

EL LABERINTO ESTATAL: HISTORIA, EVOLUCIÓN Y CONCEPTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.

I. INTRODUCCIÓN

En términos históricos, el Estado ha sido considerado probablemente como el principal agente económico en el desarrollo de un país. En casos como el peruano, si bien el Estado no se ha avocado en forma primordial a una faceta de "productor" de bienes, si es evidente que ha asumido un conjunto de roles y parámetros que justifican dicha actuación, siendo el principal de ellos, el establecido en el artículo 60^{o2} de nuestra Constitución Política de 1993, en virtud del cual, su intervención como agente económico en materia empresarial, se debe dar sólo cuando medie autorización legal expresa y razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que se acompañen de un rol subsidiario en la actuación del Estado. Debe quedar claro, que dichas limitaciones no enervan el rol protagónico que el Estado ostenta como consumidor de bienes y/o servicios. Tal circunstancia genera la necesidad de cumplir con un conjunto de tareas, que implican el desarrollo de numerosas actividades que se encuentran plasmadas en documentos que tienen naturaleza contractual.

En el marco de las relaciones contractuales que entabla el Estado, es posible advertir la existencia de una amplia variedad de operaciones, que pueden abarcar desde la adquisición de bienes y/o servicios, hasta aquellas otras operaciones cuya finalidad radique en la contratación de personal u otros propósitos.

Todas y cada una de estas relaciones, se caracterizan por un aspecto en particular: el hecho de que las partes de esta relación sean, por un lado, una entidad u órgano estatal y, por el otro, un agente

privado. Este asunto neurálgico ha generado un intenso debate en relación a la naturaleza jurídica de dichos contratos, dando pie a diversas posturas sobre el tema.

Por un lado, algunos autores consideran que en atención a las particularidades del caso, el Estado celebra tanto "Contratos Administrativos" como "Contratos Privados de la Administración", los que dependiendo del caso, se rigen por un marco normativo diferente, (para el caso de los contratos administrativos, es aplicable el derecho público, mientras que, para el caso de los contratos privados de la Administración sería aplicable el derecho privado); por otro lado, existe una postura mayoritaria de quienes consideran inútil dicha clasificación, puesto que éstos son, en últimas instancia, contratos estatales, que se rigen por ambos marcos normativos. Esta discusión ha generado, en la actualidad, una serie de distorsiones en el régimen de contratación pública.

El presente artículo tiene por objeto exponer la situación actual de la contratación administrativa en el Perú, partiendo de un análisis doctrinario sobre dicha figura, para a posteriori, contrastarla con la realidad de ésta en nuestro ordenamiento nacional en función de algunas operaciones emblemáticas que se desarrollan en el país.

II. ALCANCES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La figura del contrato administrativo ocupa un lugar privilegiado en el marco del desarrollo doctrinario, eclipsando incluso a otras categorías.

1. Abogado. Magister en Administración Pública y en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola.

2. **Artículo 60.- Pluralismo Económico.** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En tal sentido, el análisis de la contratación administrativa en el Perú conlleva, en un primer momento, a la ineludible necesidad de conceptualizar ésta figura, toda vez que, de ello dependerán muchas de las conclusiones a las que se pueda arribar.

A continuación se abordará la naturaleza y los tipos de contratos administrativos que constituyen una piedra angular en lo que a dicha figura se refiere, pues sólo comprendiendo las distintas posturas que surgen sobre los temas señalados, se podrá advertir la realidad del tratamiento de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. El concepto de contrato administrativo.-

El asunto de la conceptualización del contrato administrativo es probablemente, el que mayor controversia ha generado en torno a dicha figura, producto de las más variadas opiniones existentes sobre el tema.

Para autores como **MORAGA KLENNER**³, la institución jurídica bajo análisis es, en primer lugar, una institución jurídica universal que ha servido de auxilio al Estado en el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, el referido autor precisa que el *contrato* fue en la Edad Media una institución jurídica universal, desde el momento en que las relaciones de fuerza se reemplazaron por las relaciones jurídicas entre los privados y la autoridad administrativa.

Por su parte, otros autores como **DROMI**⁴ y **SILVA CIMMA**⁵, definen al contrato administrativo como un negocio u acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración Pública y un particular, que, en tanto persiguen un fin público, se encuentran sometidos a normas de derecho público.

Asimismo, autores como **CASAGNE**⁶, señalan que si bien el fenómeno de la contratación pública durante cierta etapa, fue descrito como un sistema radicalmente opuesto al de la contratación privada, muchas veces no se ha reparado en la circunstancia de que lo público

y lo privado son categorías históricas que van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales no siempre pueden encapsularse en formulaciones rígidas ni unitarias.

Tal como se puede apreciar, las posturas sobre el tema varían, principalmente, en atención a la perspectiva desde la cual se analiza el contrato. Es evidente que existen diversas posturas, unas que definen al contrato administrativo en clara contraposición con la contratación privada, otros que la definen en atención a los fines públicos cuya satisfacción subyace a su celebración, e incluso, quienes enmarcándolo dentro de la categoría general de contrato, lo definen como una herramienta del Estado para cumplir sus fines.

Por nuestra parte, consideramos que la contratación administrativa no es más que una categoría jurídica en virtud de la cual se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones jurídicas patrimoniales y que presentan con respecto de los contratos privados, ciertas particularidades por encontrarse sometidas a normas de derecho público, que determinan de manera subyacente su contenido, principalmente, por el ámbito dentro del cual enmarca su actuación la administración pública.

2.2. Naturaleza jurídica del contrato administrativo.-

De manera similar a lo que sucede con la temática de la conceptualización del contrato administrativo, cabe afirmar que en lo que al análisis de dicha figura concierne, la temática de su naturaleza jurídica, dista mucho de ser el más pacífico de los temas.

Ello se debe a que el análisis de éste aspecto a nivel doctrinario ha sido materia de un trato singular, en tanto que tal como sucede con la problemática de su conceptualización, su estudio casi siempre conlleva a la confrontación de ésta figura respecto de los contratos de derecho privado, principalmente, en lo que a su configuración sustantiva se refiere.

3. MORAGA KLENNER, Claudio, "Contratación Administrativa". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007. Pág. 25

4. DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo" – Tomo II. Editorial Ciudad Argentina, 8° edición, Buenos Aires, 2000, Pág. 101.

5. SILVA CIMA, Enrique, "Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, Contratos y Bienes" – Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 174.

6. CASSAGNE, Juan Carlos "Curso de Derecho Administrativo" – Tomo II. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2011. Pág.356

Lo expuesto no es desconocido para los especialistas en el tema, se ha señalado que “[e]l problema central que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil – que vinieron rigiéndolo desde que el Estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica – y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público.”⁷

Es precisamente la preponderancia que se le otorga a este problema la que, ha dado lugar al surgimiento de dos teorías o concepciones específicas, a la luz de las cuales se pretende determinar la naturaleza de dicha figura; a decir: la concepción dualista o clásica; y, la concepción unitaria.

Para mayor entendimiento del tema, las mismas se desarrollarán a continuación:

2.2.1. Concepción dualista o clásica.–

De acuerdo con quienes siguen esta postura, existirían por un lado, “contratos administrativos”; y, por el otro, “contratos privados de la Administración”, los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico.

Esta distinción tiene su origen en el Derecho Francés, en el que servía como un criterio de distinción a efectos de repartir competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria.⁸

De acuerdo con la concepción dualista, el contrato administrativo es catalogado como “la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro sujeto de derecho (público o privado)”.

En el ámbito internacional, este criterio es

seguido de manera unánime por los autores franceses, así como por un buen sector de la doctrina argentina, entre los que cabe destacar a diversos autores, como Miguel Ángel Bercaitz, Juan Carlos Cassagne⁹, Miguel S. Marienhoff¹⁰, Manuel María Diez¹¹, Rafael Bielsa¹².

En el ámbito nacional, este criterio ha sido adoptado por Manuel De La Puente y Lavalle¹³, Max Arias Schreiber¹⁴, Alberto Ruiz-Eldredge¹⁵, Antonio Pinilla Cisneros¹⁶, entre otros.

Para aquellos que se adhieren a la postura que reconoce una concepción dualista del contrato administrativo, se analiza ésta figura con marcado énfasis en lo que a sus características particulares se refiere con respecto al contrato privado, así como en base a los criterios en función a los cuales se hace sumamente necesaria dicha diferenciación.

A continuación y por la trascendencia del tema, se efectuara un breve repaso sobre los principales criterios reconocidos por éste sector de la doctrina.

2.2.1.1. Características de los contratos administrativos:

Los seguidores de la concepción dualista de los contratos administrativos, reconocen la existencia de características particulares en éste tipo de contratación que incidirían en su propia naturaleza, diferenciándolo del régimen de contratación general (privado).

Entre las características propias de los contratos administrativos que reconoce este sector de la doctrina, se destacan las siguientes:

-
7. CASSAGNE, Juan Carlos. op. cit. pág.360
 8. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”. Volumen I. Reimpresión de la décima edición. Editorial Civitas. Madrid, 2001. Pág. 674.
 9. CASSAGNE, Juan Carlos, “Estudios de Derecho Público”. Ediciones Desalma. Buenos Aires, 1995. Del mismo autor, “El Contrato Administrativo”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
 10. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo” - Tomo III-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992.
 11. DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo” - Tomo II. Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1965.
 12. BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”. Tomo II. 6° edición. La Ley. Buenos Aires, 1964.
 13. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “El Contrato en General” - Tomo I. Colección “Para leer el Código Civil”. Volumen XI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991.
 14. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, “Exégesis” - Tomo I. El Contrato en General”. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1996.
 15. RUIZ ELDREDGE, Alberto, “Manual de derecho Administrativo. Temática esencial”.pp.152.
 16. PINILLA CISNEROS, Antonio, “Los Contratos-ley en la legislación peruana”. Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1999. Pp. 56.

a. Las limitaciones a la libertad de las partes.-

Se afirma que una característica inherente a los contratos de derecho privado, es que la única limitación que se impone a la libertad de las partes se encontraría constituida por temas de orden público, buenas costumbres, moral y disposiciones legales de carácter imperativo.

En este sentido, quienes defienden la tesis dualista, señalan que en el caso de los contratos administrativos, en adición a las limitaciones a la autonomía de la voluntad, propias del derecho privado, existen limitaciones adicionales tanto por el lado de la administración pública, como por el lado de los particulares contratantes.

Con respecto a la actuación de la Administración, se señala que ésta se encuentra limitada por la sujeción al Principio de Legalidad, en virtud del cual, no sólo no goza de libertad para elegir a sus co-contratantes, sino que, adicionalmente, tampoco puede decidir la forma en que debe concertar los contratos que celebra.

En lo que a limitaciones a los particulares se refiere, se afirma que éstos se encuentran sujetos a las condiciones que de manera unilateral fija la Administración, por ejemplo, en las bases y condiciones que rigen un proceso de contratación.

El reconocimiento de lo antes expuesto como "características" propias de los contratos administrativos, ceden si se estima que en realidad no nos encontramos ante un supuesto de falta o inexistencia de autonomía de la voluntad, sino frente al hecho que en lo que a los contratos administrativos se refiere, el ordenamiento jurídico impone el sometimiento a formalidades específicas para la emisión de las declaraciones de voluntad de las partes, por lo que se trataría de un tema única y exclusivamente formal, de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico prevea.

Por lo tanto, somos de la opinión que, en el caso de los contratos estatales, al encontrarse involucrada la Administración Pública, resulta fundamental reconocer que organización se encuentra "... *ineludiblemente vinculad[a] a unas "formas o modos funcionales de actuar" (procedimientos administrativos) que de ninguna manera puede obviar si pretende lograr la producción de decisiones válida en Derecho (...)*"¹⁷.

b. La desigualdad jurídica existente entre las partes del Contrato:

Dentro de esta concepción, otro argumento que sustentaría la diferenciación entre la contratación administrativa y la contratación civil, radicaría en reconocer como rasgo característico de la primera, el que a diferencia de lo que sucede con los contratos de derecho privado, éstos últimos tienen como nota esencial que las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Se afirma en tal sentido, que el caso de la contratación administrativa, existiría una subordinación del contratante particular frente a la Administración Pública, en la medida que los intereses de ésta última, al ser depositaria de los intereses públicos, tienen una preeminencia "lógica" sobre los intereses de los particulares.

En nuestra opinión, tal desigualdad es inexistente, en la medida en que ambas partes tienen intereses dignos de tutela por parte del ordenamiento jurídico, para lo cual ambas establecen vínculos contractuales con la finalidad de satisfacer sus necesidades de cooperación.

Bajo esta lógica, correspondería afirmar que no existe "primacía de intereses" alguna, sino que el ordenamiento jurídico vigente, únicamente, establece ciertas facultades específicas, con el objeto que la Administración (supervise la correcta ejecución) de las prestaciones a cargo de ésta, en las que se involucre el uso de fondos públicos.

Además, la aludida situación de desigualdad que caracterizaría a los

17. RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo. "El equilibrio económico en los contratos administrativos". En: Derecho PUCP. N° 66. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011. Pp. 55-88.

contratos administrativos también se presenta en los contratos privados, por lo que éste aspecto no podría calificarse como un criterio diferenciador, en tanto no es único y exclusivo este tipo de contratación.

c. La mutabilidad de los contratos administrativos.-

Se afirma que un aspecto distintivo de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho privado, es que éstos últimos se rigen por un principio general de inmutabilidad de las obligaciones pactadas en aplicación del principio *pacta sunt servanda*; mientras que en los contratos de derecho administrativo, por establecerse relaciones jurídicas en orden a la satisfacción de intereses públicos, los mismos se rigen por un principio de mutabilidad contractual.

Tal como lo señala CAJARVILLE¹⁸, *"[l]a doctrina incluye generalmente entre las llamadas "prerrogativas" de la administración contratante la de modificar los contratos que ha celebrado, razones de interés público de por medio"*.

En rigor, en los contratos administrativos rigen tanto el principio *pacta sunt servanda* (al igual que en los contratos privados), como el *rebus sic stantibus* (o teoría de la alteración de las circunstancias).

Esta afirmación, parte de la idea de que en los contratos del Estado, se constituyen obligaciones destinadas a ser efectivamente cumplidas, toda vez que al igual que en los contratos de derecho privado, son celebrados con la finalidad de establecer relaciones de cooperación definidas entre el Estado y los particulares.

Así, se advierte que no existe una "mutabilidad total" en los contratos del Estado sino que simplemente, se establece un "régimen de modificaciones

o renegociaciones", el mismo que se encuentra orientado a garantizar un equilibrio económico entre las partes.

Por tanto, este criterio de diferenciación entre el "contrato privado" y "contrato administrativo" basado en la mutabilidad de una u y otra relación, quedaría desvirtuado, en tanto que la mutabilidad se aplica tanto para los contratos "privados" como para los contratos "administrativos".

d. La posibilidad de afectación de derechos de terceros.-

Finalmente, se señala que la diferencia entre la contratación privada y la administrativa, radica en que mientras los contratos privados no pueden afectar derechos de terceros, en el caso de los contratos administrativos sí, en tanto que para éstos últimos, ello sería una regla común.

La figura del contrato con efectos jurídicos frente a terceros es perfectamente admisible tanto en los contratos de derecho privado como en los de derecho público, por lo que en realidad, constituye una falacia afirmar que ésta sea una diferencia sustantiva entre los contratos privados y los contratos administrativos.

Queda claro entonces, que a la luz de lo expuesto en los párrafos precedentes, que la distinción entre contratos privados y contratos administrativos, carece de sustento, no pudiéndose desconocer la universalidad del concepto jurídico del contrato (el mismo que se encuentra anclado en la teoría general del derecho), la naturaleza unitaria de la responsabilidad patrimonial del Estado ante el incumplimiento de sus obligaciones, así como la realidad de que los contratos de la Administración se encuentran siempre regidos por el derecho público y el derecho privado¹⁹.

18. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Mutabilidad de los Contratos de la Administración en el Derecho Uruguayo". En: Derecho PUCP. N° 66. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, pág. 447.

19. DROMI, Roberto. "Instituciones de Derecho Administrativo". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978. Págs. 363-365.

2.2.1.2. Criterios en virtud de los cuales se sustentaría la distinción entre "contratos administrativos" y "contratos privados de la Administración".-

Una vez esbozadas las características en función a las cuales se sustenta la concepción dualista del contrato administrativo, en el presente apartado se pretende dar un vistazo a los diversos criterios o teorías desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en función de los cuales se diferencia a los "contratos administrativos" de los "contratos privados de la Administración".

a. Criterio Subjetivo.-

Se determina que un contrato es administrativo, en la medida en que una de sus partes sea una entidad integrante o perteneciente a la administración pública. De esta manera, cuando la Administración sea parte y actúe como poder público, el contrato será administrativo. En caso contrario, el contrato será privado.

Esta teoría es heredera de aquellas otras teorías que admitían la "doble personalidad del Estado", en la medida que se trate de relaciones regidas por el derecho público o por el derecho privado. Actualmente ha caído en desuso.

De acuerdo con **GRANILLO OCAMPO**²⁰, este criterio solo traslada el problema, ya que no se señala cuándo la administración actúa como poder público o como persona de derecho privado.

Cabe precisar que, éste criterio es rechazado debido a que la presencia de la Administración no basta para calificar a un contrato como administrativo, debido a que ésta puede acudir a técnicas de contratación privadas cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma directa o inmediata²¹.

b. Criterio de la Jurisdicción.-

De acuerdo con el denominado "criterio de la jurisdicción", un contrato será administrativo en la medida en que se someta a la jurisdicción administrativa.

Esta tesis es de especial aplicación en Francia debido a que en dicho país, las divergencias respecto de los contratos calificados como administrativos se resuelven en el ámbito de la denominada "jurisdicción administrativa", distinta de la ordinaria.²²

En nuestra opinión y al igual que otros autores, se puede afirmar que el criterio de la jurisdicción aplicable tampoco sirve para calificar en forma autónoma, la condición del contrato, por cuanto ella es consecuencia de la disímil naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebra la Administración.²³

c. Criterio Formal.-

Este criterio formulado por la antigua doctrina española²⁴, señala que un contrato será administrativo en la medida que el mismo esté ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección).

Cabe precisar que un punto en contra del criterio bajo análisis, es el hecho de que la ley puede señalar que en determinados casos, los contratos no sean celebrados mediante una formalidad, lo que no necesariamente implicaría abandonar el ámbito de la contratación pública.

En adición a lo ya expuesto, se debe tener en cuenta que existen supuestos en los que la Administración Pública celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, pudiendo aplicarse también requisitos formales de derecho público²⁵.

20. GRANILLO OCAMPO, Raúl, "La distribución de los riesgos en la contratación administrativa". Prólogo de Juan Carlos Cassagne. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. Pág.78.

21. CASSAGNE, Juan Carlos. op. cit. pág.369

22. Ibidem. Asimismo, cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. Pág. 16.

23. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo" - Tomo II. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2011. Pág.369.

24. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. "Los Contratos administrativos". Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, pág. 12.

25. CASSAGNE, Juan Carlos, op cit.

En este sentido, queda claro que el establecimiento de determinadas formalidades no es un tema exclusivo del ámbito administrativo, pues puede ocurrir que, cuando los agentes privados lo desean, pueden hacer uso de éstas, por lo que este criterio no puede constituir un elemento diferenciador entre uno y otro tipo de contratación²⁶.

d. Criterio de la "Cláusula Exorbitante".-

Si bien éste criterio ha encontrado entre sus principales adeptos a los juristas franceses, también es seguida por otros autores tales como los argentinos Manuel María Diez²⁷ y Miguel Marienhoff²⁸ y en sede nacional, por el maestro Manuel De La Puente²⁹.

En atención a éste criterio, un contrato será administrativo si contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, que no son permisibles en una relación de igualdad y que evidencian el ejercicio de prerrogativas públicas.

La definición de qué es o qué implica una cláusula exorbitante, es un tema altamente controvertible en el marco del análisis doctrinario, no pudiéndose encontrar una definición uniforme de dicho término.

Al respecto, tenemos que, mientras un sector de la doctrina las define como "aquellas que resultan inusuales en el Derecho Privado", otro las define como "aquellas que de incorporarse a un contrato de Derecho Privado, serían ilícitas". Además, no faltan quienes ampliando los límites de dicho concepto las definen como "aquellas cláusulas que resultan ilícitas o inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial"³⁰,

o quienes las conceptualizan como "aquellas que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerle obligaciones extrañas por su naturaleza, las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales"³¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, los que se acogen a éste criterio, conceptualizan a las cláusulas exorbitantes como aquellas prerrogativas de las que goza el Estado para modificar unilateralmente el contrato (*ius variandi*), así como la potestad tarifaria o de fijación unilateral de precios, entre otras.

Si bien en el marco del derecho francés, la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración, tenía la virtud de convertirlo en administrativo, debido a que tal circunstancia hacía presumir la intención de acudir al régimen del contrato público, exigiendo en tales casos, que el contratante participe en forma directa en la gestión del servicio público-, quienes objetan esta posición, afirman que un contrato no puede ser administrativo, partiendo del simple hecho de existir cláusulas precisas, dado que de cualquier modo la administración conserva sus derechos inherentes.

La principal objeción que se plantea en contra de este criterio de clasificación, es aquel que al verificar la ausencia de un acuerdo entre las partes, ello determina que un contrato no sea administrativo.³²

Otro aspecto a tener en cuenta, es que la vigencia de las cláusulas "exorbitantes" no depende de su inclusión expresa en el contrato, pues son implícitas, es decir, su vigencia es independiente de si han sido expresamente pactadas o no³³.

26. CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato..." Op. Cit. Pág. 16.

27. DIEZ, Manuel María. Op. Cit.

28. MARIENHOFF, Miguel S. Op. cit. Pág. 78.

29. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Las cláusulas exorbitantes". En: Themis 39. Págs. 7-11.

30. MARIENHOFF, Miguel S, "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo III-A. Contratos Administrativos. Teoría general". Cuarta edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992. Pág. 74.

31. CASSAGNE, Juan Carlos. "El contrato...". Editorial Op. Cit. Págs. 19.

32. CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato...". Op. Cit. Pág.19.

33. GRANILLO OCAMPO, Raúl. Op. Cit. Pág. 80.

e. Criterio del "Servicio Público".-

Siguiendo lo señalado por la jurisprudencia francesa emitida por el Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, en una época se determinó que la característica principal de los contratos administrativos era el que tuvieran por objeto la organización o funcionamiento de un servicio público, otorgando a la Administración una posición privilegiada.

Con respecto a nuestra realidad, se ha demostrado que esta teoría es insuficiente e inaplicable, debido a que no solo no existe una noción precisa de lo que es un servicio público, sino que, además existen numerosos contratos administrativos que no versan sobre servicio público alguno y numerosos servicios públicos que se brindan sin la necesidad de la existencia de un contrato administrativo³⁴.

A la inexistencia de conceptualización del término servicio público, se agrega el hecho de la aparición de los llamados servicios públicos industriales o comerciales que en principio, se encuentran sometidos a las reglas del derecho privado³⁵.

f. Criterio de la "Función Administrativa".-

Los que siguen este criterio afirman que un contrato será administrativo siempre que el Estado lo celebre con el objeto de satisfacer una finalidad propia del mismo (finalidad pública), y en general, para ejercer función administrativa.

Este criterio, sostenido principalmente por autores como **CASSAGNE**³⁶, señala que los contratos resultan administrativos en razón de su objeto y fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada.

No obstante, ésta teoría tampoco se ha librado de objeciones, las que se basan

principalmente, en el hecho de que los alcances de la "función administrativa" no tienen un contenido específico, y tampoco son determinados doctrinaria o jurisprudencialmente.

En tal sentido, tampoco podría emplearse como un criterio válido la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en base al criterio de la "función administrativa".

Tal como se puede apreciar, los criterios reseñados, constituyen intentos por sostener la existencia de una dualidad conceptual entre los "contratos administrativos" y los "contratos privados de la Administración".

En la misma línea de lo señalado por **BACA ONETO**³⁷, somos de la opinión que la búsqueda de la "sustantividad" del contrato administrativo, no debe implicar, perderse en el excesivo análisis de las diferencias existentes entre éstos y los Contratos Privados de la Administración, toda vez que, como señala **SANTAMARÍA PASTOR**³⁸, esta polémica carece de interés, debido a que "en términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del Derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre "diferencia de naturaleza" y "meras modulaciones" es tan relativa como discutir si un vaso que contiene sólo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo".

2.2.2. Concepción Unitaria.-

La concepción unitaria del contrato administrativo se ubica en contraposición con la concepción dualista del mismo, postulando que los contratos suscritos por el

34. Op. Cit. Pág. 79.

35. CASSAGNE, Juan Carlos "Curso de Derecho Administrativo" - Tomo II. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Buenos Aires, 2011. Pág.369

36. CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato..." Op. Cit. Págs. 22-23

37. BACA ONETO, Víctor Sebastián, "La Invalidez de los Contratos Públicos". Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006. Pág. 97

38. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "Principios de Derecho Administrativo General" - Tomo I, Iustel, Madrid, 2004, pág. 179

Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen³⁹.

Para aquellos se adhieren a esta postura, se parte de la premisa que todos los contratos que celebra el Estado son "públicos" en la medida en que a todos ellos se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de derecho administrativo).

Actualmente, esa teoría es la más aceptada en nuestro país, atendiendo a la escasa utilidad de los criterios que integran la tesis dualista (servicio público, jurisdicción aplicable, cláusula exorbitante, entre otros), así como a la inutilidad de la distinción en nuestro ordenamiento. El acogimiento de ésta teoría, se fundamenta en el hecho que el procedimiento de formación de la voluntad estatal en orden a celebrar cualquier tipo de contratos (salvo excepciones)⁴⁰ se rige por un marco legislativo particular.

2.3. Clases de Contratos Administrativos:

Para CASSAGNE⁴¹, existen diferentes especies dentro del género contrato administrativo, las mismas que se marcan en función de la diversa modulación administrativa que se establecen tanto en atención a su papel o a la finalidad que persiguen las partes en la relación jurídica, como a la tipicidad que exhiben dichas figuras contractuales.

En este sentido, podemos apreciar los siguientes criterios de clasificación de los contratos administrativos:

2.3.1. En atención a las funciones que cumplen las partes.-

Esta clasificación de los contratos administrativos parte de diferenciar las funciones que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales.

Este criterio de tipificación permite deslindar dos tipos de contratos administrativos: (i) los contratos de colaboración; y, (ii) los contratos de atribución.

Los contratos administrativos de colaboración presentan como rasgo fundamental el carácter de la prestación que el particular debe al Estado, debido a que, en éstos el privado se convierte en un colaborador del Estado en el cumplimiento de su función administrativa.

Un claro ejemplo de éste tipo de contratos lo vienen a constituir los casos de los Contratos de Obra Pública, de Empleo o Función Pública, Concesión de Servicios Públicos de Suministro, etc.

En el caso de los contratos administrativos de atribución, lo esencial es la prestación del Estado puesto que, la prestación del contratista, se limita a aparecer como contrapartida de las ventajas que éste pueda obtener.

Con respecto a éstos contratos, se puede citar el ejemplo de las Concesiones de Uso de Bienes de Dominio Público, en las que la prestación principal corre a cargo del Estado.

2.3.2. En atención a su tipicidad.-

En atención al hecho que el contrato se encuentre regulados o no por una disciplina concreta y detallada en una ley, un sector de la doctrina distingue a los contratos administrativos en dos clases: (i) la de los contratos administrativos típicos; y, (ii) la de los contratos administrativos atípicos.

En este sentido, serán contratos administrativos típicos, todos aquellos que tenga una regulación legal basada en una ley y en las que las partes sólo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen sustancialmente dicha regulación.

39. LINARES JARA, Mario, "Contratación Pública", Grijley, Lima, 2008, pág. 182.

40. Tal como la constituye el régimen de los contratos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura, regidos por el D.S. N° 059-96-PCM y el D.S. N° 060-96-PCM, así como el régimen de los procedimientos relativos a la propiedad estatal, regulados por el D.S. N° 154-2001-EF - Reglamento de los Procedimientos Administrativos de la Propiedad Estatal.

41. CASSAGNE, Juan Carlos, "La supervivencia de la figura del Contrato Administrativo y su categorización jurídica" en La Contratación Pública, Tomo I, 1° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 73.

Por su parte, serán contratos administrativos atípicos, todos aquellos que carezcan de una disciplina normativa que los regule, independientemente de si tienen asignada una nominación jurídica por disposición legal, doctrinaria o jurisprudencial⁴².

2.3.3. En atención a su denominación jurídica.-

Esta clasificación parte del nomen juris del contrato, prescindiendo para tales fines del hecho de si el mismo está sometido o no a una legislación específica.

Partiendo de ello, se puede encontrar dos clases de contratos administrativos: (i) contratos administrativos nominados; y, (ii) contratos administrativos Innominados.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.-

En el ordenamiento jurídico peruano, son escasos los estudios integrales con respecto a la evolución de la contratación administrativa. Uno de los estudios más destacados es el elaborado por **DANÓS**⁴³, en ocasión del II Congreso de Derecho Administrativo celebrado en la ciudad de Lima a finales del mes de abril del año 2006.

Sobre la base del análisis realizado por aquel entonces, a continuación se efectuará un breve repaso sobre el proceso evolutivo de la contratación administrativa en nuestro país.

En su oportunidad, **DANOS** identifico y delimitó tres etapas que marcaron el progreso del régimen jurídico de la contratación estatal en nuestro país, las mismas que por obvias razones se extienden hasta el año 2006. Con la finalidad de completar el panorama, y en atención a las circunstancias recientes, nos permitiremos estructurar un período adicional, el cual nos facilita presentar un panorama completo de la evolución de la contratación administrativa hasta nuestros días.

3.1. Primer Período.-

El primer período de este proceso se inicia por los

años 1950 y se extiende hasta poco antes de 1980, época en la que nuestro ordenamiento jurídico se caracterizaba por la existencia de una dispersión absoluta respecto a las normas que regulaban las diversas modalidades de contrataciones celebradas por el Estado. No existía en este período, una disposición legal específica que regulara la contratación administrativa con carácter general y que sea aplicable a todos los organismos del sector público o al régimen de los contratos de adquisiciones de bienes y servicios o de obra pública por parte de las entidades estatales en general.

Por aquel entonces, en nuestro ordenamiento existían escasas reglas en materia de contratación pública, referidas casi exclusivamente, a los procedimientos administrativos de selección (licitaciones y concursos públicos) y, principalmente, de carácter presupuestario y asistemático. En la práctica, la mayoría de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones.

Los primeros intentos fragmentarios correspondieron a los formulados por el Ministerios de Hacienda y Comercio (D.S. de 03.FEB.1950) y, posteriormente, por el Ministerio de Fomento y Obras Públicas (D.S. de 23.2.1950), normas que sirvieron de "sustento legal" para dar inicio al festín de las grandes obras públicas y compras del "gobierno de facto" del Presidente Manuel A. Odría.

Es importante señalar, que el Presidente Odría gobernó el país entre los años 1948 y 1956, período durante el cual se ejecutaron obras vinculadas, en su mayoría, con el sector educación, dando paso a la construcción de "grandes unidades escolares" en las principales ciudades del país.

Asimismo, durante dicho período se construyó una serie de hospitales, así como unidades vecinales e, incluso, el estadio nacional. Todo este "boom" de obras continuó hasta el mes de diciembre del año 1977, cuando se expidió el Decreto Ley N° 22056, norma que instituyó para la Administración Pública el sometimiento de dichos mecanismos de selección y contratación al Sistema Administrativo de Abastecimiento.

42. MONTORO PUERTO, "Contratos administrativos atípicos", Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1969, pág. 26 y siguientes, cit. por CASSAGNE, Juan Carlos, "La supervivencia de la figura del Contrato Administrativo y su categorización jurídica" en "La Contratación Pública", Tomo I, 1° edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 75.

43. DANÓS ORDÓNEZ, Jorge, "El régimen de los contratos estatales en el Perú", en "Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo", Lima, Palestra Editores, 2007, pág. 64-69

Este sistema fue creado con la finalidad dar unidad, racionalidad y eficiencia a los procesos técnicos de abastecimiento de bienes y servicios no personales, a la luz de una serie de principios como el de moralidad y austeridad.

Con el referido marco legal se pretendía que las adquisiciones de las entidades públicas, que ocasionaban hasta ese momento compras indiscriminadas, stocks innecesarios y gastos indebidos, mejoraran, implementando para ello un orden en el proceso de adquisición de bienes y de servicios en las entidades públicas.

No obstante ello, el régimen legal que se estableció en materia de contrataciones y en el caso de sectores específicos de la economía como fue el caso de las concesiones (especialmente las referidas a la explotación de recursos naturales, como es el caso de la minería), las medidas adoptadas solo se limitaron a la dación de algunas leyes sectoriales, careciendo de un mínimo denominador común sobre la materia.

3.2. Segundo Período.-

El segundo período de este régimen surge con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979 y con la dación de un conjunto de normas dirigidas a simplificar (cada una en su ámbito específico) la regulación de los procedimientos de contratación para las adquisiciones de bienes y servicios y la contratación de obras públicas por parte de las entidades estatales.

Tal como se puede advertir, este período comienza poco después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979 a través de la cual se consagró a nivel constitucional la obligación del Estado de contratar servicios, obras y suministros mediante procedimientos administrativos de licitación y concurso público, con el propósito de garantizar la eficiencia y el manejo transparente de los recursos públicos⁴⁴.

El referido precepto constitucional sirvió como base para la adopción de un conjunto de normas —como el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, conocido como RULCOP, el cual fue aprobado

mediante Decreto Supremo N° 034-50-VC para la contratación de obras públicas; el Reglamento Único de Adquisiciones, conocido como RUA, que fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-85-VC para la adquisición de bienes, servicios y suministros, y la Ley N° 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su Reglamento general, conocido como REGAC—, cuya finalidad principal se encontraba orientada a simplificar los procedimientos de adquisición de bienes y servicios u obras públicas.

El conjunto de normas antes señaladas, no estableció una diferenciación objetiva entre los contratos administrativos y contratos estatales sujetos al derecho privado, limitándose a regular los procedimientos administrativos de adjudicación o selección de contratistas y crear así, por primera vez en este ámbito, instancias administrativas encargadas de resolver las controversias que se generaban durante la fase precontractual o de selección.

Este fue el caso de los Consejos de Adquisiciones Departamentales para los procedimientos administrativos regulados por el (Reglamento Único de Adquisiciones – RUA-) RUA y del Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, conocido como CONSULCOP para obras públicas; este último, además, se configuró como un verdadero Tribunal Administrativo facultado para resolver en sede administrativa las controversias que se generasen durante la ejecución del contrato entre la entidad administrativa contratante y la contratista privada, sin perjuicio de que cualquiera de las partes en caso de disconformidad con el fallo (resolución) pueda cuestionarlo en aquel entonces, ante el Poder Judicial a través de la vía del proceso contencioso administrativo.

No obstante el progreso advertido durante esta etapa en materia de contratación de servicios, obras y bienes, el régimen legal de concesiones, no experimentó modificaciones importantes; sino que, por el contrario, su regulación se mantuvo concentrada exclusivamente en materia de concesiones para la explotación de recursos naturales, los cuales fueron regulados por leyes sectoriales.

44. Constitución Política del Perú 1979
Artículo 143.-

La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.

3.3. Tercer Período.-

Antes de la década de 1990, el Perú se encontraba enfrentando una de las peores épocas de su historia reciente, caracterizada por un proceso hiperinflacionario y recesivo, que legitimó aquellos argumentos referidos a la ineficiencia de la actividad empresarial del Estado.

El consenso generalizado en torno a la idea que la privatización de empresas públicas acabaría con la inflación, con la crisis del sector externo, el exceso de burocracia y la falta de productividad, dio lugar a que dicho proceso se implementara sin mayor resistencia⁴⁵.

En función a ello, el proceso de privatizaciones⁴⁶ constituyó un componente esencial en el programa de reformas estructurales del Estado y la modernización de la economía en el país, en base al modelo económico mundial que defendía la apertura de los mercados a la competencia, la eliminación de restricciones a la inversión al sector privado, la reducción del aparato del Estado y la reorientación de sus competencias, para concentrarlo únicamente en las funciones básicas o esenciales.

Los resultados de estas reformas estructurales fueron, entre otros, la transferencia al sector privado, mediante procesos de privatización (venta de activos y acciones), de la propiedad de empresas públicas que, hasta ese momento, se encargaban, exclusivamente, de la gestión de la producción de bienes y la prestación de servicios; y, el otorgamiento de concesiones a empresas privadas para la prestación de actividades calificadas jurídicamente como servicios públicos y para la explotación de obras públicas de infraestructura.

Sin perjuicio de lo expuesto, los resultados expuestos, no solo constituyeron componentes fundamentales del programa de reformas y modernización económica del país, sino también,

dos de los mecanismos más importantes para promover la inversión privada.

Si bien en materia de contrataciones de bienes, servicios y obras, la Constitución de 1993⁴⁷, al igual que su predecesora, la Constitución de 1979, estableció el marco de referencia para las adquisiciones de bienes, servicios y suministros y la contratación de obras por parte de las entidades administrativas —disponiendo que las entidades estatales se encontraban obligadas a sujetarse a los procedimientos administrativos de licitación o concurso público que establezcan las leyes respectivas, con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de postores—, el cambio real se dio con la unificación normativa o legal sobre esta materia, pues hasta dicha fecha, tal como se ha indicado en las líneas precedentes, la normativa existente se encontraba dispersa (RULCOP, el RUA y el REGAC).

En el contexto descrito, el 27 de julio de 1997 se promulga la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -Ley N° 26850, la cual integro en un solo cuerpo legal, el régimen aplicable a los procesos de contrataciones de todas las entidades administrativas incluidas las empresas del Estado, para la adquisición de bienes y servicios y para la contratación de obras.

Esta ley se enfocó, principalmente, en la fase precontractual, es decir, en la regulación de los procedimientos administrativos de selección de contratistas (concursos, licitaciones y otros especificados en la misma) y estableció, cuantitativamente, pocas normas aplicables a la fase de ejecución de los contratos.

Uno de los aportes que se puede identificar con la promulgación de la Ley N° 26850, fue la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones - CONSUCODE (actualmente denominado Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE) como organismo rector del nuevo

45. RUIZ CARO, Ariela. "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo 1991-2002". En: Gestión Pública. Serie 22. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES. Santiago de Chile, julio de 2002.

46. "La privatización fue concebida como una herramienta a través del cual el Estado trasladaba al sector privado la iniciativa productiva y empresarial con el fin de fortalecerse y tornarse eficiente en aquellas áreas en la que había perdido presencia en las últimas décadas: educación, salud, seguridad y administración de justicia. Correspondía al sector privado, por lo tanto encargarse directamente de toda la actividad productiva, y constituirse en el motor del desarrollo del país." En: RUIZ CARO, Ariela. "El proceso de privatizaciones en el Perú durante el periodo 1991-2002". Gestión Pública. Serie 22. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES. Santiago de Chile, julio de 2002.

47. Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 76°.-

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, si como también la adquisición o la enajenación de bienes. La Contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Sistema de Adquisiciones del Estado, así como la configuración de un nuevo Tribunal Administrativo encargado de resolver en última instancia administrativa, las controversias que se generen entre los postores y las entidades administrativas convocantes durante los procedimientos administrativos de selección de contratistas, sin perjuicio que sus resoluciones puedan ser cuestionadas ante el Poder Judicial a través del proceso contencioso-administrativo.

Sin lugar a dudas, el aporte fundamental de la referida Ley N° 26850, fue la implementación del Arbitraje en materia de contrataciones públicas, como un mecanismo obligatorio de solución de las controversias que pudieran surgir a posteriori de la adjudicación y celebración del contrato, etapa básicamente conocida como la "Fase de Ejecución".

No obstante lo expuesto, durante éste periodo, la propia Ley N° 26850 fue sometida a diversas modificaciones, siendo las más relevantes: (i) la del año 2000 introducida por la Ley N° 27330; y, (ii) la del año 2004, introducida con la Ley N° 28267.

Si bien las Leyes N° 27070 y N° 27148, introdujeron una serie de modificaciones a la Ley N° 26850, la primera gran modificación surge como resultado de la dación de la Ley N° 27730, publicada el 26 de julio del año 2000, la misma que modificó cuarenta y un artículos de la Ley original, consolidando así, la reforma inicialmente establecida por ésta.

Esta norma, además, encomendó al Poder Ejecutivo la labor de consolidar todos los cambios introducidos a la Ley N° 26850 en un Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, así como elaborar un nuevo Reglamento, disposición que se materializó en los Decretos Supremos N° 012-2001-PCM y N° 013-2001-PCM, respectivamente, que entraron en vigencia el 15 de marzo del año 2001.

A nivel formal, estas modificaciones implicaron cambios sustanciales respecto a temas como los vinculados con el Plan Anual de Contrataciones, las Garantías Contractuales, el contenido conceptual de los Principios rectores de la Contratación Pública, etc.⁴⁸

La segunda gran modificación se introdujo con la dación de la Ley N° 28267, publicada el 03 de julio de 2004, la misma que reformó treinta y ocho artículos e incorporó cuatro artículos más a la Ley N° 26850. Estos cambios motivaron, finalmente, la promulgación de un nuevo Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y un nuevo Reglamento, los mismo que fueron aprobados por los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente, los que entraron en vigencia a partir del 29 de diciembre de 2004.

Siguiendo lo señalado por LUNA MILLA⁴⁹, debemos afirmar que el objetivo de éstas modificaciones eran similares a las introducidas en el año 2001, sólo que en este caso se enfatizaron tres grandes líneas de acción: la introducción de nuevas tecnologías de información transacción de los procesos de selección, el establecimiento de un sistema de acreditación de proveedores y la modernización de mecanismos de compras públicas.

Sin restarle mérito al progreso alcanzado a dicha fecha, se debe reconocer que, de existir alguna apreciación que deba hacerse respecto de esta Ley, es que al igual que las normas en materia de contrataciones decretadas durante las etapas anteriores, tampoco recogió un concepto sustantivo de contrato administrativo.

Este aspecto nos permite afirmar que la norma bajo análisis no siguió la tendencia de ordenamientos jurídicos de otros países, los que sí establecían diferencias entre contratos del Estado, denominados "administrativos" y contratos, también estatales, sujetos al derecho privado, denominados "contratos privados de la Administración".

Así, dejando de lado este aspecto, la citada ley se centra en regular aquellos aspectos vinculados a los procesos de contratación estatal exclusivamente destinados a la adquisición de bienes, servicios, suministros y contratación de obras, enfatizando el tratamiento de los aspectos jurídico-administrativos de los procedimientos de selección y adjudicación, sin importarle distinguir entre contratos administrativos o contratos privados de la

48. Sobre el particular, LUNA MILLA, desarrolla los cambios más importantes introducidos por ésta modificación. LUNA MILLA, Oscar M. "Modernización y Reforma del Sistema Peruano de Contratación Pública" en Revista Peruana de Derecho Administrativo, N° 1, Año 2006. Pág. 214- 218.

49. Ídem.

administración, acogiéndose a la doctrina que reconoce la existencia de un único tipo de contrato que, usualmente, es denominado como contrato de estado o contrato estatal.

Por otro lado, en lo que respecta al régimen legal de concesiones, la Constitución de 1993, al recoger a nivel constitucional el Principio de Subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado⁵⁰, propició que se efectuaran numerosas modificaciones a los diversos regímenes legales que regulaban las concesiones de recursos naturales y las de servicios públicos, con la finalidad que dichas actividades económicas que estaban en manos del Estado, a través de sus empresas estatales, pasaran a ser desarrolladas por sociedades concesionarias.

En concordancia con los objetivos de la reforma económica iniciada desde los primeros años de la década de los 90, se dispuso un nuevo régimen legal para la promoción del otorgamiento de concesiones principalmente en materia de servicios públicos y de obras de infraestructura pública, diseñando al mismo tiempo un nuevo modelo de supervisión de la actuación del Estado a través de los organismos reguladores de la inversión privada para las distintas actividades concesionadas. Dichos Organismos se encontraban encargados de supervisar el cumplimiento de los respectivos contratos de concesión y de ejercer las potestades regulatorias fijando las tarifas en los mercados en que no existía competencia o esta era insuficiente.

Sin embargo, y tal como se ha señalado, en esos momentos no nos encontrábamos en la mejor situación económica en el país, por lo que para generar un espacio de estabilidad y seguridad jurídica, el Estado se encontró en la necesidad de implementar un marco regulatorio adecuado que le otorgase a los inversionistas privados las garantías de estabilidad y seguridad a sus inversiones.

En razón de ello, es que se perfeccionó un régimen, actualmente, denominado contrato-ley al amparo del artículo 62º de la Constitución Política del Perú de 1993. Mediante este tipo de

contrato, el Estado se obliga contractualmente con los inversionistas privados, que constituyen la contraparte de un contrato, a garantizarles la estabilidad de las reglas jurídicas vigentes al momento de la suscripción del respectivo contrato.

3.4. Cuarto Período.-

Durante los últimos años, el gobierno peruano ha venido impulsando su participación en procesos de integración económica y comercial, lo que se ha traducido en una activa participación en organismos internacionales, tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Foro de Cooperación Económica del Asia-Pacífico (ASPEC), la Comunidad Andina (CAN) y la Asociación Latino Americana de Integración (ALADI) -en cuyo contexto nuestro país ha suscrito Acuerdos de Complementación Económica con diversos países de la región, así como con el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), entre otros-.

Durante el gobierno del presidente Alan García Pérez y, de acuerdo con la Hoja de Ruta 2004-2006, se consideró que la suscripción de acuerdos de integración bilaterales eran de suma importancia para el país, puesto que con la suscripción de Tratados de Libre Comercio—entre los que podemos señalar los suscritos con Estados Unidos, Tailandia y Singapur—se permitía liberalizar los mercados de las contrataciones públicas, creando así espacios para los proveedores de todos los países y generando una creciente inclusión en materia de contrataciones gubernamentales a través de estos instrumentos de integración económica y comercial.

Esta liberalización deriva, precisamente, del reconocimiento de la importancia estratégica que las contrataciones estatales tienen para el desarrollo económico y social de los países, y del papel clave de éstas en sectores de la economía como los referidos a construcción, obras públicas, energía, transportes, telecomunicaciones e industria.

50. Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Es así que con fecha 07 de agosto de 2007, mediante Oficio N° 157-2007-PR, el Ejecutivo remitió al Congreso de la República un proyecto de Ley que, el Régimen Legal establecido por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, y el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento del referido TUO.

La referida propuesta contenía una serie de disposiciones cuyo objeto era regular los procesos a través de los cuales el Estado elegía a sus co-contratantes, así como la consecuente ejecución de los contratos que se derivan de dicha selección.

Inicialmente, la intención principal de quienes desarrollaron dicho proyecto, radicaba única y exclusivamente en la necesaria "renovación" y/o "actualización" del régimen instaurado por la Ley N° 26850.

Sin perjuicio de lo expuesto, algunos meses después, concretamente, el 20 de diciembre del año 2007, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley N° 29157, "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de Legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento".

Como se puede advertir, en virtud de la referida Ley el Poder Legislativo delega en el Ejecutivo facultades para que éste, en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, legisle sobre las materias referidas en dicha norma, entre las que se encontraban: la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado.

No obstante ello, debe tenerse en cuenta que la referida Ley había sido emitida en atención a las necesidades advertidas por el Poder Legislativo de establecer un marco legal que permitiese facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EE. UU y su protocolo de enmienda, así como apoyar a la competitividad económica. Como consecuencia de ello, el 4 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), disposición que establece, exclusivamente,

el régimen aplicable a las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras que realiza toda entidad del Estado de cualquiera de los tres niveles de Gobierno (Nacional, Regional y Local), así como aquellas realizadas por empresas estatales.

Cabe precisar que la referida norma establecía una serie de principios que debían ser observados por cada entidad al momento de contratar y, a su vez, promovía una contratación oportuna, eficiente, transparente y libre de corrupción.

Asimismo, en aras de reglamentar la Ley de Contrataciones con el Estado, se aprobó el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Si bien esta normativa marca la pauta de la contratación pública para abastecimiento de bienes y servicios del Estado, hasta la actualidad, es de indicarse que ésta norma no ha estado exenta de modificaciones, siendo la más importante, la que se suscitase hace apenas un año atrás, el 01 de junio de 2012, a través de Ley N° 29873.

Igual suerte corrió el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que fuera modificado mediante Decreto Supremo N°138-2012-EF el 07 de agosto de 2012.

Entre las principales modificaciones incorporadas por dicha norma, tenemos que ésta dispuso expresamente que dicho régimen no era aplicable a los Contratos Administrativos de Servicios o al régimen que haga sus veces, así como tampoco a los Contratos de Locación de Servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o empresas del Estado; entre otras modificaciones e incorporaciones.

IV. LOS TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EXISTENTES EN EL PERÚ EN LA ACTUALIDAD.-

Es pertinente señalar que para el análisis de esta parte, se debe advertir que en el caso peruano, tal como se aprecia en el acápite anterior, no existe un régimen legal que abarque o cuya vocación hubiese sido abarcar todo lo concerniente a la contratación administrativa.

El actual ordenamiento jurídico en materia de contrataciones administrativas, se caracteriza por la existencia de múltiples tipos de contratos que suscribe el Estado Peruano, los cuales son regulados mediante marcos legales especiales, pudiendo apreciarse en muchos casos la coexistencia de un régimen general y de diversos regímenes especiales, en función a la prestación, actividad a desarrollar o de acuerdo al nivel de gobierno que realice la contratación.

A continuación, se efectuará un repaso sobre los tipos más frecuentes de contratos que suscribe el Estado Peruano y que han dado lugar, a un mayor desarrollo a nivel normativo:

4.1. Contratos para la adquisición de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras.-

El marco legal que rige éste régimen de contrataciones se encuentra dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE), con las sucesivas modificaciones efectuadas al mes de mayo de 2013. La LCE regula exclusivamente el régimen aplicable a las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras que realiza toda entidad del Estado

de cualquiera de los tres niveles de Gobierno (Nacional, Regional y Local), así como aquellas realizadas por empresas estatales.

Con respecto al marco normativo establecido por la LCE y el RLCE, cabe señalar que en éste no se consagra un concepto de contrato administrativo que se identifique como sinónimo de un régimen de exorbitancia en el que la Administración Pública, necesariamente goce de una posición de superioridad con poderes y prerrogativas unilaterales para imponerse en el contenido de la relación contractual, justificado en el rol que le compete de tutela de los intereses generales.

Asimismo, sus disposiciones no son aplicables a otros procesos de contratación que realiza el Estado, como por el ejemplo el caso de los contratos de concesión, de disposición de bienes del Estado, los contratos-ley, etc., los cuales cuentan con sus propios marcos normativos.

Es importante señalar, que cabe la posibilidad que algunas normas del régimen de la Contrataciones del Estado puedan ser aplicables a otros ámbitos de la contratación administrativa, tal como sucede con los principios consagrados en el artículo 4^o⁵¹ de LCE, que en el caso planteado, constituyen principios comunes en todos los ámbitos de la contratación

51. Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

- a) Principio de Promoción del Desarrollo Humano: La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.
- b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.
- c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.
- d) Principio de Imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.
- e) Principio de Razonabilidad: En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.
- f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.
- g) Principio de Publicidad: Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.
- h) Principio de Transparencia: Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.
- i) Principio de Economía: En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.
- j) Principio de Vigencia Tecnológica: Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.
- l) Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
- m) Principio de Sostenibilidad Ambiental: En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.

Estos principios servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

administrativa (principio de eficiencia, transparencia, etc.), independientemente de la naturaleza y régimen del vínculo contractual.

Los principios esenciales que rigen los procedimientos de selección, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo y del derecho común que se encuentran regulados en la Ley de Contrataciones del Estado y se extienden al universo de las contrataciones en las que participa el Estado, son los siguientes:

a) Principio de Libre Concurrencia y Competencia.-

Este principio constituye uno de los principios centrales del régimen económico consagrado por la Constitución peruana y genera la obligación para las entidades administrativas de considerar regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales.

b) Principio de Imparcialidad.-

Las decisiones de los funcionarios responsables de las adquisiciones y contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta sujeción al principio de legalidad, así como en atención a criterios técnicos que permitan garantizar la objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

c) Principio de Eficiencia.-

Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Para ello, deberán observarse los criterios de celeridad, economía y eficacia.

d) Principio de Transparencia.-

Toda adquisición debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, garantizándoles a estos durante todo el proceso de selección el acceso a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones, debiendo ser públicos la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados.

e) Principio de Trato Justo e Igualitario.-

Todo postor debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes de los demás, prohibiéndose la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Los principios antes señalados, sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación del respectivo régimen de contrataciones, así como también de parámetros para la actuación de los funcionarios, y finalmente para suplir los posibles vacíos de la misma normatividad.

La LCE y el RLCE regulan tanto la fase anterior al proceso de selección, como las fases correspondiente al proceso de selección y a la post selección o también conocida como la fase de la ejecución contractual.

En la **fase pre-proceso de selección**, se configura una sub-fase de programación y formulación del Presupuesto Institucional, en donde cada una de las dependencias de una Entidad del Estado, determina cada uno de sus requerimientos de bienes, servicios y obras, en función de sus metas presupuestarias establecidas, señalando la programación de acuerdo a sus prioridades.

Los requerimientos que realice cada una de las dependencias de la Entidad serán incluidos en un cuadro de necesidades, el cual será remitido al órgano encargado de las contrataciones para su consolidación, valorización y posterior inclusión en un Plan Anual de Contrataciones⁵².

52. Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF

Artículo 7.- Contenido mínimo del plan Anual de Contrataciones

El Plan Anual de Contrataciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

1. El objeto de la contratación;
2. La descripción de los bienes, servicios u obras a contratar y el correspondiente código asignado en el Catálogo;
3. El valor estimado de la contratación;
4. El tipo de proceso que corresponde al objeto y su valor estimado, así como la modalidad de selección;
5. La fuente de financiamiento;
6. El tipo de moneda;
7. Los niveles de centralización o desconcentración de la facultad de contratar; y
8. La fecha prevista de la convocatoria.

El Plan Anual de Contrataciones considerará todas las contrataciones, con independencia del tipo del proceso de selección y/o el régimen legal que las regule. No será obligatorio incluir en el Plan Anual de Contrataciones las Adjudicaciones de Menor Cuantía no programables.

En consecuencia, una vez aprobado el Presupuesto Institucional, el órgano encargado de las contrataciones revisará, evaluará y actualizará el proyecto de Plan Anual de Contrataciones sujetándolo a los montos de los créditos presupuestarios establecidos en el citado Presupuesto Institucional.

El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, el cual llega a contener la información referida a las características técnicas de aquello que es materia de contratación, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso. Por tanto, una vez aprobado el Expediente de Contratación, se incorporarán todas las actuaciones que se realicen desde la designación de un Comité Especial⁵³ hasta la culminación del contrato.

Por otro lado, en la fase del proceso de selección o también conocida como fase precontractual, los procedimientos administrativos de selección regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones son:

1. La Licitación Pública.-

Esta modalidad es convocada para la contratación de obras y para la

adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto aplicable al Año Fiscal correspondiente.

Cabe indicar que este proceso selectivo se caracteriza por la amplitud de su convocatoria, la que se justifica en atención a lo ordinario del contrato que permite la participación de todas las empresas del rubro a contratar⁵⁴.

En el caso de Licitaciones Públicas para la ejecución de obras se pueden presentar dos modalidades: licitación pública nacional o licitación pública internacional, siendo éste último supuesto aquel en el que las características técnicas de las obras requieran de postores internacionales.

2. El Concurso Público.-

Esta modalidad es convocada para la contratación de servicios de toda naturaleza incluyendo consultorías y arriendos.

Este tipo de procedimiento junto con las Licitaciones Públicas, se caracterizan por la existencia de mayores formalidades en comparación con los demás.

3. La Adjudicación Directa.-

Esta modalidad es utilizada para las adquisiciones y contrataciones de bienes,

53. Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF

Artículo 27.- Designación del Comité Especial

El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, indicando los nombres completos y quién actuará como presidente y cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su suplente.

(...)

Conjuntamente con la notificación de designación, se entregará al presidente del Comité Especial el Expediente de Contratación aprobado y toda la información técnica y económica necesaria que pudiera servir para cumplir el encargo.

(...)

El Comité Especial elaborará las Bases y las elevará para la aprobación de la autoridad competente. Luego de aprobadas, el Comité Especial dispondrá la convocatoria del proceso.

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF

Artículo 31.- Competencias del Comité Especial

El Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso. El Comité Especial es competente para:

1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación.
2. Elaborar las Bases.
3. Convocar el proceso.
4. Absolver las consultas y observaciones.
5. Integrar las Bases.
6. Evaluar las propuestas.
7. Adjudicar la Buena Pro.
8. Declarar desierto.
9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro.

54. LINARES JARA, Mario. op. cit. pág. 106

contratación de servicios y ejecución de obras que realice la entidad, conforme a los márgenes establecidos por las normas presupuestarias.

Este procedimiento admite dos modalidades: i) Adjudicación Directa Pública, o ii) Adjudicación Directa Selectiva.

La primera modalidad, denominada Adjudicación Directa Pública, es convocada cuando el monto de la contratación es mayor al cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias; en caso contrario, se recurrirá la segunda modalidad, denominada, Adjudicación Directa Selectiva.

4. La Adjudicación de Menor Cuantía.-

Esta modalidad es utilizada para la adquisición o contratación de bienes, servicios y obras cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público.

Esta modalidad también es aplicable, para la contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales y para aquellos procesos declarados desiertos.

A los citados procedimientos administrativos de selección se suman las denominadas modalidades especiales de selección, tal como es el caso de:

5. La Subasta Inversa.-

Mediante esta modalidad se realiza la adquisición de bienes y servicios comunes o estandarizados (conforme a una relación aprobada por CONSUCODE- hoy OSCE, a través de una oferta pública y en la cual el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio o costo en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio,

la que puede realizarse de manera presencial (en acto público por medio de propuestas escritas o lances verbales) o de manera electrónica o virtual.

Para autores como **LINARES JARA**⁵⁵, en líneas generales, éste procedimiento implica que la concurrencia de parte de los postores se centre, predominantemente, en una competencia hacia la baja respecto del precio.

Si bien existe un consenso respecto a que éste tipo de procedimiento es aplicable sólo a bienes y servicios cuya características sean sencillas, en el Perú se establece que a través de éste mecanismo se pueden adquirir tanto bienes y servicios comunes, como aquellos que la Administración "homogenice" o estandarice, proceso que consiste en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.

6. Los Convenios Marco.-

Mediante esta modalidad el OSCE selecciona vía licitación o concurso público a los proveedores con los que las entidades administrativas están obligadas a adquirir o contratar de manera directa los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través de un Catálogo en la forma, precios, plazos y demás condiciones establecidas en las fichas del convenio marco suscrito entre el proveedor y el OSCE.

7. Las Compras Corporativas.-

Este mecanismo de contratación permite a las Entidades del Estado que, en forma conjunta puedan adquirir bienes o contratar servicios, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado, aprovechando las economías de calidad.

Con el RLCE, por primera vez en nuestro país se organizó un régimen legal específico para una estrategia innovadora de las compras públicas nacionales: las compras corporativas.

55. LINARES JARA, Mario. op. cit. pág. 108

Para autores como **MORÓN URBINA**⁵⁶, la necesidad que nuestro país alcance un nivel satisfactorio de eficiencia en las compras estatales, ha llevado a adoptar una serie de medidas (plasmadas principalmente, tanto en el Acuerdo Nacional⁵⁷ como en el Plan Nacional de Competitividad⁵⁸, en los que se apuesta por la implantación de un sistema de compras corporativas.

En nuestro régimen se ha considerado pertinente diferenciar dos clases de Compras Corporativas: las Obligatorias y las Facultativas.

Las Compras Corporativas Obligatorias, son exigibles debido a que la Presidencia del Consejo de Ministros, órgano del Poder Ejecutivo, decide con carácter vinculante que determinadas entidades agreguen sus demandas institucionales, señalando la relación de bienes y servicios a adquirirse, y asignar los roles de la unidad de compras y de entidades especializadas en definir las especificaciones técnicas.

Como bien lo han señalado importantes referentes de la doctrina nacional⁵⁹, evidentemente ésta regulación aplica única y exclusivamente para aquellas entidades asignadas al Poder Ejecutivo, ya que de lo contrario, se colisionaría con los demás poderes del estado; no obstante éstos puedan acogerse a procesos de compras facultativas, si autónomamente lo decidieran así.

Por su parte, las **Compras Corporativas Facultativas**, son aquellas que se originan en el acuerdo voluntario de dos o más entidades públicas, que llegan a un consenso para agregar su demanda de bienes y servicios plasmándolos en un Convenio Marco.

En este caso, la característica de éste tipo de compras es que se basa en un avenimiento voluntario de las entidades y no de un mandato de una autoridad preeminente.

Corresponde precisar en este aspecto, que no se debe confundir ésta figura con la de Procesos de Selección por Encargo, en los que la Entidad lo que hace es encargar la conducción del proceso de selección a otra, sin que para ello, la Entidad encargada agregue otras necesidades propias o ajenas.

Los procedimientos administrativos descritos constituyen mecanismos de formación o preparación de la voluntad de la Administración y de gestación del respectivo contrato (fase precontractual), que no se deben confundir con el contrato mismo.

Los contratos que suscriben las entidades estatales para la ejecución de obras o adquisición de bienes o servicios se perfeccionan de manera particular, en relación con lo dispuesto por el Código Civil peruano, puesto que, conforme a este último, la formación del contrato se generaría cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente, mientras que en el caso de los contratos sujetos al régimen de contrataciones y adquisiciones de bienes y de prestación de servicios del Estado, no basta la notificación de la aceptación (acto que podría identificarse con la toma de conocimiento por parte del administrado –notificación– del acto administrativo de adjudicación de la buena pro. En realidad, una vez que la Entidad determina con quién contratará, dicha decisión es susceptible de ser impugnada por otros postores, trayendo como consecuencia la suspensión del respectivo procedimiento de selección hasta que se resuelva la controversia en sede administrativa⁶⁰.

En este sentido, se debe tener presente que una particularidad del régimen legal contemplado por la LCE y el RLCE, es que el contrato que suscribe la administración pública para proveerse de bienes y servicios, sólo se perfecciona con la suscripción del mismo, una vez concluido el procedimiento de selección respectivo.

56. MORÓN URBINA, Juan Carlos, "Las Compras Corporativas del Estado: Análisis de una Estrategia necesaria para un Estado eficiente", en Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, N° 1, Año 2006, pág. 231

57. El cual establece en su vigésimo cuarta política de Estado, la necesidad de afirmar un Estado eficiente y transparente, planteándose como meta al año 2006, que el 80% de entidades públicas se hayan integrado al sistema de compras corporativas de servicios.

58. El cual establece como parte de su política para la reducción de los costos de la contratación estatal en aras de mayor rapidez y eficiencia, implementar gradualmente un sistema de compras corporativas mediante programas piloto.

59. MORÓN URBINA, Juan Carlos, op. cit. pág. 245

60. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú". En: Revista de Derecho Administrativo N°2. Lima, 2006. Pp. 9-44.

4.2. Concesiones, Iniciativas Privadas y Asociaciones Público Privadas.-

No es el objeto del presente artículo, exponer en forma extensa los alcances de cada una de las modalidades contractuales enunciadas. En rigor, se busca señalar que en el ordenamiento jurídico peruano, este tipo de contratos se encuentran sujetos a diversos regímenes legales los mismos que en el tiempo, han sido materia de un permanente proceso de modificaciones.

La justificación de su incorporación normativa en el modelo contractual peruano tiene muchas perspectivas de análisis. En nuestra opinión, la más precisa es aquella que la vincula al agotamiento del modelo clásico del Estado Intervencionista y a la propia constatación de los límites de la actuación estatal para afrontar las necesidades crecientes de la sociedad en materia de infraestructura y de provisión de servicios públicos.

En el caso específico del Perú, se puede identificar a partir de los años 90 en adelante, un proceso normativo evolutivo de bastante intensidad y complejidad en el que el rol del Estado ha venido mutando en el tiempo. En rigor, en el escenario inicial de los años 90, se advertía que el Estado fomentaba un rol promotor de la inversión privada, criterio que se ha venido transformando en los últimos años, a partir de la incorporación de nuevos instrumentos contractuales que trascienden las operaciones clásicas de venta y en su caso de concesiones y que hoy en día, se evidencian, en nuevas modalidades contractuales al amparo del régimen de las iniciativas privadas, asociaciones público-privadas, y de obras por impuestos.

El marco específico de promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, diseñado en los años 90, se sustentó en los Decretos Legislativos N° 662, N° 674, N° 757 y N° 758. Posteriormente, el año 1996, se expide el Decreto Legislativo N° 839, norma que modifica el régimen del Decreto Legislativo N° 758, y habilita la dación del TUO de las normas con rango de ley que regulan el régimen de entrega en concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y del

TUO de sus normas reglamentarias, aprobadas por el Decreto Supremo N° 060-96-PCM.

A dicho marco normativo y sin perjuicio de las normas de inversión descentralizada, se le ha agregado desde el año 2008, el Decreto Legislativo N°1012, Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la Generación de Empleo Productivo y para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, y el Decreto Supremo N°146-2008-EF (Reglamento del Decreto Legislativo N°1012), el Decreto Supremo N° 005-2013 y una serie de normas sucesivas sobre el tema.

4.2.1. El marco normativo aplicable al régimen de concesiones.-

A partir de la Carta Constitucional de 1993, la concesión es concebida como una modalidad especial de los procesos de promoción de la inversión privada, destinada a dotar de infraestructura y de servicios al Estado.

En una primera etapa, el objeto de los procesos de privatización, se concentraron en cubrir el déficit fiscal heredado de los gobiernos que estuvieron a cargo de la conducción del Estado Peruano hasta antes de los años 90. En sus inicios, (años 1991-1996), la concesión no fue el mecanismo más utilizado. En realidad, las operaciones más frecuentes fueron la venta de los activos y la transferencia de acciones de las empresas del Estado a los agentes económicos privados, razón por la cual a dicha etapa se le conoce en forma distorsionada, como un período de "privatización en sentido restrictivo", pues fue casi un sinónimo, aludir a privatización como venta de activos o de transferencia de acciones de las empresas del Estado.

Una vez que se comienza a agotar los activos del Estado y las acciones que las empresas del Estado podían transferir, y dado que aún persistía la obligación de satisfacer las necesidades económicas en el país, se empezó a utilizar con intensidad la modalidad de concesión en materia de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. En su esquema inicial, el Estado mantenía la "propiedad" (titularidad) sobre los bienes concesionados y únicamente,

cedía el proceso constructivo u la operación del bien o servicio público a un particular (cesión de la actividad prestacional). Por tanto, se empezó a comprender que al ser insuficiente la inversión estatal, para lograr el crecimiento económico en nuestro país, se debía recurrir al concurso de la iniciativa privada para superar el déficit de provisión de infraestructura y de prestación de servicios públicos.

Para alcanzar dichos objetivos, se emitió un nuevo marco legal general en materia de concesiones, el cual se plasmó en el TUO aprobado por los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y N° 060-96-PCM, el mismo que consolida el marco normativo inicialmente expedido al inicio de la reforma con la expedición del Decreto Legislativo N° 758 y su posterior modificación a través del Decreto Legislativo N° 839.

El marco normativo diseñado desde los años 90 en adelante, ha tenido como finalidad la promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura, tales como, puertos, aeropuertos, carreteras, vías férreas, etc. También, viene siendo utilizado para la prestación de un conjunto de servicios públicos, tales como telefonía, saneamiento, entre otros.

Es importante señalar, que mediante el Decreto Legislativo N°674 y su Reglamento, los cuales fueron diseñados con la finalidad de incentivar la privatización de las empresas estatales, se incorporó el mecanismo de privatización conocido como "concesión", pero en los inicios del proceso de privatización asumido por el Estado Peruano, dicha modalidad no fue utilizada en forma frecuente, salvo el caso de operaciones exitosas como la

concesión en materia de telecomunicaciones otorgada a favor de la empresa Telefónica.

El Decreto Legislativo N° 758, fue la primera norma expedida el año 1991, en el que se reguló en forma especial, la entrega en concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. Dicha norma, fue posteriormente modificada en agosto de 1996, por el Decreto Legislativo N° 839.

En este sentido, hasta ese momento contábamos con estas normas en materia de concesiones, siendo la única que definía a esta figura, el Decreto Supremo N°060-96-PCM, Reglamento del TUO de Concesiones, en los artículos 3^o⁶¹ y 13^o⁶².

Según **Báez**, *"la palabra concesión proviene del latín Consessio, derivada de concedere que significa conceder. Es un término genérico que implica diversos actos a través de los cuales la Administración confiere a personas privadas derechos o ventajas, sobre el dominio del Estado mediante la sujeción a determinadas cargas y obligaciones, la mayoría de las veces, tales derechos y ventajas complementan el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas."(EL SUBRAYADO ES NUESTRO).*

Por su parte, **RUFIAN LIZANA**, citando a **VARGAS FRITZ**, señala que la concesión es un *"(...) contrato administrativo celebrado entre el Estado y un particular, en virtud del cual éste último asume a su cuenta y riesgo, en el marco del principio del equilibrio financiero, las obligaciones derivadas del contrato y a obtener la tarifa o peaje pactados, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias contenidas en el instrumento legal de adjudicación."*

61. Artículo 3° del TUO aprobado por el D.S. N° 060-96-PCM:

"Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;

El mantenimiento de la obra; y,

El pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos."

62. Artículo 13° del TUO aprobado por el D.S. N° 060-96-PCM:

"La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único con responsabilidad frente al Estado".

Para autores locales como **PEDRESCHI**, *"(...) El contrato de concesión es un acto o contrato administrativo que crea o constituye a favor de un particular un derecho o atribución que inicialmente era propio de la Administración y del que el particular carecía completamente."*

En otra oportunidad, se ha señalado que el concepto y la naturaleza jurídica de la concesión administrativa es un asunto complejo. Por nuestra parte, consideramos que en razón del procedimiento, el tipo de manifestación de la voluntad de la autoridad administrativa y los efectos de la misma, se debe considerar de forma secuencial, que la concesión es un procedimiento, acto y contrato.

En el marco del procedimiento administrativo, el Estado entrega en concesión al sector privado una obra o servicio público: El procedimiento que se utiliza reposa en dos modalidades i) la Licitación Pública Especial, mediante el cual un ente público invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones establecidas en las bases, formulen sus respectivas propuestas, una de las cuales será seleccionada como la más conveniente; ii) el Concurso de Proyectos Integrales, mediante el cual un ente público invita a los interesados para que presenten sus respectivas propuestas, en función a un expediente técnico que deberá ser complementado por el postor, a partir de las variables que son materia de evaluación. En este último mecanismo, se establecen un conjunto de reglas especiales en concordancia con el tipo de procedimiento de selección.

Durante el transcurso del procedimiento de selección del concesionario en el régimen general de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos al que se viene aludiendo, existen los siguientes actores:

(i) **PROINVERSIÓN** como el organismo promotor de la inversión privada del Gobierno Nacional, el mismo que tiene a su cargo diseñar y conducir el procedimiento administrativo para determinar el postor que obtendrá la concesión, lo que implica establecer las bases, absolver consultas,

elaborar el respectivo proyecto de contrato de concesión que por mandato legal debe ser sometido a opinión del respectivo organismo regulador y finalmente determinar la mejor oferta que resultará adjudicataria de la buena pro.

(ii) El Estado Peruano, a través de los Ministerios, como titular de los servicios públicos y de los bienes públicos, actúa en su calidad de entidad concedente, pues entrega en concesión el activo, bien y/o servicio para su aprovechamiento económico por parte del Concesionario, el mismo que en muchos casos se obliga a ejecutar una determinada obra o prestar un servicio, durante un plazo determinado.

(iii) EL Organismo Regulador encargado de las tareas de supervisión de la actividad de los concesionarios y de fiscalización en aquellos casos en los que corresponda. Su rol se activa en la denominada etapa de "post-privatización". Estos organismos cuentan con un régimen jurídico singular, pues cada uno se encuentra encargado de un determinado sector. Por ejemplo, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, el organismo correspondiente es OSIPTEL; en el ámbito de los servicios y actividades de energía es el OSINERGMIN; en el ámbito de saneamiento es la SUNASS; y en caso de infraestructura de transporte es OSITRAN.

El procedimiento de selección del concesionario concluye con la adjudicación de la buena pro en favor de uno de los postores participantes. Ello, se determina por un acto administrativo de otorgamiento, mediante el cual la concesión adquiere la condición de un acto de aceptación de la oferta. Esto a su vez determinará la formación de un contrato de concesión. Posteriormente a dichos actos, se producirá el cierre y celebración del contrato de concesión, lo que a su vez dará como consecuencia la formalización del contrato.

Con el cierre y celebración del contrato de concesión, se formaliza la relación contractual del Estado en su rol de concedente y de la Sociedad Concesionaria constituida para efectos del proyecto específico. El contenido de la relación contractual se realiza con la

suscripción del referido contrato de concesión por el concesionario y el concedente, fijándose en el mismo las condiciones contractuales, que se regirán durante un determinado periodo. Al respecto, DROMI y MARIENHOFF concuerdan en que el contrato de concesión es aquel por el cual el Estado (concedente) encomienda a un sujeto particular (concesionario), la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. El concesionario actuará por su cuenta propia y riesgo; su labor será retribuida con el precio o tarifa pagada por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.

En este sentido, podemos afirmar que la concesión reúne las siguientes características:

- i) Tiene una naturaleza compleja, pues asume un contenido contractual y contenido reglamentario;
- ii) Es intuitu personae;
- iii) Es constitutiva de derechos y obligaciones para ambas partes (el Estado y el particular);
- iv) Tiene un régimen jurídico particular, con inclusión de cláusulas exorbitantes a favor del Estado (ius variandi, derecho de reversión intervención de la concesión; y,
- v) no supone la transferencia de activos o infraestructura, solo se cede su explotación y uso por un tiempo determinado, una vez terminada o caduca la concesión, los bienes integrantes de la misma son devueltos al Estado.

Asimismo, debe considerarse que las concesiones pueden otorgarse bajo las siguientes modalidades:

a) Concesión a título oneroso.- A través de esta modalidad el Estado impone al concesionario, en contraprestación por la cesión de la explotación o la ejecución de la respectiva infraestructura, el pago de una determinada contribución en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

b) Concesión a título gratuito.- El Estado otorga la concesión sin cobrarle concepto alguno al concesionario.

c) Concesión cofinanciada por el Estado.-

A través de esta modalidad el Estado se encarga del financiamiento (subvención) parcial de las inversiones que demandará al concesionario la ejecución de la obra o la explotación de la misma. Esta modalidad de concesión se utiliza para concesiones de infraestructura que demandan inversiones elevadas y que los estudios técnico - económicos de tráfico y/o demanda demuestran que no pueden ser financiados sólo con el cobro que realice el concesionario a los usuarios de la misma (peajes, etc.), pero que debido al interés público en la realización de la obra el Estado considera conveniente asegurar su realización participando en el financiamiento. En los casos que el cofinanciamiento otorgado por el Estado involucre el otorgamiento de fianzas, avalas y garantías que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, por mandato del literal l) del artículo 22° de la Ley N° 27785 debe requerirse la opinión previa de la Contraloría General de la República sobre el respectivo proyecto de contrato de concesión.

d) Concesión Mixta.- Cuando concurren más de una de las modalidades señaladas.

Por otro lado, las concesiones en el Perú se encuentran sujetas a diversos regímenes legales, dependiendo: (i) de la actividad a concesionar (servicios públicos, etc.); (ii) del tipo de bienes involucrados en la actividad a concesionar (recursos naturales, infraestructura, etc.); e, incluso, (iii) del nivel de Gobierno que se encarga de otorgar la concesión (Nacional, Regional o Local).

Cabe precisar que la clasificación esbozada en el párrafo precedente no debe ser entendida de manera excluyente, sino que por el contrario, tiende a superponerse, en tanto que el marco legal aplicable a cada caso en concreto, deberá incluir disposiciones provenientes de la amplia gama de textos normativos expedidos en función a los criterios precitados.

En función a estas consideraciones resulta importante analizar algunos de los regímenes legales más importantes existentes actualmente en el Perú:

4.2.1.1. Las Concesiones de Recursos Naturales.-

El artículo 66° de la Constitución Política del Perú señala que las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de Recursos Naturales deberá ser dispuesta por Ley Orgánica, la misma que, además, determinará el marco aplicable para la concesión de éstos a particulares.

Precisamente al amparo del precitado precepto constitucional se aprobó la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los recursos naturales, la misma que, en su artículo 19°⁶³, establece que los derechos para el aprovechamiento sostenible de dichos recursos serán otorgados a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural, tal como sucede con las normas que regulan la actividad minera, forestal, hidrocarburífera, pesquera, entre otros.

Cabe señalar que la referida norma, al momento de establecer los títulos habilitantes en virtud de los cuales se otorga al privado el derecho de aprovechar los recursos naturales, no

alude exclusivamente a la figura de concesión sino que, por el contrario, en muchos casos, recurre al uso de figuras como licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y contratos de explotación, entre otros mecanismos.

Dicha afirmación se corrobora al revisar lo dispuesto por el artículo 24°⁶⁴ de la citada Ley, la misma que otorga a las licencias, derechos, permisos, autorizaciones, contratos de acceso, contratos de explotación a los que se refieren las leyes especiales, los mismos alcances que las concesiones contempladas en dicha ley, en lo que les sea aplicable.

No obstante lo expuesto, existen normas que han optado por recurrir a la figura de la Concesión como título que habilite a los privados a explotar ciertos recursos naturales, tales como: la Ley N° 26848, Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos⁶⁵; la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre para los recursos forestales maderables y no maderables⁶⁶; el Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería⁶⁷; y, el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones⁶⁸.

63. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821

Artículo 19.- Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales

Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los especiales para cada recurso natural. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares.

64. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821

Artículo 19.- De las licencias, derechos, permisos, autorizaciones, contratos de acceso, contratos de explotación, a que se refieren las leyes especiales

Las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones contempladas en la presente ley, en lo que les sea aplicable.

65. Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos - Ley N° 26848

Título Preliminar - Norma IV

El aprovechamiento de los recursos se otorga a través de derechos geotérmicos, bajo las modalidades de autorización y concesión, cuyo otorgamiento obliga a su trabajo, que consiste primordialmente en el cumplimiento de programas de trabajo y de compromisos de inversión.

66. Ley Forestal de Fauna Silvestre para los recursos forestales maderables y no maderables - Ley N° 27308

Artículo 10°.- Modalidades de aprovechamiento.

El aprovechamiento y manejo de los recursos forestales en bosques naturales primarios se realiza en las siguientes modalidades:

1. Concesiones forestales con fines maderables.

a. Concesión en subasta pública, en unidades de aprovechamiento de 10,000 (diez mil) a 40,000 (cuarenta mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento.

b. Concesión en concurso público, en unidades de aprovechamiento de 5,000 (cinco mil) hasta 10,000 (diez mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables, a favor de medianos y pequeños empresarios, en forma individual u organizados en sociedades u otras modalidades empresariales, cuyo plan de manejo comprenderá subunidades de aprovechamiento no menores a 1,000 (mil) hectáreas, con planes de manejo que el INRENA establece para esta modalidad, de acuerdo al reglamento.

Las concesiones establecidas en los incisos a) y b) precedentes para el aprovechamiento comercial, las otorga el INRENA competente, con planes de manejo que consideran el diámetro mínimo y volumen permisible de corte por especie y tipo de bosque, garantizando la utilización de mayor número de especies, aprovechamiento integral de la madera; a través de las industrias integradas y generación de mayor valor agregado, sobre la base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y en las condiciones que establezca el reglamento.

El procedimiento para la promoción y determinación del tamaño de la unidad de aprovechamiento para cada bosque de producción permanente a ser concesionado, es determinado por estudios técnicos realizados a través del INRENA y aprobado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Agricultura.

Los estudios técnicos deben garantizar que se cumplan las condiciones de sustentabilidad ecológica y económica por cada unidad de aprovechamiento, de acuerdo a los cuales se elaboran los planes de manejo.

Los concesionarios son los responsables directos en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el plan de manejo y en el contrato respectivo, debiendo adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión.

Existen disposiciones legales que recurren a otros tipos de títulos habilitantes para otorgar a los privados el derecho de aprovechamiento de diversos recursos naturales, tal el caso de la Ley N° 17752, Ley General de Aguas⁶⁹ y el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, normas que utilizan otras figuras administrativas, que al ser actos administrativos se caracterizan por su unilateralidad, como son los permisos, las autorizaciones o las licencias.

Un caso particular es el de la Ley N° 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, la misma que no recurre ni a las concesiones, ni a las licencias, autorizaciones o permisos como título habilitante, sino más bien a figuras contractuales, como es el caso de los denominados contratos de licencia y contratos de servicios, para autorizar a los agentes económicos privados a realizar actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos.

Por lo tanto constituye una opción del legislador utilizar la modalidad administrativa o título habilitante que más acomode a los fines públicos a fin de otorgar derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales.

Para finalizar, corresponde señalar que algunas leyes sectoriales que recurren

a la concesión, lo hacen ya sea que ésta se exprese a través de un simple acto administrativo (minería) o que se formalice a través de contrato suscrito entre el Estado en su rol de concedente y el concesionario particular (recursos forestales, geotérmicos, etc.).

4.2.1.2. Las Concesiones de Servicios Públicos.-

Este tipo de concesiones que versan sobre actividades calificadas como servicios públicos, se encuentran reguladas por diversas leyes sectoriales, que establecen el marco legal para el desarrollo de diversas actividades, como electricidad, energía, saneamiento o telecomunicaciones.

Al respecto es de tenerse en cuenta que, tal como lo señala **VÁSQUEZ FRANCO**⁷⁰, las concesiones, generalmente, tiene normas genéricas de rango legal cuyo contenido trata no sólo de la relación concesional – derechos y obligaciones de las partes – sino que, además, regulan el procedimiento de selección de los concesionarios y demás situaciones propias del régimen concesional.

En este sentido, en función a las actividades señaladas, podemos advertir la presencia de los siguientes regímenes aplicables a las concesiones de servicios públicos:

2. Concesiones forestales con fines no maderables.

El aprovechamiento con fines comerciales e industriales de los recursos forestales no maderables, se realiza en las condiciones específicas que establece la presente Ley y su reglamento, en las modalidades siguientes:

a. Concesiones para otros productos del bosque.

Las concesiones para el aprovechamiento de otros productos del bosque son a exclusividad y están orientadas a especies de flora y fauna, tales como: castaña, aguaje, palmito, lianas, resinas, gomas, plantas medicinales, ornamentales; crianzas de animales silvestres en ambiente natural y otros. Las otorga la autoridad competente en atención a la ubicación y características de los recursos a ser aprovechados, de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento.

b. Concesiones para ecoturismo, conservación y servicios ambientales. Las concesiones en tierras de capacidad de uso mayor forestal o en bosques de protección para el desarrollo de ecoturismo, conservación de especies de flora y fauna silvestre, secuestro de carbono y otros servicios ambientales, son otorgadas por la autoridad competente en las condiciones que establece el reglamento.

El tamaño de la unidad de aprovechamiento y el procedimiento para su promoción son determinados por estudios técnicos realizados a través del INRENA y aprobado por resolución ministerial del Ministerio de Agricultura.

67. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería - Decreto Supremo N° 014-92-EM Título Preliminar

II. Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible.

El Estado evalúa y preserva los recursos naturales, debiendo para ello desarrollar un sistema de información básica para el fomento de la inversión; norma la actividad minera a nivel nacional y la fiscaliza de acuerdo con el principio básico de simplificación administrativa.

El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

68. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones - Decreto Supremo N° 013-93-TCC

Artículo 47.- Llámese concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, final o de difusión con carácter público. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito de concesión aprobado por resolución del Titular del Sector.

69. Ley General de Aguas - Ley N° 17752

Artículo 8°.- Requisitos para la utilización de las aguas Toda persona, incluyendo las entidades del Sector Público Nacional y de los Gobiernos Locales, requiere permiso, autorización o licencia según proceda, para utilizar aguas, con excepción de las destinadas a satisfacer necesidades primarias.

70. VÁSQUEZ FRANCO, Gladys, "La Concesión Administrativa de Servicio Público", Temis, Bogotá, 1991. pág. 74

a) Servicios de Saneamiento.-

La Ley N°26338, Ley General de los Servicios de Saneamiento, aprobado el 24 de julio de 1994, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°09-95-PRS, establecen el marco general aplicable a los servicios de saneamiento.

Las normas precitadas, precisan, entre otros aspectos, la competencia de las municipales provinciales de la respectiva circunscripción, para otorgar las concesiones para la prestación de tales servicios, a excepción de aquellas que se encuentren bajo el ámbito de la empresa estatal (SEPADAL), la misma que brinda dicho servicio en Lima.

No obstante lo expuesto, de acuerdo a lo dispuesto por el marco legal aplicable, la suscripción del contrato de concesión le corresponde al Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción, en representación del Estado Peruano.

Cabe precisar, que hasta la fecha, el único contrato de concesión celebrado por el Estado Peruano en este ámbito se presentó en el caso de la Concesión de Agua en Tumbes. En junio del 2004, las municipalidades provinciales de Tumbes, Zarumilla y Contralmirante Villar, a través de PROINVERSIÓN (la agencia de promoción de inversiones), convocó a Licitación Pública Especial a fin de otorgar la explotación del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario dentro del ámbito de sus jurisdicciones, así como la operación, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura.

La buena pro del referido proceso fue adjudicada con fecha 22 de julio de 2005 por el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos al Consorcio integrado por las empresas Latinaguas y Concyssa, las cuales constituyeron la empresa ATUSA a fin de que ésta se encargue de desarrollar los servicios concesionados.

Sin embargo, de acuerdo con los informes de supervisión elaborados por la SUNASS, el cumplimiento de las Metas de Gestión

durante los primeros cuatro años de la concesión no ha sido el más alentador, pues se observó que la empresa concesionaria no cumplió con ninguna de las metas establecidas para la concesión⁷¹.

b) Servicios de Energía.-

En materia de electricidad, la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley N° 25844, de fecha 6 de noviembre de 1992, segmentó el servicio eléctrico en cuatro etapas: Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización.

La referida segmentación respondía a la necesidad de abrir el mercado a la participación de inversionistas privados con el objetivo de generar competencias.

No obstante lo expuesto, debemos advertir que no todos los segmentos de la actividad energética debe ser calificada como servicios públicos, debido a que, de acuerdo con esta ley, solo constituyen servicios públicos de electricidad:

- a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,
- b) La transmisión y distribución de electricidad.

Por tanto, solo se requiere concesión definitiva para el desarrollo de las siguientes actividades, de acuerdo al artículo 3° de la Ley de Concesiones Eléctricas:

- a) La generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 KW;
- b) La transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de éste;
- c) La distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad, cuando la demanda supere los 500 KW; y,
- d) La generación de energía eléctrica con recursos Energéticos Renovables conforme a la Ley de la materia, con potencia instalada mayor de 500 KW.

71. SALINAS RIVAS, Sergio. "La Concesión de Agua en Tumbes". En: Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura -Revista de Derecho Administrativo N°12, Tomo II. Pág. 266-271.

4.2.2. Sobre las Iniciativas Privadas y las Asociaciones Público-Privadas.-

Dentro de las inversiones, existen aquellas inversiones realizadas por privadas, las cuales contienen dentro de estas a las llamadas iniciativas privadas. La iniciativa privada es una modalidad de inversión privada, mediante la cual un privado identifica una oportunidad de negocio y presenta ante la autoridad administrativa correspondiente un proyecto de inversión. Este tipo de iniciativas cuando son propuestas por el privado, son analizadas por la autoridad competente con el fin de que se les declare de interés público y así establecer un nexo entre el interés privado y del estado. Este tipo de iniciativas pueden darse de dos formas:

1. Vía Iniciativa Pública: es decir cuando se propone mediante una oferta pública un proyecto, pudiendo participar todos los interesados y no solo aquel que propuso el proyecto. En algunos casos y dependiendo del proyecto y del organismo encargado, pueden generarse contrataciones directas.

2. Vía Iniciativa Privada, basándose en el artículo 2°, inciso 20 de la Constitución Política del Perú, que establece que toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Asimismo, en la Constitución del 93' en el **Artículo 58°** señala que.-

"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

La iniciativa privada está definida en el Decreto Legislativo N°1012, en su Art. 14°:

"La iniciativa privada se realiza sobre proyectos de inversión en activos, empresas, proyectos, servicios, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos".

En rigor, el agente privado identifica una oportunidad de inversión en bienes o activos del Estado y ejecuta un proyecto, al solicitar dicho proyecto al organismo público encargado, éste tiene carácter de petición de gracia hasta que sea incorporado al proceso de promoción y se convoque a oferta, licitación o concurso.

Sobre las Asociaciones Público Privadas es pertinente señalar que estas vienen a constituir fórmulas de colaboración que tienen su origen en el derecho anglosajón, las cuales nacieron como una respuesta del gobierno, en la figura de quien sucedió a Margaret Thatcher el conservador John Major en 1992, a una crisis monetaria. El instrumento que utilizó fue el establecer a las este tipo de Asociaciones como una técnica dentro de un marco más amplio, el cual se denominada Iniciativa de Financiamiento Privada; la cual partía del supuesto neoliberalista que toda actuación pública debe buscar el recurso privado para su ejecución ya sea total o parcialmente. Las Iniciativas Privadas de Financiamiento suponen una modalidad nueva del manejo público, en el cual el aparato estatal imita el comportamiento del sector privado con el fin de ganar mayor eficacia y efectividad, y a su vez permitir que el sector privado tuviera una participación más amplia dentro del estado. Con la llegada de Tony Blair al poder estas medidas fueron potencializadas y se introdujeron cambios en la formulación de estos instrumentos mejorando este sistema mediante la revisión de las cláusulas particulares de cada contrato, mejoras en el proceso de licitación y una adecuada transferencia de riesgos.

Las principales ideas que permitieron estas mejoras fueron dos:

- Valor por dinero.
- Transferencia de Riesgos.

El valor por dinero o el *value for money* anglosajón fue determinado durante el periodo de gobierno de Tony Blair y es uno de los elementos principales mediante el cual se busca un beneficio. Tal como lo señala MUÑOZ MACHADO es el mecanismo mediante el cual "se aspira a ganar efectividad, eficiencia y economía en la gestión del gasto, además sirve para activar la competencia en materia de realización de obras de infraestructura en aquellos sectores donde no existían"⁷².

El principio antes señalado, busca la satisfacción de las necesidades de ambas partes, busca establecer un valor justo mediante el cual el usuario obtenga un mayor beneficio del servicio y que el proveedor cubra sus costos, generando una utilidad. La capacidad de distribuir los riesgos, es el elemento esencial en cuanto a la inversión público privada. El objetivo de dicho principio es la búsqueda de la igualdad entre las partes, donde se establezca que ninguna de éstas deba asumir más riesgos, de los que pueda asumir.

Este tipo de formulación británica y sus principios, favoreció a que este tipo de fórmulas pudieran flexibilizarse y ser adaptadas a diversos ordenamientos. Sin embargo documentos como el Informe Kinnock y el Informe Van Miert⁷³; así como la creación del Libro Verde Europeo, el cual se dio en el marco el Consejo Europeo, fueron los que dieron el impulso internacional para que este tipo de fórmulas capaces de eludir las limitaciones del presupuesto público, sean consideradas como el mecanismo ideal e inteligente para el desarrollo económico.

En realidad, existen diversos conceptos de Asociaciones Público Privadas, El Libro Verde de la Comisión Europea del 2004 define a éstas como aquellas formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es

garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio⁷⁴. Por otro lado el Fondo Monetario Internacional – FMI- en su documento de trabajo del 2006⁷⁵ se refiere a las Asociaciones Público Privadas como acuerdos por los cuales el sector privado suministra infraestructuras y servicios (a partir de dicha infraestructura) que tradicionalmente eran proporcionados por el sector público⁷⁶. Dentro de dicho documento el FMI señala que son cuatro las características que definen a las Asociaciones Público Privadas: 1) ejecución privada de una inversión pública, 2) financiación privada de una inversión pública, 3) énfasis en la provisión de servicio e inversión realizada por el sector privado y 4) transferencia de riesgo significativo del sector público al privado.

En nuestro marco normativo, el concepto de Asociaciones Público Privadas se encuentra recogido en el artículo 3° del Decreto Legislativo 1012, el cual las define como aquellas modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora la experiencia, el conocimiento, los equipos, la tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios⁷⁷.

4.3.1.1 Los Contratos-Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica.-

El Contrato-Ley es un mecanismo a través del cual el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Tales contratos-ley, también denominados Contratos de Estabilidad Jurídica o de Estabilidad Tributaria e implican la ultra-actividad de las normas vigentes al momento de suscribir los contratos, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado".

72. MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, vol. I, 2.ª ed., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 1329

73. El llamado Informe Kinnock es, en realidad, el Informe del Grupo de Alto Nivel presidido por el antiguo político laborista británico, a la sazón Comisario de Transportes, titulado «La financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte mediante asociaciones público privadas», cuyas conclusiones hizo suyas la Comisión Europea en la Comunicación relativa a «Las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte» –COM (97) 453–. A ella hay que añadir la Comunicación relativa al «Desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte: financiaciones innovadoras e interoperabilidad del telepeaje» –COM (2003) 132–, en la que se asumen las conclusiones del Grupo de Alto Nivel presidido por el Comisario europeo de Transportes, Van Miert.

74. Libro Verde: Sobre La Colaboración Público-Privada y El Derecho Comunitario En Materia De Contratación Pública y Concesiones. COM2004. Bruselas 30.04.2004

75. IMF (2006) Public-private Partnerships, Government guarantees and fiscal risk.

76. Idem.

77. Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Decreto Legislativo 1012. 12 de mayo de 2008.

En este sentido, el Contrato-Ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. A través de ésta figura, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.⁷⁸

En atención a la regulación sobre este tipo de contratación realizada por la Administración Pública, la doctrina nacional se encuentra inmersa en un constante debate respecto al carácter civil o administrativo de éste tipo de contratación.

Sobre el particular, un sector de la doctrina afirma que “[l]os convenios de estabilidad jurídica califican como contratos-ley, de naturaleza civil, los cuales en virtud de lo dispuesto por el Artículo 62° de la Constitución tienen fuerza de ley.”⁷⁹

Por otro lado, algunos estudiosos del tema⁸⁰ señalan que esta apreciación podría ser cuestionada partiendo de la pregunta si en dichos Convenios se manifiestan potestades de imperio del Estado, en cuyo caso encontraría sustento afirmar que se trata de contratos administrativos; o, por otro lado, si en ellos el Estado tiene solo un rol de parte, despojado de potestades públicas, en cuyo caso nos encontraríamos frente a un contrato civil.

Cabe indicar que estos cuestionamientos

parten del problema del tratamiento legislativo que la figura de los Convenios de Estabilidad Jurídica ha tenido en el marco del ordenamiento jurídico interno, tal como lo advertiremos a continuación.

De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, los Convenios de Estabilidad Jurídica se celebran al amparo de lo dispuesto por el artículo 1357⁸¹ de nuestro Código Civil; tienen calidad de contrato ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado⁸².

Si bien hasta este punto, la naturaleza de los Convenios de Estabilidad Jurídica no revestiría mayor problema que el meramente doctrinario, las complicaciones se acentúan cuando la referida norma señala: “Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.”

En atención a lo dispuesto por la norma bajo comentario nuestro ordenamiento en materia de Convenios de Estabilidad Jurídica se ha acogido expresamente a la concepción dualista de los contratos administrativos, en tanto abre la posibilidad de que la Administración Pública celebre contratos de naturaleza Civil.

La controversia analizada ha sido materia de pronunciamiento por parte, incluso del propio Tribunal Constitucional, el cual ha tenido a bien señalar que la naturaleza que se le pueda atribuir a este tipo de contratos depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se fije;

78. EXP. N.° 005-2003-AI/TC - FFJJ N° 33

79. BYRNE SANTA MARÍA, Mónica y JOO GARFIAS, Eduardo, “Apuntes sobre los Convenios de Estabilidad Jurídica y su interrelación con los Acuerdos Internacionales suscritos por el Perú” en Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Lima: 2009, pág. 313

80. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, op. cit. pág. 103

81. Código Civil

Artículo 1357.- Garantía y seguridad del Estado

Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

82. Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada - Decreto Legislativo N° 757

Artículo 39.-

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

no obstante, “[e]n cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62 de la Constitución con el artículo 1357 del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos –ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público...”⁸³

a. Los Contratos para la disposición de Bienes del Estado.-

El Estado como propietario de bienes muebles e inmuebles, cuenta con un sistema (Sistema Nacional de Bienes Estatales) y un organismo (Superintendencia Nacional de Bienes Estatales) que se encarga de la administración, la adquisición, la disposición, el registro y el control de los mismos.

Los bienes estatales, muebles e inmuebles, a los que se hace referencia fueron clasificados como bienes de dominio privado (bienes patrimoniales del Estado) y de dominio público (bienes demaniales); que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel del gobierno al que pertenezcan.

Con respecto a esta diferencia hecha sobre los bienes estatales, JIMENEZ MURILLO⁸⁴, señala lo siguiente:

En relación a los bienes de dominio público:

“cuando se aborda el tema de los bienes de dominio público, importa distinguir entre en concepto clásico de <propiedad> y el de <titularidad>. Los bienes estatales de dominio público se encuentran regulados por un régimen jurídico especial, con base a las leyes y reglamentos. Por tanto, aun cuando algunos bienes de dominio público estatal puedan tener un origen de adquisición con apariencia de “derecho de propiedad” (como es el caso de los edificios en los que se brindan

servicios públicos, propiamente), lo que predominará es el destino al uso público o la afectación al servicio público, esto es, el beneficio de toda la comunidad. Así entonces, podemos concluir en este extremo, que la seguridad de la titularidad descansa más en el poder público dispuesto por ley, que en la inscripción registral (a la inversa de lo que sucede con los bienes de dominio privado, como lo analizaremos posteriormente). [EL SUBRAYADO ES NUESTRO]

En relación a los bienes de dominio privado:

“Son aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado (inscripción registral o tenencia de algún título de transferencia de dominio) o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público. En buena cuenta, los bienes de dominio privado podrán ser identificados sino ostentan ninguno de los elementos constitutivos propios de los bienes de dominio público (uso público y servicio público). Los bienes de dominio privado o bienes patrimoniales, como también se les conoce en la teoría administrativa, no cuentan con un régimen especial. Las entidades públicas de dichos bienes ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos, lo que no implica que en estricto tales bienes se regulen por el derecho civil, sino más bien, ello permite que dicha disciplina jurídica refuerce el marco normativo de los bienes públicos, en todo lo que corresponda a su naturaleza” [EL SUBRAYADO ES NUESTRO]

En lo que atañe a los bienes estatales, las entidades del Estado pueden realizar, salvo excepciones, los siguientes actos: a) los actos de adquisición; b) los actos de administración; c) los actos de disposición; d) los actos de registro; y, e) los actos de supervisión.

83. EXP. N.º 005-2003-AI/TC - FFJJ N.º 34

84. JIMENEZ MURILLO, Roberto. “Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales”. Arial Editores S.A.C. Lima, enero 2010. Pp. 30 y 37.

i. Mecanismos contractuales establecidos para la "disposición" de Bienes de Dominio Público:

En la línea de lo señalado en líneas anteriores, este tipo de bienes estatales son clasificados, por la doctrina mayoritaria, de acuerdo a su destino como bienes destinados al uso público y al servicio público; de acuerdo a la forma de afectación, como bienes demaniales por naturaleza (dominio público natural) o por afectación singular (bienes de dominio público artificial).

La afectación implica el reconocimiento, mediante mandato legal (ley formal), de un bien para uso público o servicio público, conforme al ordenamiento jurídico vigente. Por el contrario, este tipo de bienes pueden sufrir el efecto contrario, es decir ser desafectados por disposición legal, lo que implica que son convertidos en bienes de dominio privado.

Es por ello que a partir del reconocimiento legal (mediante ley formal) sobre estos bienes de dominio público podemos advertir algunos elementos fundamentales que configuran su régimen jurídico: i) inalienabilidad; ii) imprescriptibilidad; e iii) inembargabilidad.

La inalienabilidad constituye el elemento más connotado del dominio público, dado que permite excluir este tipo de bienes del tráfico jurídico privado, a efectos de mantener el destino de los bienes al uso y servicio público. Es decir, implica la imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamen sobre los bienes constitutivos del dominio público. Sin embargo, esto no impide que dichos bienes puedan intervenir en un tráfico jurídico restringido mediante la concesión de dichos bienes, que se encuentran sometidos bajo el régimen de normas especiales.

Mediante la concesión se otorga un derecho de aprovechamiento o explotación de los bienes a terceros interesados, no perdiendo el Estado la titularidad de los bienes de dominio

público, sino simplemente los concede temporalmente a terceros.

Por otro lado, la imprescriptibilidad supone la protección jurídica de los bienes de dominio público, es decir, una posesión prolongada de un particular no puede privar ni extinguir per se el destino del uso público o la afectación al servicio público. En similar sentido, también se protege los bienes de dominio público con la inembargabilidad, lo cual implica que los bienes no pueden ser materia de venta, medida cautelar o liquidación por mandato judicial, en procesos en los que el Estado es deudor.

Por tanto, este tipo de bienes del Estado solamente pueden ser dados en uso para su aprovechamiento y explotación a terceros mediante un contrato denominado concesión, por el cual no se transfiere la propiedad (titularidad) del Estado. Este tipo de contrato y su régimen han sido analizados previamente, pues se sujeta a normas especiales.

ii. Mecanismos Contractuales establecidos para la "disposición" de Bienes de Dominio Privado.-

Sobre este tipo de bienes estatales, la doctrina mayoritaria ha señalado que no pueden ser estudiados desde una perspectiva del derecho civil, pues esta rama del derecho regula las relaciones jurídicas de la propiedad general, sobre la base de la propiedad privada y de la autonomía de voluntad de las partes, mientras que en el derecho administrativo el principio de legalidad constituye el fundamento de las funciones que deben cumplir las entidades, en lo concerniente a la utilidad de los bienes que son de su propiedad. Esto en razón de que el Estado no tiene "derechos", sino potestades y atribuciones (dominio), por lo que este tipo de propiedad estatal se regula por notas de carácter iuspublicista y elementos singulares inspirados en el derecho común⁸⁵. Una muestra de ello, es que los bienes de dominio privado no pueden ser usados o dispuestos como cualquier propietario particular; pues

85. JIMENEZ MURILLO, Roberto. "Comentarios Sistema Nacional de Bienes Estatales". Arial Editores. Lima, enero 2010. P.187-188.

estos bienes, sin que estén destinados al uso público o al servicio público, se encuentran destinados a la realización de sus objetivos ordinarios y extraordinarios. De ahí que el ordenamiento jurídico establezca procedimientos particulares de adquisición, disposición, uso, registro y transferencia de dichos bienes.

Los atributos del derecho de propiedad estatal, se inspiran en los que son aplicables a la propiedad privada. Así lo reconoce Roberto JIMENEZ MURILLO al señalar que *"Los atributos del derecho de propiedad estatal, si bien se inspiran en los que son aplicables a la propiedad privada, tienen notas características propias de los procedimientos administrativos. Es de tener en cuenta que los bienes estatales en general, responden a fines públicos y por tanto, su uso y disposición deben enmarcarse en la satisfacción de los intereses generales, a través del debido ejercicio de las competencias de las entidades públicas propietarias, sin perjuicio de establecer un estudio costo-beneficio."*⁸⁶

En razón de ello, detallaremos brevemente los actos vinculados a los bienes inmuebles de dominio privado, con la intención de verificar los instrumentos legales que materializan dichos actos.

1. Donación a favor del Estado.-

Este tipo de acto de transferencia se caracteriza por la liberalidad o la transferencia a título gratuito de un bien, mueble o inmueble, de un particular, persona natural o jurídica, a favor del Estado.

A diferencia de una donación regida bajo las normas del Derecho Civil, la particularidad de esta figura en el ámbito del Derecho Administrativo, además de la exigencia hacia el particular de presentar los documentos que acrediten la propiedad del bien y su valor comercial (la tasación la asume la entidad beneficiaria), es la concretización de este acto mediante una Resolución expedida por la autoridad administrativa beneficiaria por la cual acepta la donación.

2. Dación en pago a favor del Estado.-

Esta figura, recogida del Derecho Civil, ha sido trasladada al derecho administrativo, en donde se configura como aquel procedimiento patrimonial en el cual el deudor del Estado ofrece el pago a una entidad pública acreedora, mediante la entrega en propiedad de un bien, que es aceptada en sustitución de la prestación originaria.

Sin embargo, esta figura a diferencia de la regida por el derecho civil, para su aceptación por el Estado (entidad pública acreedora), el deudor debe cumplir, además de la titularidad del bien, una serie de requisitos como por ejemplo la tasación del valor del bien a cargo de él. Es más, la aceptación de aquél debe materializarse mediante una Resolución, a diferencia del derecho civil en donde puede concretizarse con la sola recepción del bien.

3. Transferencia de dominio en el Estado.-

En este tipo de transferencias, los intervinientes son solamente entidades públicas. La finalidad de esta transferencia es que la entidad pública transferente pueda entregar el bien inmueble, a efectos de que la entidad pública adjudicataria lo use para programas de desarrollo o inversión, acreditando los respectivos planes de ejecución. Es decir, el objetivo es que el bien estatal pase de una situación inactiva a una situación de actividad institucional que beneficie a la entidad adjudicataria y en términos generales al Estado.

Ahora bien, esta transferencia puede darse a título gratuito o a título oneroso. En el primero de ellos, se constituiría una suerte de "donación" inmobiliaria de una entidad pública a favor de otra; mientras que en la segunda, el bien se vende a valor comercial y al contado, operando en el caso de entidades públicas mediante la transferencia presupuestal de una cuenta a otra.

Además, esta transferencia se aprueba solamente mediante Resolución administrativa aprobatoria de la entidad

86. Idem.

propietaria, las que constituyen título suficiente para su inscripción en Registro de Predios.

4. Compraventa.-

Este tipo de transferencia, más que una "compra" de un predio estatal por los agentes particulares, consideramos que es una "venta" de parte del Estado, la que se publicita mediante la convocatoria a subasta pública o de ser el caso, a través de la evaluación de la solicitud de venta directa.

Las entidades públicas pueden vender solamente los bienes de dominio privado, los cuales previamente a su venta requieren de una causa justificada para ello, pues solo cuando ya no cumplan su fin público pueden ser transferidos. Se solicita esta causa justificada con la finalidad de evitar que el Estado, sin una evaluación previa y sin acudir a las técnicas de planificación en gestión pública, transfiera activos inmobiliarios estatales por el solo hecho de contar con facultades para ello.

Si bien para la compraventa de un bien de dominio privado solo existan dos modalidades de transferencia (subasta pública y venta directa), con lo cual se diferencia de una compraventa privada, existe una semejanza en cuanto al documento de transferencia. Una vez ejecutada la venta de bienes del Estado a favor de los particulares, ésta se perfecciona a través de un contrato de compraventa, en el que una de las partes (la vendedora) es una entidad pública, la otra parte (el comprador) una persona natural o persona jurídica y el objeto del contrato un bien público, con la consiguiente inscripción de la transferencia en los registros públicos.

5. Permuta.-

La permuta inmobiliaria constituye un procedimiento administrativo, por el cual las entidades públicas pueden adquirir un bien de propiedad privada a cambio de la entrega de un bien público, sin necesidad de recurrir a procedimientos complejos,

tales como la compra del bien mediante un proceso de selección regulado por el sistema de contratación pública o inclusive, mediante un proceso de expropiación. Si existe consenso entre las partes (públicos y privados), si los bienes tienen valor equivalente y se respeta el debido procedimiento, a la par que el interés público, entonces se reafirma la ratio legis que la permuta constituye un procedimiento administrativo que debe merecer un enfoque distinto al de un común acto de disposición, como es el de transferencia de bienes públicos a través de la subasta pública.⁸⁷

Para que este tipo de acto se lleve a cabo se requiere la participación de un solicitante, sea una persona (natural o jurídica) o cualquier entidad pública que sea propietaria de un predio, y la entidad pública receptora de la solicitud. Este acto deberá ser aprobado mediante una Resolución Administrativa del titular (del predio) de la entidad o de la máxima autoridad administrativa.

6. Superficie.-

El derecho de superficie, al igual que las figuras del usufructo, comodato, entre otros, cuenta con una regulación legal que proviene del derecho común, fusionándolo al conjunto de procedimientos patrimoniales regulados en sede administrativa. Así entonces, una entidad pública puede ceder en uso temporal de la superficie del terreno a favor de un particular, con la finalidad que éste realice construcciones en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

El derecho de superficie implica in contrato de prestaciones recíprocas, por lo que en dicho documentos se establecen las obligaciones de una y otra parte durante la ejecución contractual, como por ejemplo, la autorización de realizar construcciones en el subsuelo, en el suelo o ambos, el cumplimiento del plazo, entre otros. Estas características es lo que a este acto con la figura del derecho común.

87. JIMENEZ MURILLO, Roberto. "Comentarios Sistema Nacional de Bienes Estatales". Arial Editores. Lima, enero 2010. P.276.

La constitución de este acto se establece mediante dos modalidades, que lo caracterizan como parte del derecho administrativo, los cuales son por convocatoria pública o por vía directa; distinguiéndose de esa manera del derecho común.

7. Usufructo.-

El usufructo tiene como principal característica conferir las facultades de usar y disfrutar temporalmente el bien estatal (bien inmueble de dominio privado) de manera integral, pues el usufructuario con seguridad realizará una actividad económica que le debe rendir el suficiente beneficio para cumplir con las obligaciones que oportunamente le imponga la entidad estatal propietaria.

Como consecuencia de la constitución del usufructo, sea mediante subasta pública o de manera directa (que se concretiza mediante una Resolución administrativa), la entidad pública y el usufructuario se sujetan a una serie de obligaciones y atribuciones o derechos. Una de estas obligaciones, que caracterizan a este acto, es la que asume la entidad pública de suscribir el documento de formalización, que comúnmente es la escritura pública.

8. Arrendamiento.-

El procedimiento de arrendamiento inmobiliario está orientado a que los particulares accedan al uso temporal de los bienes de dominio privado estatal que se encuentran desocupados y que pueden servir para atender necesidades de vivienda o actividades comerciales, a cambio de pagar la renta o merced conductiva. Por lo cual se entiende que los bienes materia de arrendamiento deben ser de libre disponibilidad, con lo cual la entidad deberá asegurarse de que el bien no se encuentre comprometido para ningún tipo de uso, ni proyecto a cargo de ella misma o por otra entidad pública.

Al igual, que los actos precedentes, este se constituye mediante dos modalidades, los cuales son la convocatoria pública y de manera directa (que se concretizan

mediante una Resolución administrativa), cuyo procedimiento y secuencias se inspiran indirectamente en las modalidades aplicables al procedimiento de compraventa, superficie y usufructo. Sin embargo, dicha resolución administrativa que aprueba la adjudicación del arrendamiento, no es suficiente para la configuración del arrendamiento, ya que se requiere la suscripción del respectivo contrato de arrendamiento, el cual no es negociable, ya que el adjudicatario se adhiere a las cláusulas del contrato ya estipulado.

9. Cesión en uso.-

La cesión en uso constituye un beneficio patrimonial de carácter especial y a título gratuito que concede una entidad pública a un particular, con la finalidad de que dicho inmueble sea destinado a la realización de un proyecto de interés y desarrollo social, que sea compatible con los fines que realiza el Estado conforme a sus atribuciones y funciones legales. Para la configuración de este acto, se requiere la aprobación de una Resolución, mediante la cual, la entidad pública asume la obligación de entregar el bien inmueble mediante documento de fecha cierta.

10. Comodato.-

El comodato, de acuerdo al código civil, es un contrato, por el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, esta figura se ha constituido como una herramienta de beneficio coyuntural a favor de una entidad pública o un particular requirente de un bien inmueble. En ese sentido, la entidad pública que otorga el comodato debe ser la propietaria del bien inmueble (terreno o edificación) a disponer temporalmente en uso; con lo cual podemos afirmar que el comodato confiere facultades temporales de usar y disfrutar a título gratuito de un bien estatal, como si fuera un propietario.

4.3.1.2 Los Convenios Inter Administrativos.-

Estos convenios interadministrativos a diferencia de los contratos, que constituyen el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, como lo define el Código Civil, no tienen como elemento esencial en su configuración al interés pecuniario o patrimonial.

En razón de que, en los convenios interadministrativos, el elemento esencial lo conforma el interés de la administración o de los órganos de ésta por cumplir o satisfacer funciones y necesidades de interés público.

Un claro ejemplo, de este tipo de convenios interadministrativos, nos muestra el artículo 53° de la Ley de Gestión Presupuestaria que señala "(...) cuando se trata del tipo de ejecución presupuestaria, que se celebran entre entidades del sector público a título gratuito, resulta eficaz la suscripción de convenios", en donde claramente evidenciamos que no existe un interés económico de alguna de las partes.

De igual modo, evidenciamos en el artículo 91° del Decreto legislativo N° 776, Ley de Tributación municipal (convenios de cooperación) que precisa "las municipalidades distritales podrán celebrar convenios de cooperación con la respectiva municipalidad provincial para la realización de obras o prestación de servicios interdistritales". Nuevamente, en este tipo de convenios de cooperación evidenciamos que no existe como elemento primordial el interés económico de alguna de las partes, sino por el contrario, se presenta un interés de llevarse a cabo coordinada y de mejor modo, funciones de evidente connotación pública.

Por tanto, podemos concluir que este tipo de convenios interadministrativos, a diferencia de los contratos, no se presenta un interés económico de modo preponderante, sino por el contrario, la realización de una función pública o satisfacción de algún servicio público.

4.3.1.3 Los Contratos de Personal.-

Otro de los escenarios en los que el Estado desarrolla una intensa actividad contractual, es el referido al ámbito de la contratación del personal. En este sentido, el Perú no es ajeno a las diversas modalidades contractuales que hoy en día se utilizan en la legislación comparada, y que para un gran sector de los laboristas, consagra inclusive la precarización de las relaciones laborales del Estado en su condición de empleador.

No es éste el escenario para abordar la problemática laboral en la que se encuentra inmerso el Estado Peruano. Basta señalar, que existe en los últimos años, una tendencia a dar solución a este tipo de contrataciones al amparo de un enfoque gradual, en mérito del cual, se ha tratado de dar soluciones desde el punto de vista administrativo a éste fenómeno de contratación de personal por parte del Estado. Una de dichas respuestas, lo constituye el caso del Contrato Administrativo de Servicios regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus sucesivas normas modificatorias y reglamentarias. Tal como se ha indicado, el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, constituye una respuesta parcial y temporal adoptada por el Estado con el objeto de atenuar los alcances de la contratación de servicios no personales, los cuales en realidad se ubicaban en una suerte de zona de intermedia entre los contratos de locación de servicios puros y los contratos de empleo público.

Al momento de elaborar el presente artículo se encuentra pendiente de aprobación en el Congreso de la República, el proyecto de Ley del Servicio Civil, norma que en caso de aprobarse, tendrá una incidencia directa en las diversas modalidades contractuales que hoy en día se utilizan como fórmulas alternativas de contratación por parte del Estado, en su condición de empleador. Uno de los temas de más compleja solución es el referido al caso de los servicios no personales hoy rebautizados como Contratos Administrativos de Servicios -CAS-, pues en la lógica de un sistema unificado de prestaciones de personal al servicio civil del Estado se hacen necesario,

por no decir inevitable, adoptar una opción entre extender en forma integral todo el conjunto de derechos y beneficios de carácter laboral al personal sometido al régimen del CAS o en forma alternativa, ratificar la necesidad que dicho personal cumpla en forma previa al goce integral de los derechos y beneficios inherentes a una relación subordinada de trabajo, cumpla con las reglas y procedimientos de acceso formal (concurso público).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.-

En función de los criterios expuestos en el presente artículo, se pueden establecer a modo de conclusión las siguientes afirmaciones:

5.1 La existencia de una problemática referida al concepto y naturaleza de los contratos en los que interviene la Administración Pública, ha dado lugar a toda clase de debates que van desde el reconocimiento de una concepción única de los contratos administrativos (concepción unitaria), hasta la formulación de la dicotomía que diferencia por un lado a los contratos administrativos como tales y a los contratos privados de la Administración Pública (concepción dualista).

5.2 Al margen de la postura que se asuma en relación al concepto y naturaleza de los contratos en los que interviene la Administración Pública, lo importante en este tema es reconocer que en última instancia, nos encontramos frente a supuestos en los cuales, la figura del "contrato" se presenta como una herramienta jurídica que coadyuva a la Administración a la satisfacción de sus necesidades y a la consecución de sus fines.

5.3 En el caso peruano, se puede advertir que, a lo largo de los años, los enfoques adoptados con respecto a la contratación administrativa

han sufrido alteraciones sustanciales en función del rol del Estado en materia de intervención económica y al impacto de la globalización en la economía de Latinoamérica.

5.4. En materia de contratación administrativa en general, nuestro país no cuenta con una disposición legal que regule la naturaleza jurídica del contrato administrativo, lo que refleja la existencia de un régimen asistemático con respecto a la naturaleza de los contratos estatales.

5.5 Es posible afirmar que en el Perú, la Administración Pública celebra distintos tipos de contratos, siendo los más importantes por su relevancia en el desarrollo de las actividades estatales y su tratamiento a nivel legal: (i) Los contratos para realizar adquisiciones de bienes, servicios, suministro, consultoría y ejecución de obras; (ii) Las concesiones para la explotación de recursos naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos y la explotación de obras públicas de infraestructura; (iii) Los contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica; (iv) Los contratos para la disposición de bienes del Estado; (v) Los convenios interadministrativos; (vi) Los convenios financieros del Estado; (vii) Los contratos de personal.

5.6 En términos generales, se puede constatar que en nuestro ordenamiento jurídico existe una aceptación mayoritaria a la concepción unitaria del contrato administrativo. Sin embargo, existen supuestos como el caso de los Contratos-Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica en los cuales, resulta evidente el tratamiento de ésta figura a la luz de la concepción dualista, en la medida en que se reconoce la posibilidad que las entidades públicas celebren dichos contratos en representación del Estado, al amparo de normas de derecho privado, tal como es el caso del Código Civil y el cual, no compartimos.