requerimiento del área usuaria y al interés general involucrado; es decir, que por un lado se tiene la relación contractual de la Administración Pública, cuya vigencia inicia con el perfeccionamiento del contrato respectivo, mientras que por otro lado se encuentra, permanentemente, la relación jurídica abstracta de la Administración con el colectivo general y el interés general involucrado. En palabras de Cassagne, *“(...) el interés público relevante e inmediato, incorporado al contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación. (...) es evidente que cuando la interpretación no afecta a la causa final o finalidad del contrato administrativo, sino al particular contratista (...) el interés público no juega como criterio interpretativo, debiendo acudir a las normas de la legislación civil o comercial.”* (2009: 34-35)

Esto quiere decir que si bien se tiene en consideración la naturaleza jurídica contractual que nace respecto a la contratante y el contratista, no puede dejar de tomarse en cuenta el interés general que acompaña a la relación de forma permanente, y que se entiende como la finalidad pública de la contratación, la cual debe formar parte del expediente de contratación atendiendo a lo que establece el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento: *“Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las*

características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, (...)”.

Ahora bien, por un lado, se entiende que toda contratación pública incorpora dentro de su propio expediente, toda la documentación necesaria y relevante que coadyuve al cumplimiento y satisfacción de la finalidad pública involucrada. Por otro lado, no resulta irracional o poco frecuente que en el devenir propio de la ejecución contractual las partes identifiquen que, por razones externas, de tiempo, lugar o circunstancias fácticas, la necesidad haya variado, ya sea incrementando la necesidad o reduciéndola.

En base a la mencionado, la Opinión N° 015-2020/DTN del OSCE, señala que *“(...) una Entidad tiene la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales en los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, a efectos de alcanzar la finalidad pública y satisfacer la necesidad que originó dicha contratación.”*

Ahora bien, la potestad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina como “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público, como es el régimen de contrataciones del Estado, en los que la Administración Pública representa al interés general, y su contraparte representa al interés privado (De La Puente 1999: 10).

Aunado a ello, Morón señala que:

“La potestad variandi o ius variandi, consiste en la prerrogativa ordinaria de los contratos públicos por la cual la entidad contratante posee la capacidad suficiente -apreciando eventos sobrevinientes objetivamente valorados- para disponer la modificación necesaria y a su solo criterio de algunos de los términos pactados, cambiando -en el modo, el plazo o la forma- las prestaciones convenidas originalmente con el contratista privado con el objeto de adaptarse y perseguir de mejor manera el interés público aspirado con la colaboración del contratista” (2016).

Siendo ello así, y conforme lo señalan distintas opiniones de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, dicho “ius variandi” permite realizar una modificación cuantitativa a las prestaciones inicialmente pactadas, de tal manera que se incorporen prestaciones no previstas en el contrato original pero que permiten alcanzar la finalidad de éste. En ese sentido, de considerar la Entidad que la ejecución de las prestaciones adicionales resulta conveniente y ajustada a ley, ordena su realización mediante la emisión y notificación al contratista de la resolución mediante la que se aprueba dicha prestación adicional, quedando el contratista obligado a cumplirlas.

Sobre este último aspecto, numerosos pronunciamientos del OSCE a través de las opiniones de su Dirección Técnica Normativa brindan contenido a lo establecidos por la normativa aplicable sobre el uso y alcance de las prestaciones adicionales.

Aunque en ese sentido genera incertidumbre hasta qué punto la Administración puede definir qué prestaciones se requieren contratar adicionalmente para cumplir con el objetivo de la contratación, sin que el contratista puede emitir opinión alguna al respecto. De hecho, a través de la Opinión N° 015-2020/DTN estableció que las prestaciones adicionales incluso pueden ser diferentes a las originalmente pactadas, como se puede observar a continuación:



Fuente: Opinión N° 015-2020/DTN, numeral 2.2.

Bercaitz señala que en el contrato administrativo existe una menor estabilidad en las situaciones individuales que crea el mismo, respecto a las que podrían generarse tras la celebración de un contrato privado, por lo que la Administración no viola ningún derecho cuando ejerce sus atribuciones propias para modificar las condiciones pactadas para una mejor y eficiente satisfacción de las necesidades públicas. (1980: 391).

Adicionalmente, conforme lo sostiene la Opinión N° 015-2020/DTN, la aprobación de adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato, no obstante, *“(...) pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional. Aunque no son las únicas, estas situaciones podrían ser recurrentes en ciertos contratos de duración, es decir, en aquellos contratos que sólo pueden ejecutarse y lograr su finalidad si es que se “dilatan en el tiempo”*”.

Entonces, cuando se hace referencia a las prestaciones adicionales, estas pueden involucrar la contratación de prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, extender la ejecución de la prestación en el tiempo, entre otros supuestos, los cuales no se encuentran adecuadamente delimitados por la normativa aplicable y respecto a lo cual se deja en duda el nivel de discrecionalidad que puede ejercer la propia Administración en su aplicación, y la afectación incluso al principio de predictibilidad.

II.1.1. Principio de Legalidad y potestad administrativa de modificación unilateral

Ahora bien, respecto a la potestad unilateral de la Administración sobre la modificación unilateral de las condiciones contractuales pactadas, Bercaitz señala que:

“El cocontratante tiene en el contrato únicamente un interés económico, la Administración tiene la representación del interés público que el contrato compromete o puede comprometer. El último no puede subordinarse al primero, sino que, al contrario, el primero debe subordinarse al segundo.

De esta subordinación nace para la Administración pública su atribución de modificar las obligaciones a cargo de su contratante, de manera que se adecuen a las cambiantes necesidades públicas, satisfaciéndolas conforme a las circunstancias y condiciones del momento”. (1980: 392).

Es a razón de ello que, conforme permite la normativa especial, la Administración tiene la potestad de modificar unilateralmente el contrato originalmente perfeccionado, bastando para ello, entre otros requisitos, la emisión de la correspondiente resolución que autoriza su ejecución, y respecto a lo cual el contratista se encuentra obligado a cumplir.

De una primera lectura dicha atribución puede entenderse como ilimitada, presta para cometerse abusos y colocar en un estado de indefensión del contratista. Es en este punto que guarda especial importancia considerar el principio de legalidad y de equidad, como límites a la actuación de la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas exorbitantes.

Por el lado del principio de legalidad, el numeral 1.1. del artículo IV de la LPAG establece que las autoridades administrativas actúan con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, atendiendo a las facultades que se les atribuyeron y de acuerdo a los fines por los que se interrelacionan.

Por parte del principio de equidad, el TUO de la Ley, en el literal i) del artículo 2, dispone que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, *“(...) sin perjuicio de las facultades que corresponde al Estado en la gestión del interés general”*.

Atendiendo a todo lo anterior, y realizando una interpretación sistemática, se tiene que, en la medida que la norma aplicable permita a la Administración Pública dictar actos que afecten la esfera jurídica de los privados, esta se entenderá aplicada cumpliendo con el principio de equidad en cuanto se pretenda salvaguardar el interés general, siempre y cuando se respeten los límites y requisitos dispuestos por la normativa. En otras palabras, la ley habilita el actuar y lo limita.

II.1.2. Requisitos para la ejecución de prestaciones adicionales

Como parte de los requisitos establecidos por la normativa de Contrataciones del Estado para la ejecución de prestaciones adicionales se tiene que la Ley establece lo siguiente:

“34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del

contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. (...) Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

(...)

34.3 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.” (El resaltado es propio).

Por su parte, el Reglamento, en el numeral 157.1 del artículo 157 establece que: *“Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual corresponde contar con la asignación presupuestal necesaria.” (El resaltado es propio).*

Con ello, se pueden advertir los siguientes requisitos para poder determinar la procedencia de ejecución de prestaciones adicionales: (i) sustento previo del área usuaria, (ii) asignación presupuestal necesaria, (iii) límite del 25% del monto del contrato original, (iv) se cumpla con alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y, (v) Resolución previa del Titular de la Entidad.

El análisis de estos requisitos debe relacionarse con el principio de legalidad explicado anteriormente, y es que al tratarse de una institución jurídica que afecta derechos e intereses de un particular, la actuación de la Administración debe procurar respetar la condición del contratista, en su calidad de colaborador de los fines públicos que se buscan satisfacer.

a. Sustento previo del área usuaria

El literal b) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley dispone que el Área Usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o la que canaliza los requerimientos de otras dependencias por su especialidad o funciones. Es, asimismo, la que verifica la ejecución de las contrataciones para emitir su conformidad respectiva.

En tal sentido, al ser el área cuyas necesidades son atendidas en el marco de la formulación de su propio requerimiento, es el área competente para determinar cuándo y por qué se requerirán ejecutar mayores o diferentes prestaciones para satisfacer la finalidad públicas de la contratación, lo cual deberá remitirse con el sustento respectivo.

b. Asignación presupuestal necesaria

Sobre este aspecto, el numeral 41.2 del artículo 41 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, Decreto Legislativo N° 1440, dispone que la Certificación de Crédito Presupuestario es un requisito indispensable cuando se prevea realizar un gasto, suscribir un contrato o adquirir un compromiso, lo que implica reserva del presupuesto disponible y de libre afectación.

El numeral 41.4 añade que, en caso la ejecución contractual supere el año fiscal, se emite la Previsión Presupuestaria respectiva, que constituye un documento que garantiza la disponibilidad de recursos suficientes para atender las obligaciones en años fiscales siguientes.

Atendiendo a lo anterior, resulta razonable que uno de los requisitos para proceder con la ejecución de prestaciones adicionales se requiera contar con el presupuesto disponible para asumir las obligaciones contractuales excedentes.

c. Límite porcentual en base al monto del contrato original

Sobre este punto no existe mayor comentario, puesto que la norma es clara en disponer que el límite para la ejecución de prestaciones adicionales es del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, esto es, al margen del monto del contrato vigente a la fecha de la aprobación del adicional.

Se considera el monto del contrato original puesto que existe la posibilidad de que se ejecuten en diferentes oportunidades adicionales o se reduzcan prestaciones respecto al mismo contrato, y de haber considerado el límite en base al monto del contrato vigente, por ejemplo, ello hubiese traído consigo problemas en su concepción e incluso contravención a la misma normativa.

d. Permita alcanzar la finalidad pública de forma oportuna y eficiente

Como se indicó anteriormente, el OSCE ha ido optando una postura específica en los últimos años respecto al alcance de las modificaciones contractuales, específicamente sobre las prestaciones que requieren ejecutarse adicionalmente a las originalmente pactadas, pudiendo ser mayores o diferentes a estas. Este último supuesto se refleja por ejemplo en la Opinión N° 018-2021/DTN, que expresamente señala que: *“(...) la Entidad aprueba, de manera previa a su ejecución, determinadas prestaciones — **no contenidas en el contrato original** — que resultan necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica que se cumpla con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación, en otras palabras, la finalidad perseguida por la Entidad al realizar el contrato.”* (El resaltado es propio).

Dicha opinión, adicionalmente, indica que, para el caso de los contratos de servicios, se supone una ejecución de mayores prestaciones a las originalmente pactadas o diferentes a estas, a efectos de cumplir con la finalidad de la contratación, debiendo encontrarse vigente el contrato.

Lo último implica que toda prestación adicional debe realizarse en la oportunidad necesaria para que la finalidad se pueda satisfacer, con lo que resulta lógico que las condiciones para cumplir con dicha finalidad deben encontrarse modificables, es decir, vigentes, al momento de proceder con la ejecución de los adicionales.

En el caso de la eficiencia en la finalidad pública, ello tendrá que ser determinado por el área usuaria de la contratación, pues como se explicó en los apartados anteriores, esta es el área cuyas necesidades requieren ser atendidas y la cual define sus necesidades en base a sus funciones y competencias, por lo que no existe otro órgano en igualdad de condiciones que pueda saber cómo satisfacer de manera más eficiente sus necesidades de cara al interés general involucrado.

e. Autorización previa mediante resolución previa del Titular de la Entidad o a quien este haya delegado las facultades correspondientes

Sobre este requisito, es preciso mencionar que el numeral 8.2 del artículo 8 del TUO de la Ley establece que el Titular de la Entidad puede delegar mediante resolución las funciones que le corresponden al siguiente nivel de decisión, salvo los supuestos que expresamente la Ley y el Reglamento le impiden hacerlo.

A partir de ello, y conforme lo sostiene por ejemplo la Opinión N° 071-2021/DTN de la Dirección Técnica del OSCE, el Titular de la Entidad puede delegar la facultad de autorizar prestaciones adicionales de bienes, servicios, entre otros.

Ahora bien, como se ha podido ir advirtiendo de las Opiniones del OSCE citadas, en todas se trae a colación el hecho de que la autorización debe realizarse de manera previa por parte del Titular de la Entidad.

Sin embargo, se advierte que la normativa específica no dispone sobre qué hecho debe ser emitida previamente, si sobre la ejecución de la prestación o previamente al pago respectivo. Sobre este último punto en el caso de la ejecución de adicionales de obra, la normativa es clara y expresa, indicando en el numeral 34.4 del artículo 34.4 de la Ley que “(...) *los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.*”; y, en el numeral 205.8 del artículo 205 del Reglamento que:

“(...) en el caso de prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia (...), la autorización previa de la Entidad se realiza mediante comunicación escrita al inspector o supervisor a fin de que pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que efectúa la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno.”

Se puede observar, en tal sentido, que el legislador pudo haber indicado expresamente que la resolución previa es requisito indispensable para proceder con el pago de la ejecución de las prestaciones adicionales de bienes y servicios, tal como lo hizo en el caso de las obras, por lo que la omisión no puede ser

interpretada extensivamente con las reglas aplicables a otro tipo de objeto contractual que cuenta con regulación propia y especial.

En dicha línea, la Opinión N° 015-2020/DTN, la Opinión N° 018-2021/DTN y demás emitidas en tal sentido, concluyen que las prestaciones adicionales son un supuesto de modificación contractual aprobadas por la Entidad, de manera previa a su ejecución.

Por lo tanto, se tiene que la interpretación e integración del vacío normativo debe hacerse conforme a los principios que rigen toda contratación pública, en el marco de la salvaguarda del interés general involucrado, y las prohibiciones generales expresas dispuestas por la Ley y el Reglamento, específicamente sobre la prohibición de regularización de las contrataciones públicas, lo cual se desarrollará a más detalle en la siguiente sección.

II.2. La implicancia de las prestaciones adicionales en el equilibrio económico financiero del contrato y el principio de equidad

Morón explica que el interés público está conformado por una suma de intereses privados que se entienden como mayoritarios, respecto a lo cual cuando el administrado persigue sus fines personales ante la administración pública, ello no resulta contrario al interés público que las entidades pretenden tutelar (2019: 15). En tal sentido, el contratista busca la satisfacción económica de su propio interés, para lo cual, en el transcurso de la ejecución contractual, colabora con la Administración Pública para cumplir con el interés general involucrado, puesto que una vez se logre dicho objetivo, podrá deslindarse de sus obligaciones contractuales sin mayores contratiempos.

Dicho en tales términos, existirá un interés extra particular o ajeno al interés privado del contratista para cumplir con los objetivos de la Entidad, para lo cual el uso de sus propios recursos, mayores estándares de diligencia y eficiencia serán necesarios para procurar cumplir con el objetivo para los cuales fue contratado.

Cabe precisar que, si bien la Administración se encuentra obligada a satisfacer el interés general, quedando sujeta a un actuar íntegro y diligente para evitar incurrir en responsabilidad administrativa y funcional; el incentivo del particular

contratista será evitar caer en incumplimientos que puedan generar la aplicación de penalidades contractuales o resolución del contrato.

Se puede apreciar que los incentivos de cumplimiento en cada caso son diferentes, pero que a final de cuentas genera una situación de mutuo apoyo para poder conseguir los objetivos planteados. Es a partir de ello que, al momento de analizar la aplicación de prestaciones adicionales, corresponde evaluar en qué medida estas podrían o no generar una situación desventajosa para el contratista en determinados casos, para posteriormente determinar si es que pueden ser aplicadas con eficacia anticipada aún en tales supuestos que no representen un supuesto favorable para el administrado.

II.2.1. El equilibrio en las prestaciones en base al principio de equidad de las contrataciones públicas en el marco de las prestaciones adicionales de bienes y servicios

Al respecto, Bercaitz señala que en los contratos la voluntad del interesado juega un papel diferente a los actos administrativos que inician a petición del interesado, pues en el primero de estos resulta una fusión con la voluntad de la Administración, generando así prestaciones y contraprestaciones recíprocas que se estiman equivalentes (1980: 34).

Cuando se habla de equidad en la contratación, en tal sentido, se tiene que reconocer que el contratista procura obtener la utilidad para la cual decidió concursar en el proceso de selección convocado por la Entidad. No nos encontramos frente a sujetos o personalidades jurídicas sin fines de lucro, sino frente a quienes indirectamente colaboran con la Entidad y sus objetivos pero que, finalmente, buscan satisfacer sus propios intereses.

Es en tal sentido que, al momento de determinar la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales, bien puede significar un incentivo mayor para el contratista para continuar ejecutando la contratación en los mismos términos originalmente contratados, como también pueden darse situaciones en las que este tenga que incurrir en mayores gastos o comprometer el porcentaje de sus utilidades para cumplir con lo dispuesto unilateralmente por la Entidad. A ello se le suma los supuestos en los cuáles es permitido que las prestaciones adicionales involucren la ejecución de prestaciones diferentes a las

originalmente pactadas y respecto a las cuales el contratista no ha previsto invertir o gastar en recursos para su consecución.

Esto último genera mayor preocupación en la medida que la delimitación de prestaciones “diferentes” a las originalmente pactadas no se encuentran recogidas en una norma en específico, quedando a libre discrecionalidad de la Administración determinar cuándo considere que ciertos bienes o servicios diferentes se requieren para cumplir con el objetivo de la contratación.

II.2.2. Obligatoriedad de la ejecución de las prestaciones adicionales: efectos sobre la esfera jurídica del contratista

El numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, establece que cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato, entendidas como modificaciones convencionales o de mutuo acuerdo, cuando se trate de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto.

Como puede advertirse, la norma habilita la posibilidad de modificar de mutuo acuerdo el contrato celebrado, cuando no resulten aplicables la ejecución de prestaciones adicionales. Sin embargo, distinto es el panorama cuando se trata de modificaciones unilaterales del contrato, respecto a las cuales el contratista se encuentra subordinado a su cumplimiento, en la medida que estas se requieren para cumplir con la finalidad del contrato original.

Como se indicó en la primera sección, al momento de tratar el tema de la eficacia anticipada, según el desarrollo jurídico y doctrinario de la materia, esta es de aplicación excepcional en los casos en que los actos dictados por la Administración sean favorables para el administrado, no lesione o afecte derechos e intereses de terceros y que el hecho exista al momento en que se pretende retrotraer el acto.

Como se viene indicando, cuando se trata de prestaciones adicionales, en el marco de la Ley y su Reglamento, se entiende que estas son de obligatorio cumplimiento para el contratista, en tanto estas sean necesarias para alcanzar

la finalidad del contrato y satisfagan el interés general involucrado, para lo cual necesariamente deben respetarse los principios y reglas legales y así evitar perjudicar a la parte más débil de la relación jurídica.

Es bien sabido que desde el inicio del proceso de contratación el particular se encuentra sometido a las decisiones que adopte unilateralmente la Entidad, en el ejercicio de sus prerrogativas exorbitantes, lo cual no significa actuar injustificadamente o vulnerando el interés legítimo de los particulares.

A razón de ello se explicó la importancia del principio de legalidad, como limitante del actuar discrecional de la Entidad contratante, el cual del mismo modo justifica la aplicación de diferentes mecanismos de defensa que tiene el contratista incluso durante el proceso de selección, es decir, cuando aún no cuenta con vínculo contractual de por medio. Tal es así, que este puede apelar las decisiones que haya adoptado la Entidad y con las cuales no se encuentra de acuerdo y pretenda que se reformulen en salvaguarda de sus propios intereses e, indirectamente, conforme el interés general.

Entonces, por el lado de la normativa especial de Contrataciones del Estado, se tiene que las prestaciones adicionales procederán siempre que exista una Resolución previa por parte de la Entidad que autoriza su ejecución. Por parte de la normativa general, se tiene que la eficacia anticipada puede aplicarse siempre y cuando el acto dictado sea favorable para el administrado, no afecte otros derechos o intereses y el hecho exista previamente.

Expuesto lo anterior, corresponde a la siguiente sección evaluar si existe incompatibilidad en la aplicación de ambas instituciones jurídicas o hasta qué punto estas pueden ser utilizadas simultáneamente cuando se ve involucrado la satisfacción del interés general.

III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL USO DE FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL: LA EFICACIA ANTICIPADA EN LA APROBACIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES

Hasta este punto se ha desarrollado la aplicación de la Eficacia Anticipada para el Derecho Administrativo general, así como el funcionamiento propio de las Prestaciones Adicionales en el marco de una contratación pública.

Sobre ello, se puede advertir que, por un lado, la LPAG, conforme su ámbito de aplicación, engloba a todas las entidades de la Administración Pública y, conforme a su contenido, regula normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, regulando todos los procedimientos administrativos.

Por su parte, el TUO de la Ley dispone que la finalidad de dicha normativa especial es de establecer normas para maximizar el valor de los recursos públicos, promoviendo la actuación bajo el enfoque de gestión por resultado en las contrataciones de bienes, servicios y obras, para el cumplimiento de fines públicos.

Se puede advertir, en tal sentido, que las contrataciones como tal reguladas por la Ley pueden involucrar, como de hecho lo hacen, diferentes procedimientos administrativos en los que la LPAG aplicará de forma supletoria. Sin perjuicio de ello, es preciso diferenciar las etapas sobre las cuales el OSCE se ha pronunciado y prefiere la aplicación, inclusive, de la normativa de carácter privado, por la naturaleza de las actuaciones involucradas.

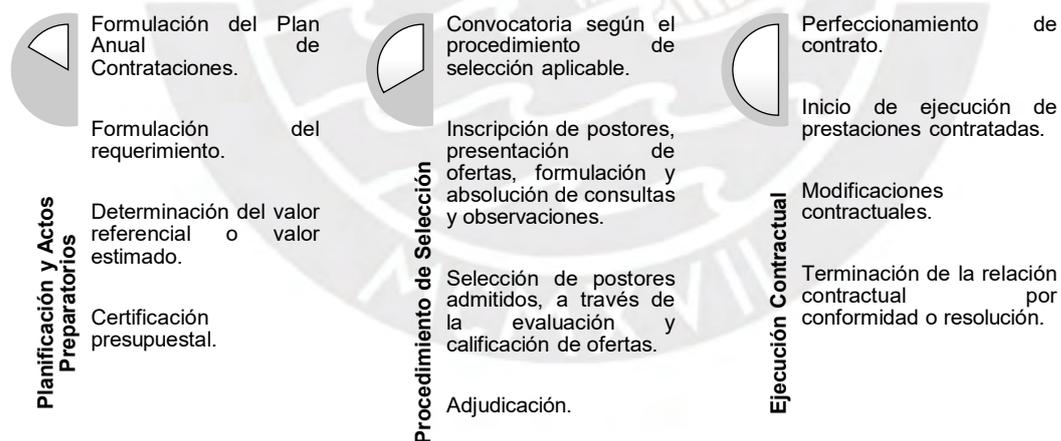
III.1. Reglas jurídicas para la aplicación supletoria de normas durante la etapa de ejecución contractual conforme a la normativa de Contrataciones del Estado

Para comenzar, la Ley, en su Primera Disposición Complementaria Final dispone que: *“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. (...)”*

Por su parte el Reglamento dispone en la Primera Disposición Complementaria Final establece que: *“En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado.”*

Como se puede advertir, la legislación especial ha determinado de qué manera esta puede ser interpretada, y en base a qué recursos poder complementar su aplicación. Sin embargo, también es preciso mencionar que la Ley y específicamente el Reglamento, regula las diferentes etapas de un proceso de selección, iniciando por una etapa de planificación, seguido de las actuaciones preparatorias donde se formula el requerimiento y se determina el valor estimado o referencia; para luego poner en marcha el procedimiento de selección aplicable, para finalmente entrar a la etapa de ejecución contractual.

Durante cada una de estas etapas puede advertirse diferentes tipos de actuaciones de cara al ejercicio de la función pública, cada una con sus variante, particularidades y actuaciones especiales, pero que de manera general se presentan a continuación:



Fuente: Elaboración propia en base a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado

Es de entenderse, considerando lo anterior, que la naturaleza de las actuaciones administrativas durante cada una de tales etapas puede diferenciarse por sus propios alcances y vinculación con terceros. Durante la etapa de Planificación y

Actos Preparatorios se entiende a la Administración Pública en ejercicio de actos de administración interna y de organización para poder llevar a cabo el procedimiento de selección requerido. Por su parte, durante esta segunda etapa, se advierte el componente de Actuación Administrativa con efectos hacia terceros o administrados, que hasta tal punto no tienen una vinculación contractual con la Entidad, y cuya finalidad es satisfacer su interés particular al momento de participar en la etapa de selección. Ya en la última etapa se advierte que esta vinculación con terceros varía, a partir de la firma de un contrato que relaciona a la Administración Pública con un agente específico, el cual no solo tendrá legítimo interés sobre la actuación de la Entidad, sino derechos expresamente reconocidos por el contrato suscrito.

Es a partir de esto último que, a nivel del OSCE, se ha venido formulando un criterio unánime para definir la naturaleza de esta relación, como se pasa a explicar a continuación.

III.1.1. La supletoriedad de normas durante las diferentes etapas de una contratación pública: derecho público y derecho privado

Al respecto, la Dirección Técnica del OSCE ha venido manteniendo una opinión uniforme respecto a la aplicación supletoria dependiendo de la etapa de la contratación pública en la que se encuentre la duda jurídica. Así, conforme la Opinión N° 001-2020/DTN, citando la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, así como la definición de aplicación supletoria de las normas y su implicancia desarrollada por Neves Mujica⁶, indica que: “(...) en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.”. De esas diversas Opiniones se tiene por ejemplo la

⁶ Según cita: “(...) la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria”, las que comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión.” NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Ara Editores, año 1997, Pág. 131 y 132.

Opiniones N° 107-2012/DTN, Opinión N° 103-2018/DTN y la Opinión N° 130-2018/DTN.

En tal sentido, se advierte que la lógica contractual no encuentra su definición en el Ley y Reglamento, mucho menos en la LPAG. Sin embargo, el artículo 1351 del Código Civil señala que el contrato “(...) es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

Es claro que dicha regla no puede ser aplicada de la forma en cómo se hace en el ámbito privado, pues el desarrollo de la autonomía privada no tiene una aplicación plena en el ámbito de las contrataciones con el Estado, por la inminente influencia de las prerrogativas exorbitantes que este despliega al momento de determinar las reglas de juego para contratar.

Sobre este aspecto, Amazo analiza que la autonomía de voluntad para la administración puede entenderse como una forma de ejercer discrecionalidad en el ejercicio de funciones, en base al principio de legalidad y limitándose por este. En tal sentido, no es de aplicación la libertad de contratación como lo es para los particulares, al no regularse únicamente intereses privados. (2007: 198).

III.1.2. Aplicación de la LPAG y el Código Civil durante la etapa de ejecución contractual

El Reglamento, en el numeral 138.1 del artículo 138 establece que: *“El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.”*

Asimismo, el numeral 32.1 del artículo 32 de la Ley indica que el contrato se celebra por escrito y se ajusta a la proforma del contrato respectivo que forma parte de las Bases Estándar aprobadas por el OSCE mediante Directiva N° 001-2019-OSCE/CD modificada por la Resolución N° 210-2022-OSCE/PRE, con las modificaciones que la propia Entidad estime convenientes en base al requerimiento formulado por el área usuaria.

Dicha proforma del contrato, definida por el Reglamento como el proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro, dentro

de la Cláusula Séptima sobre el marco legal del contrato, establece que en lo no previsto este, en la Ley y Reglamento, así como directivas del OSCE y demás normativa especial aplicable, será de aplicación supletoria las disposiciones del Código Civil vigente y demás normas de derecho privado.

Se puede advertir, que el proyecto mismo de cada contrato establece como regla de interpretación y aplicación supletoria preferente al Código Civil.

Por su parte, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que sus disposiciones aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes que no sean incompatibles con su naturaleza.

Sin embargo, queda hacerse la interrogante de lo que se entiende como “incompatibilidad” con la naturaleza de las relaciones y situaciones jurídicas que pretenden ser suplidas normativamente. En tal sentido, en la medida que la naturaleza de la Resolución del Titular de la Entidad involucre una relación jurídica compatible con lo aplicable en el Código Civil, no podría negarse una aplicación supletoria y preferentemente de este. Por el contrario, en el caso que la naturaleza jurídica de la Resolución que emite el Titular de la Entidad sea más compatible con el derecho administrativo general, es cuando se hablaría de una aplicación supletoria preferente de este último.

En síntesis, ¿de dónde surge la contemporánea tendencia de aplicar reglas del derecho administrativo general durante la etapa de ejecución contractual en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado vigente?

Ello puede responderse trayendo a colación lo que se viene indicando; es decir, uno de los requisitos para la aprobación de prestaciones adicionales de bienes y servicios, estableciendo que estos deben ser aprobados mediante Resolución del Titular de la Entidad, con lo que puede inferirse que se trata de un acto administrativo como el definido en la primera sección del presente trabajo, este es: que (i) se emita en el marco de normas de derecho público, (ii) busque producir efectos jurídicos concretos, (iii) verse sobre intereses, obligaciones o derechos (iv) de sujetos debidamente identificados o identificables dentro de una situación jurídica y de hecho concreta.

Tales supuestos pueden ser acreditados verificando la naturaleza y propósito de una Resolución que autoriza la ejecución de prestaciones adicionales, pues resulta claro que la Ley y Reglamento son normas de derecho público, pese a que pueden ser interpretadas con normas de derechos privado; produce efectos jurídicos sobre los contratistas y la propia Entidad al incrementar el abastecimiento o extender la duración del contrato, versa sobre obligaciones del contratista y de la Entidad para retribuir la contraprestación ejecutada y existen sujetos debidamente identificados.

Sin perjuicio de ello, y en lo que se discute a continuación, se debe determinar todas las reglas aplicables al acto administrativo, respecto a sus efectos, pueden ser aplicados en su totalidad al momento de tratar la regulación de derechos y obligaciones de partes contractuales y no de meros administrados.

III.2. Verificación de cumplimiento de requisitos para la aplicación de la Eficacia Anticipada en las Resoluciones del Titular de la Entidad para la ejecución de prestaciones adicionales

Entonces, habiendo definido que el OSCE, desde su Dirección Técnico Normativa, se decanta recientemente por determinar que durante la etapa de ejecución contractual debe primar la aplicación supletoria del derecho privado, corresponde definir si la figura de la Eficacia Anticipada regulada por la LPAG es un mecanismo alternativo legalmente válido para salvaguardar los intereses del contratista y de terceros involucrados directa o indirectamente en una contratación de bienes y servicios en el ámbito público.

Lo anterior teniendo en cuenta que el Código Civil regula lo que se conoce como “obligaciones de ejecución de un hecho”, conforme el artículo 1148, que puede traducirse como obligación de ejecución de prestaciones pactadas conforme la normativa de Contrataciones del Estado, y a través del cual el contratista debe cumplir la prestación en el plazo y de la forma en que fue pactada o, de lo contrario, conforme sea exigida atendiendo a la naturaleza de la obligación o circunstancias de cada caso, como sería por ejemplo si la Entidad lo requiere desde una fecha específica. En tal sentido, conforme al Código Civil, el artículo 1148 podría ser aplicado supletoriamente en la Resolución del Titular de la Entidad que aprueba la prestación adicional, y conforme el cual el contratista se

encontraría obligado a cumplir con la prestación tal como fuese exigida por la Entidad, en el marco de su requerimiento y necesidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos de analizar todas las alternativas planteadas en el marco del análisis del presente escrito, corresponde verificar si los requisitos para aplicar supletoriamente la Eficacia Anticipada recogida en la LPAG, se cumplen en el marco de la ejecución de prestaciones adicionales.

a. Que el acto administrativo sea favorable a los administrados

En este punto corresponde indicar los dos supuestos en los que una prestación adicional puede afectar de diferentes formas a los contratistas.

El primero es el caso de una prestación cuyos costos se han mantenido estables en el tiempo, como el caso de servicios de mantenimiento de equipos, servicios profesionales, suministro de medicamentos cuya materia prima puede adquirirse de forma regular y estable, entre otros; cuya dilación en el tiempo no implicaría incremento significativo en los costos originalmente pactados.

El segundo caso se da en los supuestos en los que el costo de las prestaciones, histórica y técnicamente, son los más susceptibles de variar en el tiempo, como puede ser el caso de la adquisición de alimentos de temporada, el combustible, servicio de transporte de personal si es que este considera en su presupuesto el gasto de gasolina, entre otros.

Como se advierte, dependiendo del tipo y objeto del contrato, existe la posibilidad que la dilación en el tiempo o su extensión pueda significar para el contratista incurrir en mayores gastos y comprometer la utilidad inicialmente programada, sin que tenga la posibilidad de rechazar la ejecución de las prestaciones adicionales al ser estas de obligatorio cumplimiento, teniendo entonces que verse expuesto a posibles denuncias frente al Tribunal de Contrataciones del Estado por el incumplimiento.

Sin perjuicio de ello, existirán casos en los cuales, por la estabilidad de costos, al contratista le convenga que se requieran mayores bienes o la ejecución prolongada del servicio, lo que generará mayores ganancias y acumulación de experiencia para futuros procedimientos de selección.

En tal sentido, se puede observar las diferentes posibilidades que pueden generar beneficios como también perjuicios al contratista, por lo que, en estricto, no es posible aplicar de manera unificada una regla del Derecho Administrativo general que, como requisito esencial implica generar un beneficio o resultar favorable para el “administrado” o contratista para los propósitos de esta sección, siendo que ello depende de la evaluación del caso particular.

b. Que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros

Cuando se pretende conceder la ejecución de prestaciones adicionales con eficacia anterior a la emisión de la Resolución que las autoriza, respecto de un contrato adjudicado como resultado del otorgamiento de la buena pro durante un proceso de selección, significa evadir las obligaciones de recurrir al mecanismo regular para contratar las prestaciones excedentes.

Dicho de otra forma, ejecutar prestaciones adicionales implica incrementar la prestación del contratista elegido en el proceso de selección primigenio, sin necesidad de recurrir a otro donde, por el devenir del mismo, puede salir adjudicado un nuevo proveedor, inclusive a través de una contratación menor a las ocho (8) UIT o Adjudicación Sin Proceso, como son comúnmente conocidas.

A ello debe sumarse el hecho de que la finalidad de la normativa de Contrataciones del Estado es maximizar el uso de los recursos públicos, eligiendo la mejor calidad y precio de los bienes o servicios a contratar, donde el requerimiento para la contratación puede incluir otras condiciones para su mejor y óptimo cumplimiento, en beneficio del interés general o población dirigida. En tal sentido, Arrowsmith sostiene que, para definir los criterios de adjudicación, estos pueden también contemplar conductas de los oferentes, y características internas propias, que pueden traer consigo mejoras en la ejecución de la prestación requeridas, así como optimización de recursos humanos y de cumplimiento de políticas públicas en beneficio de la sociedad (2019: 255).

Es por ello que debe considerarse que detrás todo tipo de contratación pública, incluyendo sus modificaciones y ampliaciones de plazo, existe un interés general permanente en que la Entidad pondere las opciones comerciales más

ventajosas para el gasto de los recursos económicos y sean ejecutados con eficiencia.

Por tanto, es potencial la afectación a intereses de terceros con legítimo interés en participar en el proceso de selección que debería haber sido convocado en lugar de autorizar prestaciones adicionales a destiempo, con lo cual no se tiene certeza de cumplimiento de este requisito.

c. Que el hecho que justifica el acto exista fácticamente a la fecha en que se plantea retraer los efectos del acto

Previo a todo requerimiento o necesidad, se requiere de una adecuada planificación, conforme fue explicado anteriormente al tratar las diferentes etapas de un procedimiento de selección.

En tal sentido, en el caso que se requieran ejecutar prestaciones adicionales a las originalmente pactadas, para disponer su ejecución anticipada a la fecha de Resolución del Titular de la Entidad, cuanto menos se requerirá que el área usuaria haya sustentado y requerido ello a la fecha que se pretende retrotraer los efectos.

Este requisito variará en cada caso en concreto, el cual podrá cumplirse con facilidad pues bastará en demostrarse que el sustento del área usuaria que origina el trámite interno para la emisión de la Resolución correspondiente se emitió en fecha anterior. Sin perjuicio de ello, el razonamiento para su aplicación sería incompleto en caso no se evalúe y consideren los otros requisitos recogidos en los puntos anteriores.

En consecuencia, si bien puede verificarse que se puede observar el cumplimiento del tercer requisito, no es posible definir que ello sucedería igual respecto a los anteriores requisitos, más aun considerando que estos deben ser analizados conforme al caso en particular.

Por lo expuesto, al ser la LPAG una normativa de aplicación general, no es posible extender la aplicación de una figura jurídica que requiere el análisis caso por caso como una posible regla de aplicación al universo de casos de aprobación de prestaciones adicionales.

III.3. Límites de la discrecionalidad administrativa: Razones de la exigencia de una Resolución “previa” a la ejecución de las prestaciones

Hasta este punto, se determina que, si bien a todo acto administrativo se le aplican las reglas de la normativa especial y general de derecho público, la discrecionalidad en su uso cuando se trata de situaciones donde prima el derecho privado debe ser más cuidadoso, a efectos de no generar perjuicio al interés general y detrimento injustificado en el patrimonio del contratista, pudiendo traducirse en un abuso de poder.

En tal sentido, se advierte que la aplicación de la Eficacia Anticipada sobre las Resoluciones que disponen la ejecución de prestaciones adicionales no reconoce todos los requisitos para su aplicación.

Adicionalmente, como se explicó en apartados anteriores, la norma no establece expresamente el hecho sobre el cual previamente debe emitir la Resolución que aprueba la ejecución de prestaciones adicionales.

Sin perjuicio de ello, como se indicó, el OSCE indirectamente sostiene que ello debe entenderse como un requerimiento previo a la ejecución de la prestación y no únicamente como requisito para realizar el pago, como se regula para el tema de obras.

Por tanto, corresponde en este punto evaluar en qué medida la mala aplicación de una figura legal de derecho público tergiversa y desnaturaliza las reglas esenciales de toda contratación pública, hasta el punto de generar dudas sobre su legalidad.

III.3.1. Consecuencias de una aplicación forzada de la Eficacia Anticipada: Prohibición expresa de la “regularización” de la contratación pública

Un ejemplo de las consecuencias que se puede tener sobre la mala aplicación de figuras legales de aplicación general al derecho administrativo, se observa en la Resolución Administrativa N° 027-2019-OEA-HEJCU, emitida el 19 de junio de 2019 por la Oficina Ejecutiva de Administración del Hospital de Emergencias “Jose Casimiro Ulloa” de la Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Centro, en cuya parte resolutive aprobó una prestación adicional con eficacia del 01 al

19 de junio de 2019, es decir, con eficacia anticipada y hasta la fecha de emisión de dicho acto, para la adquisición de paquete de alimentos.

Otro ejemplo se advierte en la Resolución N° 152-2022-DGA-CR emitida el 05 de agosto de 2022 por el Director General de Administración del Congreso de la República, el que autorizó con eficacia anticipada al 27 de junio de 2022, el servicio de pólizas de seguros patrimoniales.

Como se puede advertir hasta este punto, el primer ejemplo puede interpretarse como el uso de la eficacia anticipada para regularizar el pago de los bienes adquiridos. En el segundo ejemplo, la interpretación no resulta del todo clara, pero deja la duda si la necesidad del incremento en la contratación del servicio se debió a una necesidad generada luego de suscrito el contrato o si se debió a una omisión en el expediente de contratación.

Como se advirtió anteriormente, la norma no estableció que la Resolución se emite para efectos de realizar el pago, por el contrario, el OSCE dispone que esta debe emitirse previa a la ejecución de la prestación.

Entonces, el hecho de no tener una delimitación adecuada sobre la discrecionalidad de aplicación del derecho administrativo general es que estas dudas se generan, y los casos en los que se aplica la eficacia anticipada para la ejecución de prestaciones adicionales no es escasa ni para pocos casos. De hecho, de la forma en cómo se utiliza sin un lineamiento uniforme, ha llegado a ser considerada para aprobar adendas de modificación que inician antes de la fecha de suscripción del documento que la contiene.

A ello debe sumarse el hecho de que la única posibilidad de proceder en contra de la prohibición de la regularización de contrataciones, como para efectos del pago, por ejemplo, es en los casos de la contratación directa por causal de emergencia que permite regularizar en fechas posteriores las actuaciones correspondientes al proceso de selección e inclusive de la etapa de ejecución contractual.

Asimismo, haciendo un símil con la aplicación normativa de los contratos de obra, este dispone que solo en casos que se trate de emergencias inminentes, puede procederse con la ejecución de las prestaciones adicionales, con la

posterior regularización del expediente completo, siendo la Resolución un documento necesario para proceder al pago, reglas que hasta este punto ha quedado demostrado que la Ley y Reglamento no lo regularon respecto al caso de las prestaciones adicionales de bienes y servicios.

Una alternativa para subsanar el vacío normativo al que se ha hecho referencia a lo largo de todo el presente trabajo, consiste en incorporar una norma limitativa de los casos en los cuales dicha figura puede ser utilizada, y que de alguna manera replique lo que se encuentra regulado para el caso de prestaciones adicionales de obras. Es decir, que se permita la posibilidad de ejecutar prestaciones adicionales antes de la emisión de la Resolución del Titular de la Entidad, siempre y cuando se trate de prestaciones necesarias para mitigar riesgos o prevenir un inminente peligro para la salud y seguridad de las personas. De tal manera, no se estaría restringiendo su uso, pero tampoco se estaría desnaturalizando sus requisitos.

CONCLUSIONES

La figura de la eficacia anticipada consta de ciertos requisitos dados por la normativa de carácter general de Derecho Público, los cuales son de observancia obligatoria para poder aplicar un supuesto excepcional de vigencia del acto administrativo en el tiempo, el cual debe diferenciarse del plazo que tiene la administración para dictar sus actos administrativos y de la postergación de vigencia del inicio de los mismos.

Como parte de los requisitos para la aplicación de una figura excepcional, es necesario determinar cuáles son los intereses, derechos y obligaciones involucrados de los administrados directos e indirectos, en la medida que a razón de ello se determinará si la aplicación de la eficacia anticipada está siendo utilizada sin contravenir lo establecido por la LPAG.

Las prerrogativas exorbitantes reconocidas a la Administración Pública no se aplican de forma irracional ni pueden ser dejadas a la libre discrecionalidad de las mismas, puesto que estas deben respetar el cumplimiento del principio de legalidad y equidad respecto a los intereses de los particulares contratistas, para lo cual corresponde delimitar adecuadamente cuál es la finalidad pública que cada contratación busca satisfacer.

Delimitar la discrecionalidad de las decisiones unilaterales que puede aplicar una Administración Pública en el marco de ejecución de un contrato, específicamente sobre la ejecución de prestaciones adicionales, puede significar un incremento para la seguridad jurídica y predictibilidad para los administrados colaboradores o contratistas.

La legislación especial ha consolidado el criterio de la Dirección Técnico Normativa del OSCE a través de las Bases Estándar aprobadas para llevar a cabo los distintos procedimientos de selección, prefiriendo la aplicación supletoria del Código Civil y normas de derechos privado al tratarse de la etapa de ejecución contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, al considerar como uno de los requisitos para autorizar la ejecución de prestaciones adicionales un acto administrativo como es un Resolución del Titular de la Entidad, se genera incertidumbre hasta qué punto pueden ser de aplicación todas las reglas aplicables a los actos públicos que involucran derechos de partes contractuales y no de meros administrados.

En tal sentido, no es posible aplicar figuras como la Eficacia Anticipada a supuestos especiales de aplicación del derecho público, puesto que esta no fue regulada considerando la finalidad de la normativa de Contratación Pública, mucho menos los principios rectores que involucra para controlar la discrecionalidad administrativa y el actuar de los agentes privados.

Finalmente, a efectos de poder suplir las deficiencias normativas que generan esta aplicación supletoria incorrecta, se recomendaría incluir en la norma especial restricciones de su uso, a efectos de que se limite su aplicación de ser necesaria para casos especiales, tal como se encuentra regulado para los contratos de obra.

BIBLIOGRAFÍA

Amazo, D. (2010). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(2), 181-203. Colombia. Recuperado a partir de <https://revistas.urosario.edu.co/indez.php/sociojuridicos/article/view/345>

Arrowsmith, S. (2019). "Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy", *Journal of Public Procurement*, 2010, vol. 10, n.º 2, pp. 149-186. Traducido por Carlos Sebastián Barreto.

Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.

Bermejo, J. (2013). *Derecho Administrativo Básico*. 11ª ed. España, Pamplona. Thomson Reuters.

Cassagne, J.C. (2009). *El contrato Administrativo*. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.

De La Puente, Manuel (1999). Las cláusulas exorbitantes. En: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39.

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica (junio 2019). *Contrataciones del Estado*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

Gonzales, J. y F. Gonzales (1997). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Primera Edición, España, Madrid. Editorial Civitas, S.A.

Morón, J.C. (agosto 2015). *Comentarios a la ley del Procedimiento Administrativo General*. 11ª ed. Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

Morón, J.C. (2016). La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. *Gaceta Jurídica*, Lima.

Morón, J.C. (2019). La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración. En *Círculo de Derecho Administrativo*. RDA 18.

Morón, J.C. (setiembre 2022). *La Ley del Procedimiento Administrativo General en su Jurisprudencia*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

Pérez, A. (2003). *Teoría general del acto administrativo*. México, D.F. Editorial Porrúa.

