



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA FACULTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL PARA LA
INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA EN EL PERÚ**

TESIS

PRESENTADA POR:

DIANA MARILUZ CACHI VELASQUEZ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2020



DEDICATORIA

A mis queridos padres, Tomas y Reina, por haberme forjado como la persona que soy. Por su apoyo y sacrificio para que pudiera terminar mis estudios universitarios. Por ser mi motivación e inspiración para salir siempre adelante y haberme inculcado ese deseo de superación constante.

A mi hermana Mercedes, por ser ejemplo a seguir, por su comprensión y apoyo incondicional en todo momento; a mis hermanos Ditmar y Eva por su apoyo y compañía, por mantenernos siempre unidos.

A mis sobrinos Miguel y Sofía por alegrar mis días.

Diana Cachi



AGRADECIMIENTOS

A Dios por brindarme salud y estar presente en cada paso que doy, por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante mi vida académica.

A la Universidad Nacional del Altiplano, mi alma mater, a los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por haberme brindado sus valiosos conocimientos y por ser guías en mi camino profesional.

Mi agradecimiento al Dr. Boris Espezúa Salmón, quien asumió la dirección del presente trabajo de investigación, así como a los jurados de tesis por los valiosos aportes realizados.

Diana Cachi



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURAS

ÍNDICE DE CUADROS

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

RESUMEN9

ABSTRACT11

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....14

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....17

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN18

1.4 HIPÓTESIS19

CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....20

2.2 MARCO TEÓRICO23

2.2.1 El poder público..... 23

2.2.2 Función administrativa 24

2.2.3 Contrato de la administración pública..... 25

2.2.4 Principios de derecho administrativo con aplicación especial en contratos del Estado 33

2.2.5 Los procedimientos para la formación del contrato estatal. 38

2.2.6 El procedimiento de contratación administrativa 43

2.2.7 Medios de solución de controversias 44

2.2.8 Las potestades contractuales 47

2.2.9 La potestad de interpretación unilateral 48

2.2.10 El principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato 50

2.2.11 La interpretación contractual 52

2.2.12 La integración del contrato 56



CAPITULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1 METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	58
3.1.1. Diseño de investigación	58
3.1.2. Tipo de investigación	58
3.1.3. Enfoque de investigación.....	59
3.1.4. Método de investigación.....	59
3.1.5. Técnicas de investigación	60
3.2 POBLACIÓN	61
3.3 UNIDAD DE ESTUDIO	61

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 DESARROLLO DE OBJETIVOS.....	62
4.1.1. Objetivo específico 1: Analizar de qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en la vía administrativa.....	62
4.1.2. Objetivo específico 2: Revisar de qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública	75
4.1.3. Objetivo específico 3: Proponer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual.....	83
V. CONCLUSIONES	101
VI. RECOMENDACIONES.....	103
VII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104
ANEXOS.....	109

Área: Ciencias Sociales

Línea: Derecho

Sub línea: Derecho Administrativo

Tema: Contratos Administrativos

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 16 de enero 2020.



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura N° 1.- Orden de prelación de los documentos que forman parte del expediente técnico.	64
Figura N° 2.- Documentos que forman parte del Contrato en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado	83
Figura N° 3.- Propuesta de Orden de prelación de los documentos que forman parte del Contrato Administrativo.....	93



ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1.-	Interpretación de los documentos que forman parte del contrato durante el procedimiento de selección y ejecución contractual.....	67
Cuadro N° 2.-	Análisis de Resolución N° 0238-2017-TCE-S1	69
Cuadro N° 3.-	Análisis de Resolución N° 0322-2019-TCE-S3	72
Cuadro N° 4.-	Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Paraguay.....	77
Cuadro N° 5.-	Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Argentina.....	79
Cuadro N° 6.-	Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Colombia.....	81
Cuadro N° 7.-	Esquema para la formación del contrato	84
Cuadro N° 8.-	Posición del OSCE respecto a las discrepancias de los documentos contractuales.....	88
Cuadro N° 9.-	Orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato en Argentina.....	91
Cuadro N° 10.-	Precisiones a la propuesta del trabajo de investigación.	95
Cuadro N° 11.-	Orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato en Paraguay.....	98



ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

JRD	: Junta de Resolución de Disputas
LCE	: Ley de Contrataciones del Estado
MEF	: Ministerio de Economía y Finanzas
MINJUS	: Ministerio de Justicia
OEC	: Órgano Encargado de las Contrataciones
OSCE	: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
PCM	: Presidencia de Consejo de Ministros
PAC	: Plan Anual de Contrataciones
RLCE	: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
TCE	: Tribunal de Contrataciones del Estado



RESUMEN

En el Perú no se encuentra regulada la facultad de interpretación unilateral para la integración del contrato estatal durante la ejecución contractual, por el contrario, está garantizado diversos medios de solución de controversias, siendo el más popular, el arbitraje. En el presente trabajo de investigación se efectuó un análisis de la prerrogativa de interpretación unilateral a nivel doctrinario, posteriormente se revisó la legislación extranjera, y finalmente se propuso la regulación de la interpretación unilateral en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la consolidación de un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato, de tal forma que apareje la defensa del interés público de un lado, y de otro, manteniendo el equilibrio económico; dentro de la metodología utilizada se ha aplicado el diseño no experimental; tipo de investigación básica, descriptivo-explicativo y jurídico-comparativo; enfoque de investigación cualitativo; método de investigación analítico, sintético e inductivo; para la investigación constituyó unidad de estudio la normativa de contrataciones del Estado, nacional y extranjera, así como jurisprudencia nacional, posteriormente se procedió al análisis e interpretación de la unidad de estudio, arribando a la conclusión que la facultad de interpretación unilateral para los casos de discrepancia entre los documentos que forman parte del contrato, le pueden ser conferidos a la administración pública bajo criterios objetivos, en merito a los principios de economía, eficiencia, celeridad, eficacia, teniendo en cuenta el procedimiento y los costos que implican un arbitraje u otro medio de solución de controversias, para lo cual, toda actuación en el marco de las prerrogativas exorbitantes del Estado, deben estar expresamente establecidas por Ley para una aplicación válida, por lo que se propone establecer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato; asimismo en Paraguay, Argentina y Colombia, se encuentra regulada la prerrogativa de interpretación unilateral; finalmente y conforme a la concurrencia de



voluntades para el perfeccionamiento del contrato estatal, se propone que las controversias que surjan entre las partes sobre la interpretación en caso de discrepancias entre los documentos que integran el contrato durante la ejecución contractual, se interpreten en el siguiente orden de prelación de la documentación contractual, Bases (integradas, administrativas o solicitud de expresión de interés, según sea el caso), oferta (expresión de interés) y texto del contrato, citado orden armoniza el interés público perseguido por la administración y el equilibrio económico entre las partes.

Palabras claves: Contratación Administrativa, Documentos contractuales, Interpretación Unilateral, Prerrogativas Contractuales.



ABSTRACT

In Peru, the unilateral interpretation for the integration of the state contract during the contractual execution is not regulated, conversely, various means of dispute resolution are guaranteed, being the most popular, arbitration. In this research work, an analysis of the prerogative of unilateral interpretation was carried out at the doctrinal level, subsequently the foreign legislation was revised, and finally the regulation of unilateral interpretation in our legal system was proposed, through the consolidation of an order of priority of the documents that are part of the contract, in such a way as to defend the public interest on the one hand, and on the other, maintaining economic balance; Within the methodology used, the non-experimental design has been applied; type of basic, descriptive-explanatory and legal-comparative research; qualitative research approach; analytical, synthetic and inductive research method; For the investigation, the study unit was constituted by the regulation of State, national and foreign contracting, as well as national jurisprudence, subsequently, the analysis and interpretation of the study unit was carried out, reaching the conclusion that the power of unilateral interpretation for cases of Discrepancy between the documents that are part of the contract, can be conferred on the public administration under objective criteria, in merit of the principles of economy, efficiency, speed, effectiveness, taking into account the procedure and the costs involved in arbitration or other means of dispute resolution, for which all action within the framework of the exorbitant prerogatives of the State, must be expressly established by law for a valid application, for which it is proposed to establish an order of priority of the documents that are part of the contract; likewise in Paraguay, Argentina and Colombia, the prerogative of unilateral interpretation is regulated; finally, and in accordance with the concurrence of wills for the perfection of the state contract, it is proposed that the controversies that arise between the parties on the interpretation in case of discrepancies



between the documents that make up the contract during the contractual execution, be interpreted in the following order of priority of the contractual documentation, Bases (integrated, administrative or request for expression of interest, as the case may be), offer (expression of interest) and text of the contract, said order harmonizes the public interest pursued by the administration and the economic balance Between the parts.

Keywords: Administrative Contracting, Contractual Documents, Contractual Prerogatives, Unilateral Interpretation.



CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, pretende ahondar sobre la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato por parte de la administración pública durante la ejecución contractual, debido a que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, cobra especial importancia debido a que la legislación extranjera ha ido en avance respecto a la regulación de las prerrogativas de la administración en general, asimismo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, ente especializado en materia de contrataciones, si bien no interviene durante la ejecución contractual dado que nuestro ordenamiento jurídico, ha optado por otros medios la solución de controversias que surgen durante la ejecución contractual, distintas a la judicial y administrativa; se le han efectuado diversas consultas respecto a la dificultad que tiene la administración pública durante la ejecución contractual de interpretar las cláusulas contradictorias, y en diversas opiniones el OSCE reconoce la facultad de interpretación unilateral en el supuesto de discrepancias entre los documentos que forman parte del contrato, llegando a proponer que la Entidad, de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, puede adoptar las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, cuando estos se aparten de las disposiciones que contemplan las Bases Integradas. (Opinión N° 010-2019/DTN)

En ese sentido, se rescata la intención por parte del Organismo técnico especializado, de que la administración pública pueda ejercer la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, sin embargo, esta solución, no solo contraviene nuestro ordenamiento jurídico, sino que corresponde a acercamiento a las teorías de las prerrogativas exorbitantes implícitas y la teoría de las cláusulas exorbitantes actualmente



se encuentran superadas, generando incertidumbre en los operadores de los procedimientos de contratación.

La propuesta del presente trabajo de investigación, analiza la posibilidad de otorgar a la autoridad administrativa la facultad para interpretar los contratos y tomar decisiones durante la ejecución contractual, en el único supuesto que se presenten situaciones de contradicción entre los documentos contractuales, a través de una habilitación legislativa, estableciendo un orden de prelación para su interpretación la misma que respeta el interés público, así como el equilibrio económico, bajo los criterios de economía, eficacia, y seguridad jurídica, de tal manera que puedan ser resueltas con objetividad.

Finalmente, la regulación de la facultad de interpretación unilateral, deberá repercutir en una adecuada gestión de los contratos, y una mejor labor de control, dirigida principalmente a la actuación de las Entidades Públicas.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, dan cuenta que los postores, suelen presentar ofertas poco claras, con cláusulas no coherentes o que contradicen las reglas definitivas del proceso (bases integradas), dando pie a que en un futuro medio de solución de controversias, se aplique la interpretación literal y tome en cuenta una interpretación favorable al contratista, en el sentido que le permita negociar las cláusulas pre establecidas en las bases integradas, haciendo prevalecer la oferta por sobre las bases integradas.

Por otro lado, respecto a la actuación del estado, debemos tener en cuenta que, si bien las entidades se encuentran facultadas para iniciar un proceso arbitral, la realidad nos demuestra que no siempre accionan frente a estos conflictos, es así que el OSCE, en las



últimas estadísticas publicadas sobre la demanda de los arbitrajes, llegó a la conclusión que, en el año 2012, el 84.9% de los arbitrajes fueron iniciados por los contratistas, frente a un 15.1% en que lo fue por la Entidad. La situación no varió sustancialmente en el año 2013, donde los registros muestran que los contratistas iniciaron el 88% de los arbitrajes ante el SNA-OSCE, frente a un 12% de casos que fueron promovidos por la Entidad. No se ha encontrado cifras actuales, sin embargo, no parece que la diferencia sea sustancial. (El arbitraje y la Contratación Pública, 2014)

En ese sentido, el hecho de presentar ofertas incongruentes, parece ser una práctica para negociar las reglas bajo las cuales se convoca y se otorga la buena pro en un procedimiento de contratación, lo cual se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, pues contraviene el principio de igualdad de trato y competencia que rige toda contratación, esta práctica pasa desapercibida, pues por diversos factores, el estado no se encuentra obligado a iniciar un proceso arbitral, y por otro lado, el accionar del funcionario y/o servidor encargado de la gestión del contrato, no se encontraría fuera de la legalidad, dado que su función se encuentra enmarcada en los términos de contrato, y si el contrato permite una múltiple interpretación originada por el contratista y avalada por la Entidad; esta situación, de ninguna manera debería permitir que durante la ejecución contractual el contratista obtenga ventajas.

A partir de esta situación concreta, se analiza la problemática, no solamente de la interpretación de las bases y la oferta, sino del contrato administrativo en conjunto, que, sumado a ello, está el texto del contrato.

Entonces, ¿Qué es lo que sucede cuando por un error, omisión, intensión, defecto o cualquier causal o motivo, el contenido de alguno de los documentos que conforman el contrato, contraviene a otro? teniendo en cuenta que de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato está conformado por el documento que lo contiene,



los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Lo que quiere decir, que la oferta del contratista es tan válida como las bases integradas, o como el texto del contrato; en ese sentido, en caso de surgir una discrepancia o contradicción entre ellos, ¿La administración pública podría estar facultada para efectuar una interpretación unilateral? Los objetivos de la presente investigación se orientan en sentido positivo, es decir, la administración pública podría efectuar una interpretación unilateral en caso de surgir discrepancias entre la documentación contractual, cuyos aspectos formales y doctrinarios serán desarrollados a lo largo de la investigación, sin embargo, se toma esta postura, principalmente por los siguientes motivos.

El primero, porque la administración pública posee prerrogativas, las mismas que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia comparada, no se puede ejercer discrecionalmente, sino deben tener una habilitación legal, dicha posición también es asumida por el Perú, es el caso de la prerrogativa del *ius variandi*, donde la entidad y el contratista, no están facultados para modificar el contrato (así sea por acuerdo de ambas partes), salvo en casos específicos (adicionales y deductivos), supuestos que contempla la normativa de contrataciones, en ese sentido se plantea desarrollar el supuesto específico donde la administración pública pueda interpretar unilateralmente el contrato estatal, bajo criterios objetivos, y en el único caso en que las cláusulas contractuales sean contradictorias entre sí, dejando los demás supuestos, los medios de solución de controversias estipulados por la LCE.

Segundo, en la legislación extranjera, países como Paraguay, Argentina y Colombia han establecido supuestos específicos donde la administración pública ejerce



la prerrogativa de interpretación unilateral, lo cual contribuye a la correcta ejecución del contrato, en tanto que coadyuva al control y también otorga seguridad jurídica.

Y, por último, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en sus diversas opiniones, ha sentado posición respecto a la interpretación unilateral, la misma que es semejante a la posición asumida en la presente investigación en aplicación del método de interpretación sistemático, con ciertas particularidades y que serán analizados a detalle en el capítulo IV.

En la presente investigación, nos hemos avocado principalmente al estudio de la prerrogativa de interpretación unilateral en caso de existir contradicciones, estos tienen un orden de interpretación, asimismo, se busca analizar cuál es el orden que debería predominar, entiendo que el contrato es celebrado posterior a todo el proceso de contratación, y que las bases conforman la voluntad inicial de la administración.

La propuesta que será desarrollada toma en cuenta el interés público y el equilibrio económico, para que cualquiera de las partes no se encuentre en desventaja frente a la otra.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En este trabajo de investigación, se pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes:

PROBLEMA GENERAL

¿De qué manera se puede aplicar la facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú?



PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. ¿De qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en la vía administrativa?
2. ¿De qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública?
3. ¿Cuál es el orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual?

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

OBJETIVO GENERAL

Analizar la aplicación de la facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar de qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en vía la administrativa.
2. Revisar de qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública.
3. Proponer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual.



1.4 HIPÓTESIS

1.4.1 HIPÓTESIS GENERAL

La facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú, se puede aplicar mediante la consolidación de un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato.

1.4.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1. La administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato en la vía administrativa, en la fase de procedimiento de selección.
2. La legislación extranjera aplica la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato de la administración pública, durante la ejecución contractual, en mérito a la habilitación que le otorga su normativa de contrataciones.
3. El establecimiento de un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual, permitirá a las entidades gestionar adecuadamente los contratos.



CAPITULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Para el trabajo de investigación se ha considerado como antecedentes los siguientes trabajos:

Rodas Ubillús. R. C. (2009) en su tesis titulada “La resolución unilateral de los contratos administrativos: Consecuencias económicas en la contratación pública peruana”, Universidad Nacional de Trujillo; concluyó que en el Derecho Contractual Peruano predomina la Tesis Unitaria y no Dualista del contrato administrativo, por cuanto la personalidad de Estado es una. En el ámbito contractual público, la Administración Pública, goza de una pluralidad de beneficios exorbitantes al Derecho Privado, en tanto concretiza el interés público: las potestades provienen de la propia existencia de la administración y las prerrogativas emergen del contrato.

Fiorilo M. H. (2014) en su tesis titulada “Necesidad de otorgar autonomía e independencia a los contratos administrativos, frente a los contratos de orden civil”, Universidad Mayor de San Andrés; concluyó que, los Contratos Administrativos en la actualidad han adquirido plena autonomía respecto a los contratos civiles y su fuerza coercitiva es unilateral además de ser vinculante entre las partes, a diferencia del contrato civil que es un negocio bilateral o multilateral por cuanto constituye el género con respecto a los contratos y requiere del concurso de dos o más voluntades.

Peña C. A. (2017) en su trabajo académico “El interés público como causal de resolución de los contratos de concesión de servicios públicos”. Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que se evidencia la presencia de ciertas prerrogativas exorbitantes en el sistema de contratación estatal a favor de la Administración Pública,



materializadas a través “cláusulas exorbitantes” que demostrarían al Contratante Estatal como garante del interés público en una superioridad jurídica. Es por ello que, un sector de la doctrina ha manifestado que las “cláusulas exorbitantes” como la resolución unilateral o la potestad variandi son implícitas, por lo tanto, no es necesario que estén incluidas en el cuerpo general del contrato administrativo.

Sin embargo, dicho trabajo de investigación, estipula algunas consideraciones sobre la figura de la resolución unilateral en los contratos de concesión de servicios públicos, además de ofrecer importantes alcances conceptuales sobre el tema, debido a que no existen prerrogativas exorbitantes de manera implícita, sino que estas deberán tener un fundamento contractual y normativo de forma obligatoria.

La razón de ello es que, en el Perú, su ordenamiento legal está guiado por directrices como la seguridad jurídica, donde la Administración Pública deberá actuar sujeto a criterios de razonabilidad, bajo los límites de los derechos fundamentales de libertad de empresa, contratación y propiedad privada, además de iniciativa privada están consagradas para los concesionarios.

Vera Diaz A. Y. (2017) en su trabajo académico titulado “El ejercicio del derecho de defensa del contratista de manera previa a la declaración de nulidad de oficio de los contratos públicos celebrados y regidos por la ley de contrataciones del Estado y su reglamento, y sus efectos, en aplicación de las normas comunes del texto único ordenado de la ley de procedimiento administrativo general”, Pontificia Universidad Católica del Perú. Concluye que, pese a que los supuestos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, no sería imposible que el contratista pueda desvirtuar, a través del ejercicio de su derecho de defensa, la nulidad del contrato administrativo, antes de que esta se torne, en definitiva; sin embargo, no



existen casos donde ello haya sucedido, ya que la norma especial nos remite al arbitraje, en caso exista controversia.

Dextre Solis L. A., (2017) en su Tesis titulada “Supuestos de modificación de precio en los contratos de obra pública”, Pontificia Universidad Católica del Perú, efectúa un análisis de la prerrogativa de *ius variandi*, y llega a la conclusión que más allá de los supuestos regulados (típicos), en la práctica contractual concurren otras circunstancias que también justifican la modificación del precio de obra no obstante no estar previstas en la normativa. Tal es el caso de (i) los sobrecostos por mayor permanencia de equipos en obra, (ii) la disminución de los rendimientos por situaciones imprevisibles, (iii) las partidas de ejecución continua no susceptibles de ser paralizadas y, (iv) los hechos imprevisibles y mayores metrados en los contratos sujetos a modalidad que incluyen la elaboración del expediente técnico.

Asimismo, esta falta de reconocimiento normativo de estos supuestos impide que la administración pueda acoger los requerimientos de modificación de precios que formulan los contratistas, generando innecesarias controversias entre las partes, que a la postre perjudican el normal desarrollo de la obra.

Hernandez Alvarado J. K. M. (2018) en su Tesis titulada “Las prerrogativas exorbitantes de la Administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la Ley de Contrataciones del estado y su reglamento” Universidad de San Martín de Porres, concluye que el desarrollo doctrinario de las prerrogativas exorbitantes de la administración en nuestro contexto nacional es relativamente austero, generando que se torne dificultoso el entendimiento y funcionamiento que debe tener esta institución en la normativa de contrataciones del estado; esto produce que se puedan distorsionar los fines y/o intereses que se busca con esta, afectado principalmente al interés público.



Ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento desarrollan a las prerrogativas exorbitantes de manera explícita, originando confusión, desconocimiento o inexactitud para el operador (ya sea público o privado) de la normativa; hecho que, a fin de cuentas, no contribuye a la correcta aplicación e interpretación de esta institución ni a la consecución de los fines públicos que deben perseguirse con esta.

Para el derecho internacional es necesaria la positivización de las prerrogativas exorbitantes en la normativa de la materia, a fin de que este goce de un reconocimiento y pueda efectuarse su aplicación fáctica de manera válida, sin importar si es que una institución pública intenta darle cabida en nuestro sistema jurídico a partir de fallos, sean estos vinculantes o no.

2.2 MARCO TEÓRICO

2.2.1 EL PODER PÚBLICO

La sociedad encarga al Estado el despliegue del poder público y establece, mediante la distribución de funciones que se detallan en el instrumento constitucional, las exigencias para su legítimo ejercicio.

Este poder público, único y soberano, que corresponde a la sociedad, es encargado por ésta al Estado para su administración con la finalidad de lograr el cumplimiento del interés general que implica la creación de condiciones esenciales para la generación del bienestar social. Para ello, la sociedad ejerce a través de sus representantes el poder constituyente y establece en la Constitución Política del Estado, el contenido y los límites de tal encargo. (López Raygada & Iparraguirre Romero, 2006)

La Constitución Política del Perú realiza la siguiente división funcional: Función Legislativa, Función Jurisdiccional, Función Administrativa y Funciones especiales.



2.2.2 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo "administrar" significa "servir a" (*administrare, ad, a, ministrare, servir*).

Así, la administración se presenta como una "acción" encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el "bien común" y la "justicia distributiva", hablamos de "Administración Pública".

De tal modo y al igual que las funciones gubernativa, legislativa y jurisdiccional, en la administrativa se pueden distinguir aspectos sustanciales, orgánicos y procesales, referidos al contenido, sujeto y forma de actuación, respectivamente. (Dromi, 1998)

La función administrativa del poder consiste en concretar los fines del poder; es decir, hacer realidad lo decidido a nivel legislativo, a nivel jurisdiccional o a nivel de las otras funciones del poder. Tiene, a su vez, cinco maneras básicas de manifestarse, que son las siguientes:

- La emisión de normas jurídicas con naturaleza de reglamento material, a través de la forma jurídica reglamento; siguiéndose para el efecto el procedimiento reglamentario.
- La emisión de declaraciones de efectos jurídicos individuales, a través de la forma jurídica acto administrativo. Para ello se sigue el procedimiento administrativo.
- La organización interna de las entidades de la Administración Administrativa, a través de la forma jurídica acto de administración interna, que tiene diversas



manifestaciones, según sea el sistema administrativo de que se trate y que también implica seguir diversos procedimientos de administración interna.

- La contratación administrativa, a través de la forma jurídica contrato de la Administración Pública. Para su emisión deberá seguirse el correspondiente procedimiento de contratación administrativa, según sea el objeto contractual.
- La ejecución material, configurando la forma jurídica hecho administrativo. Este es muy diversificado y se configura siguiendo técnicas de ejecución, según pautas expresadas en normas o asignadas en su determinación a la discrecionalidad fundamentada de quien tiene a su cargo la realización de tales acciones materiales.

Dentro del fenómeno del poder, la contratación pública está contenida dentro de la función administrativa, como una de sus manifestaciones. En tal sentido, los principios esenciales del régimen contractual público deben ser coherentes con lo que la Constitución Política señala como finalidad del poder.

Dentro de la función administrativa, la contratación es una de sus manifestaciones, a la que corresponde el contrato de la Administración Pública como figura jurídica administrativa. Ello implica, a su vez, seguir un procedimiento de naturaleza administrativa denominado procedimiento de contratación administrativa. (Salazar Chavez, 2019)

2.2.3 CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.2.3.1 Contrato en General

El Contrato es una categoría abstracta y genérica. Sustantivamente significa un acuerdo de voluntades por el cual se crean, modifican o extinguen derechos y



obligaciones en el ámbito patrimonial. Es una institución jurídica general del Derecho, una categoría que se extiende en todo el ordenamiento jurídico.

Así tenemos que, en el ámbito del Derecho Privado, el Contrato establece vínculos entre por lo menos dos partes, considerándolas en un plano de igualdad; en el ámbito del Derecho Social, contratos como el de índole laboral establecen vínculos entre dos partes, de las cuales a una se la considera parte débil respecto de la otra y que por imperio de la ley se la protege, no obstante cierto margen de negociación libre entre las partes; y en el ámbito del Derecho Público, especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo, el Contrato establece vínculos entre una parte constituida por una entidad de la Administración Pública que actúa en ejercicio de Función Administrativa para el cumplimiento de sus metas, objetivos y fines, con un proveedor - normalmente del Sector Privado, aunque puede pertenecer al Estado- que colabora con la entidad contratante de la Administración Pública, considerándose una relación en la cual, en último extremo, prevalece el interés público representado por la entidad administrativa respecto del interés individual del proveedor, pero que actualmente la normativa tiende a equilibrar mediante la incorporación de autolimitaciones al poder del Estado o mecanismos de protección para el proveedor que contrata con la entidad administrativa. (Salazar Chávez, 2004)

2.2.3.2 Contrato de la Administración Pública

Es el documento a través del cual se formaliza el acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial proveniente de un procedimiento de selección efectuado por la entidad. (Alvarez Illanes, 2016)

El Contrato de la Administración Pública no se caracteriza porque la entidad administrativa que contrata tiene prerrogativas especiales a su favor (por ejemplo, la



posibilidad de resolver unilateralmente el contrato o modificar el contenido de éste), sino porque, por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa. Es decir, será el ordenamiento jurídico el que fijará la posición de la entidad administrativa respecto de su co-contratantes, otorgándole en algunos casos prerrogativas especiales, mientras que en otros casos no.

Dos teorías han servido de punto de apoyo para determinar las denominaciones asignadas a los contratos en que es parte la Administración Pública. La primera parte de considerar que el Estado tiene una doble personalidad- una pública, por la que ejerce actos de poder, y otra privada, por la que ejerce actos privados, lo cual también se reflejaría en dos tipos de contratos que celebra. La segunda teoría, parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública y, por lo tanto, siempre sus actos son expresión de Poder; razón por la cual los contratos de la Administración Pública siempre son manifestaciones específicas de una de las funciones del Poder, específicamente de la Función Administrativa.

2.2.3.3. Principales documentos en el procedimiento de contratación

1. Especificaciones técnicas, términos de referencia y expediente técnico.

Especificaciones técnicas en el caso de bienes, y términos de referencia en el caso de servicios y expediente técnico en caso de obras, es la descripción elaborada por la Entidad de las características fundamentales de los bienes a ser contratados, características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación. Puede incluir la descripción de los procesos y métodos de producción de los mismos.

En la formulación de las EETT o TDR se define en forma clara y precisa los aspectos sustanciales del bien, servicio o consultoría que se necesita contratar, de



modo tal que se precise qué se requiere, para qué se necesita, cómo se requiere, dónde se debe efectuar la prestación, en qué plazo, qué requisitos mínimos debe tener el proveedor y/o su personal, la forma de pago, qué área va a otorgar la conformidad, entre otros aspectos.

Las características técnicas deberán sujetarse a criterios objetivos, razonables y congruentes con el bien, servicio o consultoría requerida y su costo total. Por tanto, se deberá evitar incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo favorezca a un determinado sector del mercado o a ciertos proveedores, de modo que no se afecte la concurrencia de la pluralidad de proveedores. (OSCE)

2. Las bases administrativas

Las bases deben contener, como mínimo, la identificación del objeto del contrato requerido y las obligaciones y derechos de las partes; requisitos para postular (requisitos técnicos mínimos); características técnicas de lo que se va a contratar (recoge lo establecido en las especificaciones técnicas, términos de referencia y expediente técnico); plazo de ejecución de la prestación; sistema de contratación (suma alzada, precios unitarios, etcétera); cronograma de las etapas del proceso de selección; factores de competencia; método de evaluación y calificación de la propuesta; proforma de contrato (obligaciones, forma de pago, penalidades, cláusula arbitral, cláusulas resolutorias, etcétera); valor referencial del contrato; rangos admisibles; tipo de moneda de la oferta; contenido de las propuestas que deben presentarse. (Morón Urbina & Aguilera Becerril, 2017)

Las reglas que se incluyen en las bases deben cumplir con algunos aspectos cualitativos derivados de los principios de la contratación administrativa. Deben ser reglas objetivas, razonables o necesarias, justas y equilibradas, claras y comprensibles, congruentes con el objeto que se convoca y las necesidades de la



entidad, completas, fiables, conforme a ley y a las normas técnicas aplicables, entre otras.

De esa manera, constituyen reglas prohibidas de ser incorporadas en las bases y de hacerlo deben ser anuladas y excluidas: la exclusión o contradicción de normas obligatorias, ya que las obligaciones legales aplican igualmente así hayan sido omitidas o contradichas; la exigencia de marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, fabricantes, etcétera; solicitar que todas las partes de un equipo sean de la misma marca, a menos que existiera una estandarización de necesidades; permitir que los postores presenten propuestas alternativas; la limitación de la participación de oferentes, como cuando se solicita que todo el personal se encuentre ya contratado por el postor o que no sea ofrecido un mismo profesional por varios postores; la exigencia de plazos exiguos para cumplir prestaciones; las condiciones incumplibles; el requisito de contar con ISO.

Del mismo modo, se deben entender prohibidas la creación de causales de inhabilidad para postular además de las incluidas en las leyes u otorgar preferencia a algún oferente sin base legal, como excluir a quienes tienen deudas con el Estado; emplear criterios de evaluación subjetivos, como la consideración de «bienes en buen estado»; utilizar criterios de evaluación discriminadores, como requerir tener personal nacido o domiciliado en una zona del país o contar con una oficina en un lugar), determinado; incluir criterios de evaluación sin sustento técnico, como pedir instrucción universitaria para personal de limpieza. (Morón Urbina & Aguilera Becerril, Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal, 2017)

3. Absolución de consultas

La absolución de las consultas está a cargo de la entidad, que debe guiarse por las reglas de i) competencia (comité especial); ii) fundamentación suficiente; iii) claridad



de contenido; iv) autovinculación de la absolució para el proceso de selecció; y, v) tratamiento igualitario a los participantes (publicidad de la absolució).

4. Absolució de observaciones

Los proveedores que participan en el proceso de selecció tienen la posibilidad de cuestionar, reclamar o manifestar su disconformidad respecto de aquellas reglas del proceso que —por acció u omisió u acció- transgrede cualquier— transgreden alguna disposició en materia de contrataciones y adquisiciones (principios, reglas del procedimiento, condiciones mínimas de las bases). La observació persigue la modificació de la regla considerada ilegal para que el proceso prosiga conforme al ordenamiento.

La absolució de las observaciones se rige por las reglas siguientes: i) competencia (comité especial); ii) motivació y claridad de la absolució; iii) revisió ante OSCE si no se acoge o si se acoge ilegalmente (control administrativo de las reglas del proceso).

5. La integració de las bases

La entidad convocante fija las reglas definitivas del proceso, luego de haber realizado la absolució de consultas y observaciones, y de ser el caso, el pronunciamiento del OSCE, este acto no es impugnabile, dado que únicamente constituye la materializació de lo que otras dependencias, es así que el OSCE, mediante las Resoluciones N° 433/2004/TC-SU y 833/2004/TC-SU, señala que de ningún modo constituye un acto administrativo, puesto que no es un nuevo acto de contenido decisorio, y no existe manifestació de voluntad, que es una de las características todo acto administrativo.



La Resolución N° 009-2011-TC-S2, define la integración de bases de la siguiente manera: *“consiste en la elaboración de las bases en un texto combinado que albergue todas las modificaciones o precisiones que se hayan operado como consecuencia de la absoluciónde consultas y observaciones”*.

En la integración de las bases se fijan las reglas definitivas del proceso, conjugando las bases originales con las respuestas a las consultas y a las observaciones a las bases y el pronunciamiento del OSCE, de ser el caso, tiene carácter inimpugnable, conforme el artículo 118° del RLCE.

6. La oferta del postor

Es el acto jurídico mediante el cual el ofertante, con base a lo establecido en la ley y en las bases, realiza una declaración de voluntad hacia la entidad convocante en respuesta a la invitación efectuada, presentando su mejor propuesta. (Morón Urbina, 2016)

Jurídicamente, tiene las siguientes características:

- **Unilateralidad:** es propuesta exclusivamente por el postor, sin coordinación, pacto o acuerdo con otros postores, aunque provenga de varios sujetos que actúa de forma consorciada, en cuanto es la expresión de un solo interés.
- **Firmeza:** constituye la manifestación de voluntad del oferente, sin reservas, inmodificable, ni condicionamientos de obligarse por el contrato, con solo la aceptación del licitante, por lo que es la mejor propuesta que puede hacer el postor de manera definitiva.
- **Plenitud:** debe contener la sujeción a lo solicitado por la entidad convocante y agregar exclusivamente aquello solicitado en las bases (por ejemplo: precios, mejoras, características dentro del rango permitido), de modo que la oferta sea



adecuada cabalmente a lo exigido para configurar el contrato, con la aceptación de la entidad.

Esta plenitud permite a la autoridad conocer la intencionalidad completa del oferente, sin poder adicionar más información posteriormente o tener que formular contrapropuestas o negociaciones.

- **Carácter rezepticio:** por cuanto no puede alcanzar su fin sin llegar al conocimiento de la otra parte precisamente por estar dirigida a la entidad y requiere de ella un pronunciamiento.
- **Irrevocable:** la oferta debe mantenerse en el tiempo hasta la conclusión del proceso, sin poder retractarse, modificarse ni actualizarse.

7. Texto del Contrato

El contrato se perfecciona y obliga a los contratantes a partir del momento en que se produce el consentimiento o encuentro de ambas voluntades a través de la oferta y la aceptación, siendo el final del proceso de selección, que tiene por objetivo completar documentación e información requerida al postor y, para ambas partes, documentar el acuerdo por escrito y suscribirlo por medio de sus representantes autorizados.

A dicho efecto, el ganador de la buena pro debe documentos estipulados en la normativa, y según lo pidan las bases específicas de cada caso, contratar seguros y entregar las pólizas, acreditar el financiamiento del proyecto, etcétera. Únicamente en casos excepcionales y en aras de la celeridad administrativa, cuando el contrato sea por monto ínfimo —compras menores a las 8UIT— la relación bilateral se perfecciona únicamente por acto administrativo de la propia entidad, mediante la orden de compra o de servicios. (Morón Urbina & Aguilera Becerril, 2017)



En la contratación estatal, el documento contractual es un todo complejo que involucra y está integrado por todas actuaciones contractuales seguidas por ambas partes, manifestando las obligaciones y derechos nacidos de su conformidad. Es así que, el contrato administrativo no se refleja en el documento contractual único y final, sino es un instrumento unitario e integrado por las declaraciones y actuaciones de las partes a lo largo de su formación.

En la contratación estatal, los derechos y obligaciones contractuales, se conforman durante un proceso progresivo y complejo, a través de las actuaciones de las partes (entidades y postores) desde antes de la convocatoria hasta la suscripción del documento contractual. Estas actuaciones que se van agregando para formar el documento contractual son: el contrato *stricto sensu*, las bases del proceso, la oferta técnica y económica del adjudicatario, las absoluciones de consultas y pronunciamientos ante observaciones de las partes, el expediente técnico o términos de referencia, etcétera. (Morón Urbina, 2016)

2.2.4 PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CON APLICACIÓN ESPECIAL EN CONTRATOS DEL ESTADO

La Ley de Contrataciones del Estado, establece un listado de principios aplicables a toda contratación estatal, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público. Estos principios sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones. (Álvarez Pedroza, 2014)

Entre ellos tenemos:



1. El principio de integridad

Según este principio, los actos de los sujetos que intervienen en cualquier etapa del proceso de la contratación estatal -tanto la administración como los administrados- están guiados por la honradez y veracidad, evitando cualquier práctica indebida.

La aplicación de este principio se verifica en el cumplimiento de impedimentos y prohibiciones para ser postor o integrante del comité especial; las reglas de conflictos de intereses o información privilegiada; la exigibilidad de responsabilidad en caso de infracción; la prohibición de enriquecimiento sin causa (como cuando las entidades solicitan la presentación de muestras del producto y no las devuelven a los postores luego de culminado el proceso de selección); la prohibición de ir contra sus propios actos (como cuando el comité especial que tiene a su cargo el proceso de selección evalúa las propuestas de los postores actuando de forma contraria a lo que anunció al absolver las consultas).

2. El principio de transparencia y publicidad

Este principio ordena que se brinde acceso a los participantes del proceso de selección a las bases del proceso de selección y todo aquel documento vinculado a su desarrollo, tales como las actas de asignación de puntaje y resultados.

Se vulnera este principio cuando no hay claridad en la metodología de evaluación de propuestas o en lo que respecta al cumplimiento de las prestaciones contractuales, como las formalidades y plazos para los pagos y condiciones de entrega de los bienes que darán lugar penalidades; cuando se omite información indispensable para que los postores logren presentar sus propuestas o cuando la entidad se niega a entregar información a los postores durante el proceso (estudios de mercado, la resolución que aprueba las bases o que designa al comité); cuando se niega o retarda la entrega de la copia de las propuestas



de otros postores luego de adjudicada la buena pro; cuando las consultas que formulan los participantes de un proceso de selección son absueltas de modo evasivo, contradictorio o sin que sustente su posición de manera clara e inequívoca.

3. El principio de libre concurrencia o competencia

Según este principio las reglas del proceso de selección, su interpretación y aplicación deben fomentar la pluralidad de concurrentes al proceso de selección, es decir, estimular que haya el mayor número de postores o posibles interesados al proceso (precio atractivo, inexistencia de cargas u obligaciones costosas o irracionales); promover que la concurrencia de postores tenga amplitud, objetividad e imparcialidad (calidad de los postulantes); y permitir un desenvolvimiento libre de los postores con respecto a su competitividad, tanto para el acceso al proceso como dentro del proceso licitatorio (dimensión dinámica de la competencia dentro del proceso).

A dicho efecto, una política de compras públicas alineada con este principio debe identificar y suprimir los diversos factores que impiden, desalientan e intimidan a los postores para el acceso a las compras públicas. Los hay de origen técnico, como requisitos técnicos mínimos complejos o condiciones desproporcionadas o irracionales; económicos, como cuando existen costos que se deben asumir aun sin ser adjudicatarios de contrato alguno, por ejemplo garantías que deben mantenerse vigentes hasta que el contrato se extinga o aun con posterioridad a ello; demoras en los pagos del Estado; prórrogas de calendarios, tasas y registros; costos por presentar documentos irrelevantes o que la entidad ya posee; trabas administrativas o legales, como la necesidad de obtener de certificaciones complejas, traducciones, copias, etcétera; trabas informativas a través de la complejidad de normas y modalidades de contratación; profusión de fuentes e instrumentos normativos; necesidad de tener una experticia distinta para compras públicas, etcétera.



4. Los principios de eficacia y eficiencia

Conforme a estos principios, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas —así como del interés público— bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. Por este principio es necesario realizar un estudio de mercado previo al proceso de selección, para indagar las mejores posibilidades de calidad, precio y plazo de entrega de las prestaciones requeridas por la entidad, así como la regulación prolija de las formas y reglas para la recepción y conformidad de servicios.

Además, de acuerdo con este principio se debe admitir que el contratista pueda, luego de suscrito el contrato, entregar bienes o servicios distintos a los ofertados, siempre que se cuente con aceptación de la entidad y reúnan mejores características técnicas que no impliquen un incremento en el precio cuando se produzcan situaciones como el desabastecimiento del bien, la desaparición de la marca, la obsolescencia del modelo, el encarecimiento desproporcionado del bien ofrecido, etcétera.

5. El principio de trato justo e igualitario

De acuerdo con este principio, todo postor de bienes, servicios u obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

En la legislación comparada y en los acuerdos internacionales también se recoge el principio de trato justo e igualitario como uno de los principios rectores en la contratación estatal.



Por este principio solo es posible diferenciar a los postores en razón del mérito de su oferta y no por razones de orden subjetivo. Por tanto:

- Las bases de los procesos de selección deben establecer reglas generales e impersonales y no discriminatorias.
- El órgano que tiene a cargo el proceso de selección debe permitir que todos los participantes en el proceso tengan la misma oportunidad de formular sus consultas y observaciones a las bases y obtener, en el mismo plano de igualdad, las respuestas correspondientes.
- Cuando las bases son modificadas por la absolución de las consultas, el nuevo contenido (bases integradas) deber ser puesto en conocimiento de todos los participantes oportunamente, sin admitir que se favorezca a ninguno.
- Debe otorgarse idéntico plazo a todos los participantes para que presenten sus ofertas, y no se debe permitir a los postores que alteren o modifiquen el alcance de sus ofertas una vez presentadas.
- En la evaluación de las ofertas, la entidad debe sujetarse estricta y uniformemente a las bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlas, alterarlas o completarlas, y evaluando integralmente la oferta.
- En la subsanación de ofertas, todos los postores pueden subsanar los errores intrascendentes de sus ofertas, y ninguno puede hacerlo respecto de los errores esenciales que afecten la competitividad.
- En la estipulación del contrato adjudicado no está permitido introducir alteraciones al modelo de contrato que forma parte de las bases distintas a las estrictamente derivadas de las ofertas, de las aclaraciones y las observaciones, etcétera.



6. El principio de equidad

Este principio dispone que las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. El principio de equidad hace referencia a criterios propios del carácter conmutativo de todo contrato celebrado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por el carácter conmutativo del contrato, las partes han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas y, además, han asumido el compromiso de que esta equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato.

Así, el carácter conmutativo del contrato se verifica cuando ambas prestaciones se corresponden, es decir, el pago del precio y la ejecución de la prestación resultan equivalentes entre sí. Con ello, es dicha equivalencia la que determina que las partes celebrarán el contrato, dado que, si dichas prestaciones no se debieran la una a la otra, no se hubiera celebrado el mismo.

2.2.5 LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.

Los autores Morón Urbina y Aguilera B. identifican a los procedimientos de contratación estipuladas en la Ley de Contrataciones del Estado, como procedimientos de formación de contrato por iniciativa estatal, estos procedimientos presentan una fase interna de preparación y una fase externa de formación del consentimiento propiamente dicho, en esta fase externa, aparecen hitos relevantes como la aprobación de bases o términos de referencia (objeto contractual, requisitos de postulación, factores de competencia, organización del proceso); la convocatoria; el registro de participantes; la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones; la



integración de bases; la presentación de ofertas; la calificación y evaluación de ofertas; el otorgamiento de buena pro; y el perfeccionamiento del contrato. Los principales procedimientos de formación del contrato son:

1. La licitación pública

Es una modalidad de contratación, definida como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a los requerimientos fijados en las bases, formulen propuestas entre las cuales seleccionará la más conveniente. (Dromi, Licitación Pública, 2010)

Por otro lado, Miguel Marienhoff, citado por Alberto Retamozo la define como un procedimiento de selección del co-contratante de la Administración Pública que, sobre la base de una “previa” justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona o entidad es la que ofrece el precio y condiciones más favorables al estado. (Retamozo Linares, 2016)

Las etapas de la licitación pública son:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes.
- c) Formulación de consultas y observaciones.
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases.
- e) Presentación de ofertas.
- f) Evaluación de ofertas.
- g) Calificación de ofertas.
- h) Otorgamiento de la buena pro.



2. El concurso público

El artículo 77 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Reglamento de la Ley N° 30225) señala que es utilizada por la entidad en los siguientes casos:

- Para contratar servicios en general,
- Para contratar consultorías en general
- Para contratar consultoría de obras

El procedimiento aplicable, es el establecido también para la licitación pública, asimismo, las etapas al igual que la licitación pública son las siguientes:

- a) Convocatoria
- b) Registro de participantes
- c) Formulación de consultas y observaciones
- d) Absolución de consultas, observaciones e Integración de bases
- e) Presentación de ofertas
- f) Calificación de ofertas
- g) Evaluación de ofertas
- h) Otorgamiento de la buena pro.

3. La adjudicación simplificada.

La adjudicación simplificada introducida por la Ley 30225, implica una mejora en la eficiencia de la contratación, por cuanto se uniformiza plazos y etapas de dos procedimientos de selección anteriores a dicha ley.



Las etapas para la adjudicación simplificada según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, son:

- a) Convocatoria
- b) Registro de participantes
- c) Formulación de consultas y observaciones
- d) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases
- e) Presentación de ofertas
- f) Evaluación y calificación
- g) Otorgamiento de la buena pro.

4. Selección de consultores individuales

Esta modalidad de contratación, le otorga a la entidad una opción más flexible, en términos de tiempo, para contratar consultores que, con su experiencia y calificaciones, podían cumplir con la prestación requerida.

Se utiliza para la contratación de servicios de consultoría, donde la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio, son los requisitos primordiales. (Retamozo Linares, 2016)

Las etapas que contempla la selección de consultores individuales, según el artículo 93 del RLCE, son las siguientes:

- a) Convocatoria
- b) Registro de participantes
- c) Recepción de expresión de interés
- d) Calificación y evaluación



e) Otorgamiento de la buena pro

En el presente método, no corresponde la elaboración de bases, sino la solicitud de expresión de interés.

5. Comparación de precios

Este método se caracteriza por la agilidad de su procedimiento, por cuanto se comparan varias cotizaciones sin previamente requerir presentación de documentos formales durante la selección; asimismo, este método es utilizado cuando el bien o servicio, es de fácil obtención en el mercado.

Una vez que la buena pro haya quedado consentida o administrativamente firme, el perfeccionamiento del contrato, está a cargo del OEC, a través de la notificación de la orden de compra o servicio respectiva.

6. La subasta inversa electrónica

El artículo 26 de la LCE, señala que la subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

Las etapas de la subasta inversa electrónica, son las siguientes:

- a) Convocatoria.
- b) Registro de participantes, registro y presentación de ofertas.
- c) Apertura de ofertas y periodo de lances.
- d) Otorgamiento de la buena pro.

En el método de subasta inversa electrónica, no se efectúan consultas y observaciones razón por la cual, solamente cuentan con bases administrativas.



7. La contratación directa

La contratación directa es el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista, sin concurrencia u oposición de oferentes, la excepción para la realización de un procedimiento, está fundado en cuestiones de imposibilidad legal, de naturaleza, de hecho, o por motivos de conveniencia administrativa, o en otros supuestos, por atendible razón de Estado y seguridad pública.

La naturaleza de la exoneración de los procedimientos de selección es excepcional, por lo que solo procede en el caso que se configure alguna de las causales taxativamente señaladas en la normativa.

El procedimiento para la contratación directa, requiere necesariamente de un sustento técnico y legal, además de la aprobación del titular de la entidad o acuerdo de consejo regional, consejo municipal o acuerdo de directorio en caso de empresas del estado, a través de una resolución.

Se requiere invitar a un solo proveedor, y la oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación, respecto a las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas, deben cumplir con las exigencias de la LCE y el RLCE. (Retamozo Linares, 2016)

2.2.6 EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 76° de la Constitución Política del Perú, establece *“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así 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.”*, en esa línea, el



derecho peruano a través de la LCE establece los procedimientos de contratación, el mismo que consta de tres fases:

1. Actuaciones preparatorias: Comprende las actuaciones internas de la entidad, desde la elaboración del PAC y el requerimiento efectuado por el área usuaria.
2. Procedimiento de selección: Conformado por las siguientes etapas.
 - a) Convocatoria
 - b) Registro de participantes.
 - c) Formulación y absolución de consultas
 - d) Formulación y absolución de observaciones
 - e) Integración de bases
 - f) Presentación de propuestas
 - g) Evaluación de las propuestas
 - h) Otorgamiento de la buena pro
3. Ejecución contractual: es la fase en que se ejecutan las prestaciones, comprende desde la suscripción del contrato hasta la respectiva conformidad y pago.

2.2.7 MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La LCE prevé que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.



1. La Junta de Resolución de Disputas (JRD)

Constituye una alternativa real y ventajosa para la solución de controversias, sobre todo en los contratos de obra.

La JRD funciona mediante la designación de mutuo acuerdo de personas que deben ser imparciales e independientes, con amplia experiencia en obras, quienes tienen como función visitarlas y verificar su ejecución, teniendo un rol consultor en el desarrollo de la misma, evitando así arbitrajes innecesarios. Para tal caso, tienen facultad para resolver conflictos relacionados al incumplimiento de plazos contractuales (atrasos, ampliaciones, interferencias), con el alcance del objeto del contrato (variación de costos, trabajos adicionales) y con el reclamo de daños y perjuicios (responsabilidad contractual). De darse un conflicto, la JRD interviene y emite un dictamen el mismo de ser aceptado por ambas partes el conflicto se resuelve en el acto, caso contrario, las partes pueden recurrir al arbitraje, convirtiendo a la JRD en un filtro para que pase a arbitraje temas complejos que no estén resueltos durante el periodo de ejecución de la obra. (Tupayachi Sotomayor, 2016)

Finalmente, respecto a este medio de solución de controversias, debemos señalar que constituye un medio previo al arbitraje.

2. La conciliación

La Ley de Contrataciones del Estado mantiene el método clásico de la conciliación, el mismo que se utiliza sobre materias controvertidas que se encuentran determinadas en la propia ley y que se producen en la fase de ejecución contractual ante un centro de conciliación elegido por las partes.



La LCE establece expresamente las materias que no son conciliables, impidiendo así que pueda iniciarse un proceso de conciliación sobre los mismos. Sobre este punto, las materias no conciliables son: Las prestaciones adicionales, nulidad de contrato, el enriquecimiento sin causa o indebido y por último la indemnización o cualquier otra que se derive de prestaciones adicionales.

Sobre las materias que son pasibles de conciliación se encuentran: Ampliaciones de plazo, resolución del contrato, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, pagos que la entidad deba efectuar al contratista, liquidación de contrato, vicios ocultos en bienes, obras y servicios. (Tupayachi Sotomayor, 2016)

El autor Alejandro Alvarez, por su parte, respecto a este medio de solución de controversias señalaba que, desde su experiencia, la conciliación no ha tenido eficacia para resolver las controversias derivadas de las contrataciones, a diferencia del arbitraje que durante los últimos años ha cobrado gran importancia. (Álvarez Pedroza, 2014)

3. El Arbitraje

El arbitraje se ha convertido en el medio más efectivo de resolución de conflictos entre las partes en la contratación pública en nuestro país, acusado de ser un mecanismo obligatorio es innegable que ha sido efectivo, pero también altamente cuestionable por las diversas denuncias de corrupción en su administración.

El arbitraje se funda en la confianza y la autorregulación privada y el carácter de celeridad que tiene. La Ley N° 30225 señala que los árbitros y los secretarios arbitrales deben estar inscritos en el Registro de Árbitros del OSCE. Puede apreciarse que no hay innovación resaltante, respecto a la anterior normativa, en



esta modalidad de resolución de conflictos, se mantiene el procedimiento usado anteriormente, pero se destaca la posición de OSCE de aprobar un Código de Ética que reconoce la formación de un Consejo de Ética, conformado por un representante de la PCM, otro del MEF y uno último de MINJUS, que en cierta medida servirá de controla la labor arbitral, considerando que dicho Consejo debe trabajar articulada mente con el Registro propuesto, tomando en consideración que el árbitro tiene en su imagen y confiabilidad el punto más sensible de su actuación y selección. Dicho Código debe resultar aplicable a la totalidad arbitrajes sujetos al Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, a los arbitrajes ad hoc, como también a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no cuente con un Código de Ética o que teniendo un Código no tenga inmersa la infracción cometida por el Arbitro y por ende no haya sanción, en tal caso el Código de OSCE debe ser aplicado en forma supletoria, sin que ello medie que las entidades privadas de arbitraje puedan elaborar sus propios códigos de ética. (Tupayachi Sotomayor, 2016)

2.2.8 LAS POTESTADES CONTRACTUALES

Los contratos que celebra la Administración vinculados a un fin público en su objeto, tienen por ello un régimen especial que supone la supresión del régimen de igualdad entre las partes por la de superioridad de la Administración la cual goza de una serie de prerrogativas en función del interés general del servicio público.

Baca Oneto expresaba que el contrato administrativo, como tal no es fuente para las potestades, estas pueden subsistir en atención a posturas basadas en legislación, jurisprudencia y también doctrina, validas de acuerdo a la realidad legislativa de cada país, pero objetivamente ceden posiciones ante la necesidad de los Estados de captar inversiones. Asimismo, señala que no se puede negar la intervención del Estado en casos



extremos y excepcionales, lo que no puede admitirse son las potestades extralegales, en manos de la Administración para todos los contratos de forma general y con la sola invocación del interés público. Asimismo, autores como Cassagne realiza concesiones a favor de la mesura de las potestades contractuales del Estado por imperio de la ley y hasta niega enfáticamente la doctrina de las cláusulas exorbitantes implícitas. (Baca Oneto, 2008)

Las potestades de la Administración implican un régimen exorbitante del derecho común, y son las siguientes:

- a) Potestad de modificación unilateral del contrato o *ius variandi*.
- b) Potestad de interpretación unilateral.
- c) Potestad de dirección y control.
- d) Potestad de sanción.
- e) Potestad resolutoria.

2.2.9 LA POTESTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL

La doctrina del contrato administrativo entiende que cuando existe divergencia en la interpretación del contrato, la Administración posee la potestad de interpretación unilateral si es que se encuentran comprometidos intereses públicos.

Para los contratos, existe un régimen de interpretación especial que deberá realizar el juez, diferenciando el análisis interpretativo según la categoría del contrato. De ser el contrato de Derecho Privado, se deberá inquirir respecto de las partes en el momento de la celebración; de ser contratos administrativos se deberá interpretar en función a las necesidades de la colectividad.



García de Enterría y Fernández así como Vidal Perdomo citados por Mario Linares, coinciden en que previamente a la interpretación unilateral, debe existir entre las partes intercambio de opiniones destinadas a lograr una interpretación común. De no lograrse uniformidad de criterios deberá primar entonces la interpretación de la Administración la cual se presumirá legal y tendrá el carácter de ejecutoria. El requisito implícito es, al igual que en las demás atribuciones del Estado, el resguardo del interés público. (Linares Jara, 2013)

Concuera la doctrina del contrato administrativo, en que la presente potestad de la Administración Pública, se fundamenta y/o justifica en esencia, como en todas las restantes, en el hecho que el Estado tiene como función principal la tutela del interés público, el mismo que puede ser afectado si no se cumpliesen estrictamente las condiciones contractuales, permitiéndose por tanto a la Administración dirigir y controlar el contrato. (Linares Jara, 2013)

Respecto a la facultad de interpretación unilateral en el Perú

En el Perú, la única referencia en la normativa de contrataciones sobre la facultad de interpretación unilateral del contrato, es la referida al expediente técnico, el mismo que está conformado por un listado de documentos, los cuales fueron regulados con un orden de prelación y que, con apoyo de diversas opiniones del OSCE, refirieron que únicamente se interpretará de esa manera única y exclusivamente cuando existan contradicciones entre dichos documentos.

Asimismo, respecto al documento contractual, Morón Urbina (2016) señala que, en la contratación estatal, el documento contractual es un todo complejo que involucra y está integrado por todas actuaciones contractuales seguidas por ambas partes, manifestando las obligaciones y derechos nacidos de su conformidad. Es así que, el contrato administrativo no se refleja en el documento contractual único y final, sino es un



instrumento unitario e integrado por las declaraciones y actuaciones de las partes a lo largo de su formación.

En la contratación estatal, los derechos y obligaciones contractuales, se conforman durante un proceso progresivo y complejo, a través de las actuaciones de las partes (entidades y postores) desde antes de la convocatoria hasta la suscripción del documento contractual.

Estas actuaciones que se van agregando para formar el documento contractual son: el contrato *stricto sensu*, las bases del proceso, la oferta técnica y económica del adjudicatario, las absoluciones de consultas y pronunciamientos ante observaciones de las partes, el expediente técnico o términos de referencia, etcétera. (Morón Urbina, 2016)

En general, en el derecho peruano, contamos con un régimen de contratación pública mediante el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo, debemos decir que no existe un listado de potestades ni prerrogativas, pero estas últimas se infieren del texto, debiendo entenderse que han sido otorgadas de forma limitada, es el caso, por ejemplo, de las prestaciones adicionales o deducción de las mismas y las ampliaciones de plazo.

2.2.10 EL PRINCIPIO DEL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO

Como contrapartida a las prerrogativas de la Administración en la ejecución del contrato administrativo, está el principio de equilibrio económico del contrato. Esa garantía opera esencialmente en dos tipos de circunstancias; por un lado, en casos en que el equilibrio económico del contrato queda alterado por circunstancias que provienen de la propia administración contratante y, por otro lado, en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato ajena a la voluntad de la Administración contratante y,



por otro lado, en los supuestos de ruptura del equilibrio económico del contrato (Bombillar Sáenz, Gutiérrez Alonso, Pérez Martos, Torres López, & Villalva Pérez, 2014).

Durante la ejecución del contrato debe mantenerse la relación de equivalencia o de correspondencia que existe desde el inicio entre el conjunto de derechos del contratista y el conjunto de obligaciones a su cargo, según lo originalmente pactado. Si ese equilibrio se rompe, el contratista tiene derecho al reequilibrio en su favor, lo cual se fundamenta en el carácter conmutativo del contrato, la equidad y la compensación por las cargas del contratista.

Las condiciones para la procedencia de la restitución del equilibrio son las siguientes: la alteración económica debe producirse por acontecimientos no imputables a quien lo reclama; debe ser causada por una situación imprevisible o anormal para el tipo de operaciones en cuestión; debe afectar la economía del contrato en forma grave; y debe ser sobreviniente a la celebración del contrato. Cuando ello se produce, el restablecimiento se puede obtener a través de algunos instrumentos como el reajuste de precios mediante fórmulas polinómicas de reajuste; una cláusula de estabilización, como el pago en moneda extranjera, a precios internacionales o por índices variables; la cláusula de renegociación o de adaptación, vía un compromiso para negociar compensación; o la cláusula de garantía de ingresos o *take or pay*. (Morón Urbina & Aguilera Becerril, 2017)

Principio de equilibrio económico en el Perú.

En el Perú de manera tenue, se encuentra regulado en el literal i) del artículo 2° de la LCE, que señala: *“Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.”*



Autores como Marienhoff y Sarmiento, expresan como fundamento de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas, principio del equivalente económico e intangibilidad de la propiedad. (Marienhoff) (Sarmiento Garcia, 2000)

Así también, García Toma, expresa que el principio de igualdad ante la ley, se encuentra dirigida contra la discriminación, la cual implica un trato desigual a personas sujetas a condiciones iguales, ello mediante el otorgamiento de favores o por privilegiar la imposición de cargas, entre las cuales se encuentra la equiparidad ante las cargas públicas. (García Toma, 1998)

El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato encuentra fundamento en el principio de igualdad y del derecho a la propiedad, reguladas en el artículo 2° numeral 2 y el artículo 70° respectivamente.

Por otro lado, en lo referido al contrato de Asociación Público Privada, a través artículo 55° del Decreto Legislativo N° 1362 establece de forma más específica que, durante una renegociación contractual, las modificaciones planteadas no sólo deben mantener el equilibrio económico financiero, sino también las condiciones de competencia del Proceso de Promoción.

2.2.11 LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Interpretar el contrato es la operación que determina el significado jurídicamente relevante de lo que las partes han dispuesto. Es la determinación del significado jurídicamente relevante del contrato, y se desarrolla como un proceso lógico-jurídico, que debe cumplir con los principios de la lógica y de los criterios jurídicos interpretativos. Para determinar el significado se deberá tener como objetos a las declaraciones, a los comportamientos y a los documentos formulados por las partes. (Gabrielli, 2013)



Alfredo Bullard expresaba, existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así se define una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros.

Sin embargo, como punto de partida, propone una clasificación simple y general, usada por el análisis económico del derecho, y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera denominada “textualismo”, donde los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa. Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo, parte de la premisa que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o les dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían, usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato.

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común. (Bullard Gonzáles, 2007)

El contrato es la exteriorización de la voluntad común de dos o más personas creada para satisfacer sus intereses. Por tanto, la principal labor del intérprete debe ser la



búsqueda de dicha voluntad concreta de las partes contratantes; adicionalmente, debe valorarse el comportamiento conjunto de las partes –los actos pre y post contractuales-, así como las circunstancias en que las declaraciones de la voluntad fueron emitidas, asimismo, utilizar el criterio sistemático, analizando las cláusulas contractuales atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

De otro lado, el intérprete también debe considerar el principio de buena fe como regla de interpretación subjetiva relevante, quiere decir, que los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas.

Finalmente, el criterio fundamental para hallar la común intención de las partes es el funcional o teleológico. Conforme a este criterio, adquiere relevancia la búsqueda del juego de intereses que subyace y la finalidad o propósito de la regulación de las partes. (Soto Coaguila, 2007)

Interpretación sistemática

El sentido que pueda adquirir una cláusula, es obtenida del sentido total que tenga la misma dentro de un esquema contractual del que participa, no pudiendo entenderse desvinculada.

Se usa un argumento de tipo sistemático siempre que, para acreditar la interpretación escogida, se alega no el texto de la disposición interpretada aisladamente considerada, sino algún elemento del contexto en el que la disposición está colocada. (Guastini, 2014)

Interpretación literal

Es una teoría textualista pura, se interpreta la declaración objetiva y no la voluntad subjetiva, ello se desprende del artículo 168 del Código Civil, al señalar la norma que el



acto se interpreta “...de acuerdo a lo que se haya expresado en él...”. Sin embargo, esta norma exige al intérprete guiarse por el principio de buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362 que impone a las partes celebrar el contrato en base al principio de buena fe.

El principio de buena fe permite introducir las circunstancias para encontrar el sentido de lo dicho, lo que abre puertas para, indirectamente, identificar la posible voluntad real de las partes. Pero el punto de partida es la declaración.

Interpretación teleológica

De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que sea consistente con el objeto o la finalidad del contrato o de la cláusula que es materia de interpretación.

Como se puede apreciar, este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula que es objeto de interpretación. En ese sentido este método se asemeja al denominado ratio legis o razón de la Ley, aplicable a la interpretación de normas jurídica. En la interpretación contractual ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar. (Soto Coaguila, 2007)

Posición del Organismo Supervisor de las Contrataciones del estado

El OSCE de manera específica, en su opiniones N° 039-2019/DTN, N° 010-2019/DTN, N° 133-2018/DTN y N° 243-2017/DTN, respecto a la interpretación unilateral, en situaciones de discrepancia contradicciones entre los documentos que forman parte del contrato, arriba a las siguientes conclusiones:

- Las partes no pueden modificar las condiciones previstas en las Bases integradas ni en los demás documentos que establezcan obligaciones (como por ejemplo, la oferta ganadora) con ocasión de la suscripción del contrato, ya que se alterarían los



sustentos técnicos, económicos y legales bajo los cuales fue adjudicada la buena pro, vulnerando los principios que regían la contratación pública; en tal sentido, solo resultaban exigibles aquellas obligaciones que se ajustaran a lo señalado en los documentos que conformaban el contrato, dentro de los cuales se encontraban las Bases Integradas.

- Las partes no pueden modificar el contenido de las Bases Integradas con ocasión de la suscripción del contrato; de esta manera, si en dicha oportunidad se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos. Solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos que conforman el contrato, dentro de los cuales se encuentran las Bases Integradas, planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros.
- El contrato debía comprender los términos previstos en el conjunto de documentos que lo integraban; en esa medida, la Entidad -con ocasión de la suscripción- no podía modificar unilateralmente las condiciones contempladas en la proforma de contrato de las Bases Integradas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, toda vez que estas últimas constituían las reglas definitivas del proceso de selección y no podían ser modificadas por autoridad administrativa alguna. Solo eran exigibles las obligaciones que se ajustaban a lo señalado en el conjunto de documentos que conformaban el contrato.

2.2.12 LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Está dirigida a señalar las consecuencias jurídicas que emergen del acto celebrado, sea por voluntad de las partes manifestada de manera expresa o tácita, sea por voluntad del legislador.



Además de lo que las partes ponen en el contrato, lo que allí se dice, existe lo que ellas presuponen, pero no expresan; ello no se encuentra fuera de la voluntad sino en su fondo y en su raíz, son las consecuencias que pueden considerarse virtualmente comprendidas en el contrato.

El legislador puede integrar el contrato con normas imperativas, como las destinadas a señalar los elementos estructurales comunes y propios de cada figura. (Mosset Iturraspe, 2007)

Cuando las partes celebran un contrato, este contrato está regido por alguna ley, ya sea elegida por las partes, ya aplicable por otra razón. Las leyes imperativas se imponen a las partes con prescindencia de su voluntad y, por tanto, su aplicación puede tener tres efectos: (a) anular la totalidad del contrato; (b) anular la cláusula manteniendo el resto invariado; o (c) anular la cláusula proporcionando la misma ley una fórmula para suplir u ocupar el lugar de la cláusula nula. (Alegría, 2007)

Para efectos de la presente investigación y siguiendo, en vista que toda integración es producto de la voluntad de la Ley, se opta por la tercera alternativa, en tanto que la propuesta formulada busca esencialmente integrar el contrato por una norma imperativa.



CAPITULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1 METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Según a las variables e hipótesis planteadas, se trata de una investigación no experimental, dado que se observan los fenómenos tal y como ocurren naturalmente para después analizarlos, sin intervenir en su desarrollo, no provocadas intencionalmente en la investigación. (Hernández Sampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2014)

Tiene como objetivo indagar la realidad en cuanto a la interpretación de los documentos contractuales para su integración.

3.1.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al propósito de la investigación, naturaleza de los problemas y objetivos formulados en el trabajo, el presente estudio reúne las condiciones suficientes para ser calificado como una investigación de tipo básico, que en términos generales es la creación de nuevo conocimiento, se otorga primacía a la sistematización de conceptos de carácter jurídico (normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina). (Lara Sánchez, 1991)

Descriptivo – explicativa, por cuanto se analiza los documentos contractuales, así como el proceso de formación de las mismas, por otro lado, se busca reflejar la situación actual de la facultad de interpretación unilateral otorgadas por nuestra legislación.

También se considera de tipo jurídico-comparativo, dado que se busca analizar en la legislación comparada respecto a la prerrogativa de interpretación unilateral.



3.1.3. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El enfoque de investigación se perfila para ser cualitativo. La investigación cualitativa recurre a métodos empíricos definidos como “todas las técnicas para recopilar, describir y analizar crítica y sistemáticamente la información”. No siempre el investigador debe recoger la información, pues esta puede estar a su disposición en sistemas de bases de datos que otras personas hayan elaborado.

En la búsqueda cualitativa, en lugar de iniciar con una teoría y luego “voltar” al mundo empírico para confirmar si ésta es apoyada por los datos y resultados, el investigador comienza examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que se observa, van de lo particular a lo general.

La presente investigación nace a partir de los problemas interpretativos de los contratos de la administración pública, dado que no lo compone un solo documento, y por diversos motivos, durante la ejecución contractual, esta puede ocasionar desprotección al estado.

De modo que, se inicia examinando los hechos en sí y en el proceso desarrolla una teoría coherente para representar lo que se observa. (Hernández Sampieri, 2014)

3.1.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Método analítico

Análisis significa “separación”, “descomposición”, “aislamiento”, procede por análisis todo aquel que desata o libera, para su consideración particularizada, cada uno de los elementos que integran un todo complejo, efectuando un trabajo de análisis cuando tiene que formarse una opinión sobre cada uno de los elementos que integran un todo jurídico. Este estudio pormenorizado permite obtener toda la información que cada uno de los elementos proporciona. (Carruitero Lecca, 2014)



La presente investigación efectuó el análisis de la documentación contractual, de modo tal que permitió conocer la naturaleza de cada uno, así como verificar el rol preponderante que tiene cada uno de ellos en la integración del contrato estatal, de similar forma, se efectuó el análisis de la legislación extranjera.

Método Sintético

El análisis no es suficiente, los datos aislados tienen una significación particular, la síntesis lleva a conocer el significado de los mismos al relacionarlos entre sí. Su conjunción les dará un nuevo sentido; su cotejo con otros datos afianzará su significado y lo enervará. De modo que, se utilizó este método para la elaboración de las conclusiones arribadas en la presente investigación.

Método inductivo

El método inductivo existe cuando se comprueba hechos particulares y se hace la formulación de un principio general.

Las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general.

Método utilizado en el objetivo N° 3, dado que se busca proponer un orden de prelación para la interpretación unilateral del contrato, a partir del análisis efectuado en el objetivo N° 1 y 2.

3.1.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

El análisis de información, la sistematización de la información, la selección de información, la revisión bibliográfica.



La investigación cualitativa se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente.

3.2 POBLACIÓN

La presente investigación toma en cuenta la legislación nacional, toda la normativa nacional referida a contratación estatal, así como la legislación extranjera de Paraguay, Argentina y Colombia, referidos a compras estatales, doctrina y jurisprudencia del contrato administrativo.

3.3 UNIDAD DE ESTUDIO

La unidad de estudio está conformada por la Normativa vigente en contrataciones:

- Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225.

Así también:

- ✓ Las normas que regulan la contratación estatal en Argentina, Paraguay y Colombia.
- ✓ Doctrina peruana y extranjera.
- ✓ Jurisprudencia nacional e internacional.
- ✓ Opiniones del OSCE.
- ✓ Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta sección se expone y analiza de los resultados obtenidos producto de la investigación. Primero se analizó la prerrogativa de interpretación de la administración pública, posteriormente se indagó su regulación en la legislación extranjera, para finalmente proponer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato para su interpretación unilateral.

4.1 DESARROLLO DE OBJETIVOS

De los resultados obtenidos a través del análisis sobre la interpretación unilateral del contrato administrativo, podemos destacar los siguientes objetivos:

4.1.1. OBJETIVO ESPECÍFICO 1

Analizar de qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en la vía administrativa.

El contrato de la administración pública como manifestación del poder mediante la función administrativa, es entendido esencialmente como aquel contrato que apareja la existencia de prerrogativas a favor del Estado, prerrogativas que pueden considerarse implícitos para un sector de la doctrina y jurisprudencia comparada.

Dichas prerrogativas son: de dirección y control, de modificación unilateral, de interpretación unilateral y ejecutoria, de sanción y resolutoria, estas prerrogativas encuentran fundamento en la idea de la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido en el contrato.

En esa línea, nuestro ordenamiento jurídico peruano cuenta con un régimen de contratación pública plasmada en la Ley de Contrataciones del Estado, sin embargo,



debemos decir que no existe un listado de potestades ni prerrogativas, pero estas últimas se infieren del texto, debiendo entenderse que han sido otorgadas de forma limitada, es el caso por ejemplo, de las prestaciones adicionales o deducción de las mismas, y las ampliaciones de plazo, referidas a la prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *ius variandi*.

Límites a la facultad de interpretación

En América Latina, no se reconocen potestades implícitas, e inclusive no utilizan el criterio indeterminado de interés público para ejercitar prerrogativas contractuales, sino que se limitan a supuestos estrictamente determinados.

Es decir, si el Estado cuenta con el poder de modificar un contrato, ello será en atención al régimen legislativo imperante. Si existe cláusula expresa o una previsión legal referida por ejemplo a que la Administración pueda ordenar prestaciones adicionales en los contratos de obra como es el caso de Perú, ello constituye una prerrogativa pública, una ventaja otorgada al Estado por la ley; en ningún caso, una manifestación de la potestad *variandi* implícita o por voluntad de alguna de las partes. Dicho razonamiento es actualmente adoptado por la mayor parte de la doctrina latinoamericana y por el Perú.

Por ello, para la presente investigación, se asume la postura de las prerrogativas exorbitantes, por cuanto, consideramos que las cláusulas exorbitantes no son implícitas, y si bien no se puede negar la intervención del estado, estamos a favor de que esta intervención sea con mesura en supuestos específicos, asimismo a nivel doctrinario, la teoría de las cláusulas exorbitantes implícitas se encuentra actualmente superada.

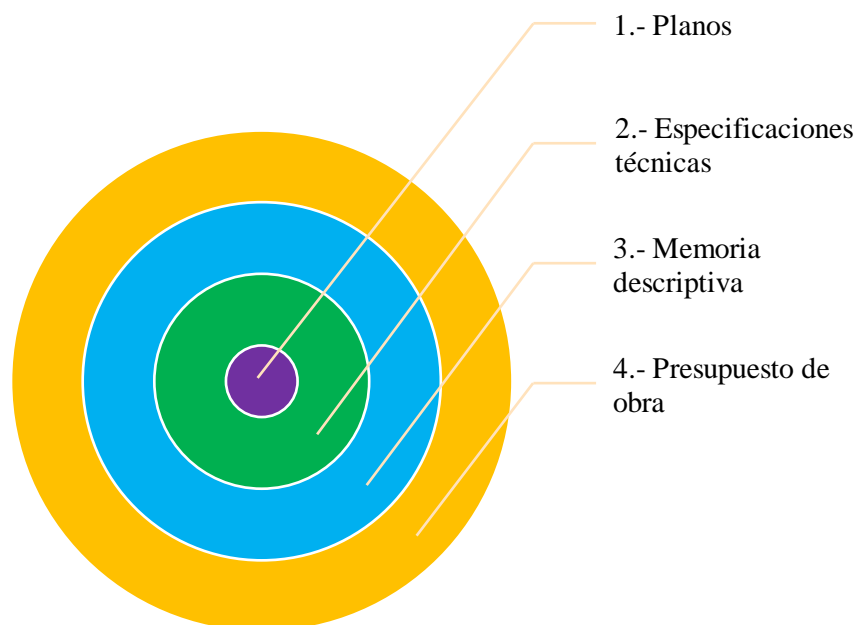
Interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública.

De la interpretación al expediente técnico de obra (Documento del procedimiento de selección que establecen reglas definitivas)

Respecto a la interpretación unilateral, en estricto no se encuentra regulado en nuestra normativa de contrataciones, sin embargo, una aproximación a la interpretación de un documento que forma parte del contrato, la encontramos en el artículo 35° del RLCE que respecto al expediente técnico de obra señala:

“Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico de obra, en ese orden de prelación”.

Figura N° 1.- Orden de prelación de los documentos que forman parte del expediente técnico.



Fuente: Artículo 35° del RLCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Desarrollando un orden de prelación de los documentos que forman parte de un expediente técnico de obra, que sigue así:



- 1.- Planos
- 2.- Especificaciones Técnicas
- 3.- Memoria Descriptiva
- 4.- Presupuesto de Obra

Sobre el particular, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del estado, en diversas opiniones (Opinión N° 013-2017/DTN, Opinión N° 051-2011/DTN) ha señalado que el expediente técnico se encuentra conformado por un conjunto de documentos (*memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas*), las que establecen directrices para la adecuada ejecución de una obra, de esta manera, cada documento que lo integra, contiene información relevante, ya sea técnica o económica, que no puede soslayarse al momento de ejecutar la obra, pues tienen una finalidad específica.

En tal sentido, todos los documentos que integran el expediente técnico son relevantes, por lo que, para la adecuada ejecución de una obra, es necesario interpretarlos en su conjunto.

Finalmente concluye que determinar el alcance y contenido de los contratos de obra, es necesario revisar en su conjunto todos los documentos que lo conforman, entre estos, el expediente técnico. A su vez, los documentos que conforman el expediente técnico deben ser interpretados en su conjunto para garantizar la adecuada ejecución de una obra, por lo que el orden de prelación establecido en la Ley, se aplicará únicamente cuando exista discrepancia entre los documentos que integran el contrato.

Siendo así, la normativa de contrataciones, al haber establecido que expediente técnico de obra, está conformado por los planos, especificaciones técnicas, memoria



descriptiva, presupuesto de obra, en ese orden de prelación, otorga a las entidades que en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, ejecutan obras, una herramienta para la administración de los contratos para su interpretación, sea durante el procedimiento de selección o ejecución contractual, pese a que el precepto normativo realiza ninguna precisión, dado que al estar precisado en la Ley de Contrataciones del Estado, los entes encargados de la solución de controversias durante la ejecución contractual, necesariamente tienen que velar por el cumplimiento de la LCE y su reglamento.

Método de interpretación utilizado para la interpretación del expediente técnico de obra

Conforme al artículo 35° del RLCE, por el que establece un orden de prelación de los documentos que forman parte del expediente técnico de obra, así como las opiniones del OSCE que complementan en el sentido de que este orden únicamente opera en caso de contradicciones entre los documentos que lo conforman, se aprecia que el sentido de ambas está orientada a una interpretación sistemática, en tanto se busca eliminar cualquier contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el expediente técnico de obra no pierda su finalidad, dado que constituye un todo unitario y debe ser interpretado en su totalidad, no admitiéndose separación, prefiriéndose la interpretación que da coherencia a todos los documentos que conforman un expediente técnico.

De la interpretación de las ofertas y las reglas definitivas del proceso de contratación.

El procedimiento de la contratación estatal, comprende de 3 fases:

1. Actuaciones preparatorias, son el conjunto de actuaciones administrativas destinadas a dar sustento al proceso de selección, de tal forma que el mismo se realice de manera válida, se inicia con la aprobación del Plan Anual de Contrataciones (PAC), e incluye el requerimiento que efectúa el área usuaria.



2. Procedimiento de selección, comprende desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro.
3. Ejecución contractual, en esta fase se ejecutan las prestaciones, comprende desde la suscripción del contrato y culmina con la respectiva conformidad emitida por la entidad y el pago.

Conforme a lo previamente descrito, la formación del contrato involucra directamente las fases de procedimiento de selección y ejecución contractual, dado que acorde al artículo 138° del RLCE, señala que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas (bases integradas), la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

En ese sentido, es necesario desarrollar la actuación de la administración pública y nuestro ordenamiento jurídico, en los supuestos de contradicción entre los documentos que forman parte del contrato, habida cuenta de que tal situación puede surgir tanto en la fase de procedimiento de selección o la ejecución contractual, se exceptúa para el presente análisis, las actuaciones preparatorias, debido a que constituyen actos de administración, donde no se manifiesta la intervención de un tercero.

Cuadro N° 1.- Interpretación de los documentos que forman parte del contrato durante el procedimiento de selección y ejecución contractual.

FASE \ VÍA	ADMINISTRATIVA	ARBITRAJE, JRD O CONCILIACIÓN
Procedimiento de selección	Se efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato durante la admisión, calificación o	No efectúa interpretación de los documentos que forman parte del contrato, puesto que corresponde ser dilucidado

	evaluación de ofertas que se encuentra a cargo de la entidad a través del OEC o comité de selección. Asimismo, el TCE como última instancia administrativa, revisa dichas decisiones.	por la vía administrativa ante la entidad o el TCE.
Ejecución contractual	La administración pública no se encuentra facultada para efectuar la interpretación unilateral del contrato durante la ejecución contractual, pues todas las controversias que surjan entre las partes, sobre la interpretación del contrato se deben dilucidar en vía arbitral, JRD o conciliación.	Por expreso mandato legal, se efectúa la labor de interpretación de los contratos en vía arbitral, JRD o conciliación.

Fuente: Ficha de análisis normativo.

1. Durante la ejecución contractual: La administración pública, no se encuentra facultada para efectuar la interpretación unilateral del contrato durante la ejecución del contrato, pues todas las controversias que surjan entre las partes, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, por expreso mandato legal del artículo 223° del RLCE, se deben dilucidar en vía arbitral, JRD o conciliación, ello a fin de evitar que en caso de conflictos, las partes se perjudiquen por la tradicional lentitud en resolver controversias por parte del Poder Judicial, es decir, prescinden de la vía administrativa y proceso contencioso administrativo.

Es así que, la interpretación del contrato durante la ejecución contractual, mediante arbitraje, JRD o conciliación, se efectúa de la integridad del contrato: El texto del contrato, los documentos del procedimiento de selección que establezcan



reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

- 2. Durante el procedimiento de selección:** En esta fase, la administración pública efectúa la interpretación de los documentos que forman parte del contrato: Ofertas y reglas definitivas del procedimiento (bases integradas), durante la admisión, calificación o evaluación de ofertas.

Asimismo, como última instancia administrativa, el TCE emite pronunciamiento respecto a las decisiones tomadas por la entidad, previa presentación de recurso de apelación al otorgamiento de la buena pro por parte de algún postor.

Es por ello que se procederá a analizar las resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, en razón de que constituyen la última instancia administrativa de las controversias que surgen en el procedimiento de selección, respecto a la interpretación de los documentos que forman parte del contrato.

Cuadro N° 2.- Análisis de Resolución N° 0238-2017-TCE-S1

Procedimiento de contratación	Licitación Pública N° 2-2016/SAN GABÁN S.A.
Monto adjudicado	USD\$ 2'088,954.00
Materia del recurso	Apelación al otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Andritz Hydro S.A. (adjudicatario)
Puntos controvertidos	Sobre la supuesta responsabilidad limitada del adjudicatario.
Argumentos del recurso presentado	Se cuestiona que la oferta del adjudicatario de forma unilateral incluyó una cláusula de limitación de responsabilidad no prevista en las bases integradas, a través de la prestación de un documento denominado "Aclaraciones comerciales", a través del cual, limita su responsabilidad, exceptuándose de



	<p>responsabilidad por los daños indirectos y consecuencias tales como lucro cesante, perdidas de ganancias y/o ingresos, costos de capital, daños indirectos o consecuencias de cualquier tipo o índole.</p>
Argumento del adjudicatario	<p>Expresa que no se incluyó este requisito según las bases integradas, sin embargo, a su parecer y de forma correcta no fue considerado por el comité de selección.</p>
Opinión de la entidad	<p>Mediante Informe Técnico Legal, ratificado a través de informe Técnico Legal Complementario, la entidad manifiesta que el documento comercial aludido no reviste relevancia, pues, a su entender, no afecta la validez de la oferta del Adjudicatario, razón por la cual, en su oportunidad, el comité de selección no lo tomó en consideración, además añade que la oferta cumple con todos los requisitos de admisión y calificación exigidos en las bases integradas del procedimiento de selección.</p>
Análisis efectuado por el tribunal de contrataciones	<p>El TCE llega a la conclusión que el documento “Aclaraciones comerciales”, contiene precisiones sobre aspectos que no fueron expresamente regulados en las bases integradas, Ley o Reglamento, lo que quiere decir, que su oferta va más allá de lo requerido y especificado por la Entidad, lo cual constituiría un cambio en las reglas de juego predispuestas.</p> <p>Asimismo, advierte que, en el pliego absolutorio de consultas y observaciones, el adjudicatario solicitó incluir en la proforma del contrato de las bases, la exclusión de responsabilidades, sin embargo, esta no fue acogida en su oportunidad por la entidad, por lo tanto, no constituían parte de las bases integradas, que vienen a ser las reglas de juego del procedimiento.</p> <p>En ese sentido, el TCE señala que tiene que entenderse que la oferta a presentar debe ser seria, firme, concreta, no indeterminada, ni contener cláusulas condicionales o contradictorias.</p> <p>Finalmente señala que la presentación de las ofertas es de entera y exclusiva responsabilidad de cada postor, por lo que las consecuencias de cualquier condicionamiento en su elaboración deben ser asumidas por este, por lo tanto, de una evaluación integral de la oferta del adjudicatario, el TCE advierte la existencia de una disposición no prevista y/o contemplada en las bases integradas que coloca en situación de riesgo a la Entidad, al incluirse en los términos y condiciones adicionales planteados, una referida a la limitación de su responsabilidad durante la etapa de ejecución contractual, aunado a ello, atendiendo a que lo establecido en</p>



	<p>las bases integradas no se modifica ni se condiciona, ello no puede ser ignorado por la Entidad, pues formará parte del contrato.</p> <p>Asimismo, una de las características de la contratación pública y que, a diferencia de la contratación privada, es que la libertad de negociación contractual del proveedor se encuentra restringida, ello debido a que la Administración hace prevalecer su esfera de poder, a través de la formulación casi integral del contrato público a suscribirse (proforma de contrato previsto en las bases administrativas), lo que limita el margen de negociación de este.</p>
Observaciones en el marco de la investigación.	<p>En el presente caso, se puede observar que en primera instancia el adjudicatario intentó que la cláusula condicionante sea aceptada por la entidad a través de la formulación de consultas y observaciones, sin embargo, esta no fue acogida, por consiguiente, no formaron parte de las bases integradas, y contrario a lo manifestado por la misma entidad, durante la evaluación de las ofertas si se acepta la oferta con esta cláusula condicionante, la misma que es contraria a las bases integradas.</p> <p>Siendo así, se concluye que el análisis efectuado por el TCE apoya la posición asumida en la presente investigación, en el sentido que, en primer lugar, se debe interpretar las bases del proceso, antes que la oferta o el mismo contrato.</p> <p>Y respecto a la conducta del adjudicatario, se observa su actuación de mala fe, dado que al presentar su consulta y/u observación, tenía pleno conocimiento que las bases no contemplaban dicha cláusula y que la entidad no la acogió, y pese a ello presentó el documento “aclaraciones comerciales” en su oferta, lo que contraviene el principio de integridad, mediante el cual, la administración como los administrados, están guiados por la honradez y veracidad, evitando cualquier práctica indebida.</p> <p>Es así que, en caso no hubiere mediado ningún recurso, se haya constituido un solo postor u otra situación, y se haya suscrito el contrato bajo estas condiciones, no puede constituir un derecho ganado por el contratista, motivo por el cual las bases deben primar por sobre los demás documentos sobrevivientes que conforman el contrato.</p>
Fecha de resolución	22 de febrero de 2017
Resultado	El colegiado del TCE considera que existe una “Cláusula condicional” en la documentación presentada por el adjudicatario, por lo que resuelve declarar fundado en ese



	extremo del recurso de apelación y revocar el otorgamiento de la buena pro.
--	---

Fuente: Resolución N° 0238-2017-TCE-S1

Cuadro N° 3.- Análisis de Resolución N° 0322-2019-TCE-S3

Procedimiento de contratación	Adjudicación Simplificada N° 038-2018/EP-UO 0794 (HMC) – Primera convocatoria – Procedimiento Electrónico
Monto adjudicado	S/ 237,097.50
Materia del recurso	Apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro a favor de Tecnologías Ecológicas Prisma SAC. (adjudicatario)
Puntos controvertidos	Determinar si corresponde revocar la descalificación de la oferta del Impugnante y, por su efecto, revocar el otorgamiento de la buena pro.
Argumentos del recurso presentado	Solicita se revoque la descalificación de su oferta y se otorgue la buena pro a su favor, debido a que en diversos segmentos de su oferta hizo referencia a una balanza electrónica con capacidad de 100 kg, cuando lo requerido por las bases integradas fue una con capacidad de 300 kg, en ese sentido señaló que al tratarse de un error material, correspondería que la entidad solicite subsanación de dicho documento en lugar de descalificar su oferta, dado que en otros documentos como declaración jurada de cumplimiento de los términos de referencia, denota que se comprometió a cumplir con todo lo solicitado en los aludidos términos.
Argumento del adjudicatario	Se apersonó al procedimiento, mas no absolvió el traslado del recurso.
Análisis efectuado por el tribunal de contrataciones	El TCE llega a la conclusión que no corresponde revocar la decisión del comité de selección que determinó la descalificación de la oferta del impugnante, debido a que la evaluación de las ofertas presentadas por los postores debe realizarse de forma integral o conjunta, lo que implica el análisis de la totalidad de los documentos, deben contener información consistente y congruente, que permita tener certeza del alcance de la oferta, caso contrario, corresponde declarar la no admisión o descalificación de la misma.



Observaciones en el marco de la investigación.	En el presente caso, el TCE otorga la razón a la decisión tomada por el comité de selección, al haber descalificado una oferta que contradecía las bases integradas, correspondiendo la no admisión o descalificación, según sea el caso, dado que de haberse declarado fundado el recurso, se habría permitido la negociación de las reglas del proceso.
Fecha de resolución	08 de marzo de 2019
Resultado	La sala resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto, confirmando el otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa Tecnologías Ecológicas Prisma SAC.

Fuente: Resolución N° 0322-2019-TCE-S3

En similar sentido, el TCE resuelve:

- Resolución N° 1950-2019-TCE-S2.- Concluye que toda información que contiene la oferta debe ser precisa, objetiva, clara y congruente entre sí y debe encontrarse conforme a lo requerido en las Bases Integradas a fin de que la Entidad pueda apreciar el real alcance de la misma y su idoneidad para satisfacer el requerimiento de la Entidad, más aún cuando no es función del comité de selección esclarecer ambigüedades o contradicciones.
- Resolución N° 1881-2019-TCE-S1.- En su análisis de puntos controvertidos señala que la información contenida en la oferta es contradictoria respecto al plazo de entrega del bien ofrecido, lo que impide conocer cuál es el real alcance de la oferta del impugnante.

Por lo tanto, es correcta la decisión del comité de selección de no admitir la oferta del impugnante por no acreditar de manera clara en su oferta, el plazo de entrega.

- Resolución N° 2367-2019-TCE-S1.- Señala que la normativa de contrataciones establece claramente que la información presentada por el postor, debe contener información objetiva, precisa y congruente entre sí, a fin de posibilitar que la



Entidad por medio del Comité de Selección verificar directamente que lo propuesto por los postores es concordante con lo requerido.

- Resolución N° 2734-2019-TCE-S2.- Concluye que no corresponde al Comité de Selección interpretar el alcance de una oferta, esclarecer ambigüedades, precisar contradicciones o imprecisiones, sino evaluar las propuestas conforme a las bases integradas, realizando un análisis integral que permita generar convicción de lo ofertado, sin posibilidad de interpretar hecho alguno.

Método de interpretación utilizado para la interpretación de la oferta y las reglas definitivas del procedimiento.

De la revisión de las resoluciones emitidas por el TCE, se observa que en caso de contradicciones entre la oferta y las reglas definitivas del procedimiento, el análisis que efectúan las salas del TCE, están orientadas a la aplicación del método de interpretación sistemático, en tanto busca la unidad lógica del futuro contrato, al preferir una interpretación que dé coherencia a todas las cláusulas, evita que la oferta sea interpretada de manera independiente y desvinculada, mostrando un sentido que no es acorde con las reglas definitivas del procedimiento, evitando así las contradicciones que se puedan presentar por el hecho de interpretar las cláusulas de manera independiente.

Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en caso surjan discrepancias entre las mismas, durante la fase de procedimiento de selección.

Como hemos observado, la administración pública realiza la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, únicamente en la fase de procedimiento de selección (durante la evaluación, calificación de la oferta, absolución de consultas y observaciones), y durante la ejecución contractual, el Perú garantiza el arbitraje, JRD y conciliación como medios de solución de controversias.



Es por ello que, bajo criterios objetivos y en merito a los principios de economía, eficiencia, celeridad, eficacia, teniendo en cuenta el procedimiento y los costos que implican un arbitraje (habida cuenta que la conciliación constituye una práctica limitada en la realidad y la JRD únicamente constituye un paso previo al arbitraje), y a las limitaciones que puedan tener las entidades públicas para iniciar estos procedimientos, se propone su regulación de la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, mediante la Ley de Contrataciones del Estado, considerando que las prerrogativas otorgadas a la Administración Pública deben ser otorgadas por Ley, dado que no resultan implícitas.

4.1.2. OBJETIVO ESPECIFICO 2

Revisar de qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública.

DERECHO PARAGUAYO

A la fecha, la Ley 2.051 de 2003, Ley de Contrataciones Públicas, en su artículo 55°, señala como potestad de la administración pública, la interpretación unilateral de los contratos, de suspensión y de resolución contractual, todas refiriéndose al concepto indeterminado “interés público”.

Podemos inferir que existen modulaciones de derecho público, más cerca estas a potestades que a prerrogativas o ventajas públicas, dada la interpretación unilateral de la Administración además de la facultad de suspender y resolver los contratos no por supuestos específicos, sino atendiendo a todo lo que pueda significar para el contratante, “razones de interés público”.

La diferencia esencial con la legislación nacional, radica en que, el ejercicio de esta prerrogativa debe ser fundada y pueden ser recurridas por los Contratistas o



Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva, además de imperar un régimen sancionador administrativo marcado contra los funcionarios y/o servidores que no cumplen lo la normativa de contrataciones.

Ahora bien, respecto a los documentos contractuales, señala que la oferta del postor, debe coincidir con los pliegos de Bases y Condiciones, sin desviación, reserva u omisiones significativas, caso contrario esta deberá ser rechazada por la entidad convocante, asimismo, los proveedores y contratistas también gozan de derechos, entre ellos a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de rescisión, resolución y modificación unilateral establecidos en esta ley, en su reglamento y en las bases.

Por otro lado, en lo que respecta a la interpretación de los documentos contractuales, existe normativa que establece un orden de prelación en casos de contradicción o diferencias entre los documentos que forman parte integral del contrato, es el caso por ejemplo de las obras, cuyas condiciones generales del contrato, fueron aprobadas por Resolución DNCP N° 3025, que en el Perú podría ser equiparable a las bases estándar, que a su vez son de uso obligatorio para las entidades que pretendan contratar bajo un determinado método. De esta manera, el derecho paraguayo, ampara la interpretación unilateral ejercida por la Administración Pública.

En la vía administrativa, durante la evaluación de ofertas.

La legislación paraguaya en su artículo 58° del Reglamento de la Ley N° 2.051/03 y modificatorias, señala que el convocante determinará si una oferta se ajusta al Pliego de Bases y Condiciones, para ello, se considera que una oferta se ajusta sustancialmente al pliego cuando concuerda con todos los términos, condiciones y especificaciones de los mismos, sin desviación, reserva u omisiones significativas, que afecten de manera sustancial el alcance y calidad de los bienes, servicios u obras, de suceder, afectaría la

competencia en igualdad de condiciones perjudicando a los demás oferentes cuyas ofertas se ajustan sustancialmente al Pliego de Bases y Condiciones. Finaliza señalando que toda oferta que no se ajuste al Pliego de Bases y Condiciones, será rechazada por la entidad convocante.

Durante la ejecución contractual

En la normativa de contrataciones de Paraguay, si se encuentra estipulada la prerrogativa de interpretación unilateral durante la ejecución contractual:

Cuadro N° 4.- Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Paraguay.

LEGISLACIÓN PARAGUAYA	
Precepto legal	Resolución DNCP N° 3025
Denominación	Condiciones generales del contrato de obras
Fecha de promulgación	09 de setiembre de 2016
Descripción de la normativa específica.	<p>4.2. Documentos Constitutivos del Contrato</p> <p><i>Los documentos contractuales firmados por las partes y que forman parte integral del contrato son los siguientes:</i></p> <p>(a) Contrato firmado;</p> <p>(b) Condiciones Especiales del Contrato (CEC);</p> <p>(c) Documentación técnica que contiene la descripción de las obras y las Especificaciones Técnicas, incluyendo la lista de cantidades preparada por la Contratante;</p> <p>(d) Cuando se citen como documentos contractuales en las CEC: Planos, memorias de cálculo, especificaciones de perforaciones necesarias, o resultados de perforaciones ejecutadas y documentación geotécnica;</p> <p>(e) Cuando se citen como documentos contractuales en las CEC el desglose y análisis de los precios unitarios;</p> <p>(f) Las Condiciones Generales del Contrato (CGC);</p>



LEGISLACIÓN PARAGUAYA	
	<p><i>g) La Oferta y la lista de precios unitarios presentada por el Oferente;</i></p> <p><i>(h) Reglamentos o normas técnicas generales aplicables a los tipos de trabajos objeto del Contrato y otros documentos similares referidos en las CEC.</i></p> <p><i>Los documentos que forman parte del Contrato deberán considerarse mutuamente explicativos; en caso de contradicción o diferencia entre los documentos que forman parte integral del Contrato, la prioridad de los mismos será en el orden enunciado anteriormente.</i></p>
Análisis y comparación respecto al Perú	<p>La legislación paraguaya, contempla la interpretación unilateral estableciendo un orden de prelación, en el cual, el texto del contrato suscrito tiene preponderancia sobre los demás documentos que integran el contrato, en ese sentido, es similar a la propuesta que se pretende desarrollar con la presente investigación, al establecer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato para su adecuada interpretación en caso surjan discrepancias entre los documentos que lo conforman, sin embargo difiere en el extremo de que el texto del contrato debe ser en última instancia el documento a interpretarse, dicha diferencia será discutida en el tercer objetivo.</p>

Fuente: Resolución DNCP N° 3025

DERECHO ARGENTINO

Regulado por el Decreto delegado 1023/01 y modificatorias “Régimen General de las Contrataciones de la Administración Nacional”, cuyo artículo 12° señala:

La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, (...). Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas.

Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.

Sin embargo, a diferencia del Perú corresponde a los tribunales en lo contencioso administrativo, las controversias “relativas a los contratos administrativos”, los mismos que serán, de forma congruente con la jurisprudencia y doctrina imperante.

Asimismo, Respecto a la interpretación de los documentos que forman parte del contrato, Anexo al Artículo 1 — Disposición ONC N° 63/2016 — Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, desarrolla la interpretación de los documentos que forman parte del contrato, otorgándoles un orden de precedencias para que estos puedan ser interpretados en conjunto en caso de existir discrepancias entre los mismos.

Cuadro N° 5.- Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Argentina.

LEGISLACIÓN ARGENTINA	
Precepto legal	Disposición ONC N° 63/2016
Denominación	Anexo al Artículo 1— Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.
Descripción de la normativa específica.	<p>Artículo 2.- Orden de prelación</p> <p><i>Todos los documentos que rijan el llamado, así como los que integren el contrato serán considerados como recíprocamente explicativos. En caso de existir discrepancias se seguirá el siguiente orden de prelación:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>a) Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.</i><i>b) Las disposiciones del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.</i><i>c) Las normas que se dicten en consecuencia del citado reglamento.</i><i>d) El manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que dicte la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o las</i>



	<p><i>normas que dicte dicha Oficina Nacional en su carácter de órgano rector.</i></p> <p><i>e) El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.</i></p> <p><i>f) El pliego de bases y condiciones particulares aplicable.</i></p> <p><i>g) La oferta.</i></p> <p><i>h) Las muestras que se hubieran acompañado.</i></p> <p><i>i) La adjudicación.</i></p> <p><i>j) La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso.</i></p>
Análisis y comparación respecto al Perú	<p>La legislación Argentina, contempla la interpretación unilateral en caso de discrepancias entre los documentos que forman parte del Contrato y la normativa aplicable, estableciendo un orden de prelación, en el cual, las bases , encontrándose en ultimo orden el texto del contrato, en ese sentido, es similar a la propuesta que se pretende desarrollar con la presente investigación, dado que se pretende establecer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato para su adecuada interpretación en caso presenten discrepancias, en donde el texto del contrato es el último documento a interpretarse.</p>

Fuente: Disposición ONC N° 63/2016, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

DERECHO COLOMBIANO

Los contratos estatales, se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, entre las potestades establecidas en su marco normativo, se encuentran:

- ✓ La modificación del contrato.
- ✓ La interpretación unilateral.
- ✓ La terminación unilateral.
- ✓ La cláusula penal pecuniaria, la declaratoria de incumplimiento, entre otras.

Asimismo, respecto a los supuestos de interpretación unilateral, fueron desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia, que, a diferencia de Perú, las instancias judiciales, no pueden pronunciarse respecto al fondo de las decisiones arbitrales que puedan presentarse, debido a que los medios de solución de controversias propuesto en la normativa peruana, no sufrieron rechazo alguno, esto debido a que constituyeron un medio más eficiente frente a la conocida lentitud de la vía judicial en la resolución de conflictos.

Respecto a la interpretación unilateral, específicamente se señala:

Cuadro N° 6.- Interpretación de los documentos que forman parte del contrato en Colombia.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA	
Precepto legal	Ley 80 de 1993
Denominación	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
Descripción de la normativa específica.	<i>“ARTICULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.”</i>
Análisis y comparación respecto al Perú	La legislación Colombiana, contempla la interpretación unilateral en caso de discrepancias entre los documentos que forman parte del Contrato, otorgando la posibilidad de que la Administración pueda ejercer esta facultad, sin embargo a diferencia de Perú que no hubo ningún rechazo



del Arbitraje y otros medios de solución de controversias, Colombia desarrolló jurisprudencialmente a través de la Corte Constitucional esta prerrogativa en Sentencia: C-1514-2000, por el que se declara constitucional citado artículo, entendiéndose que la administración pública está autorizada interpretar unilateralmente cuando se cumplan dos requisitos concurrentes, que las disposiciones objeto de interpretación puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer; y, que exista un intento de acuerdo previo, ello con la finalidad de asegurar el cumplimiento de un mandato constitucional: *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (Constitución Política de Colombia. art. 365).

En ese sentido, la Corte Constitucional la considera razonable, pues el legislador ha autorizado a la administración para que en las circunstancias previstas en la disposición, con el objeto de asegurar el cumplimiento de un mandato de la Constitución, el legislador ha autorizado a la administración para que la prestación de los servicios públicos (elemento de su eficiente prestación) no se vea interrumpida mientras se resuelven las diferencias entre la administración y el contratista sobre la ejecución del contrato.

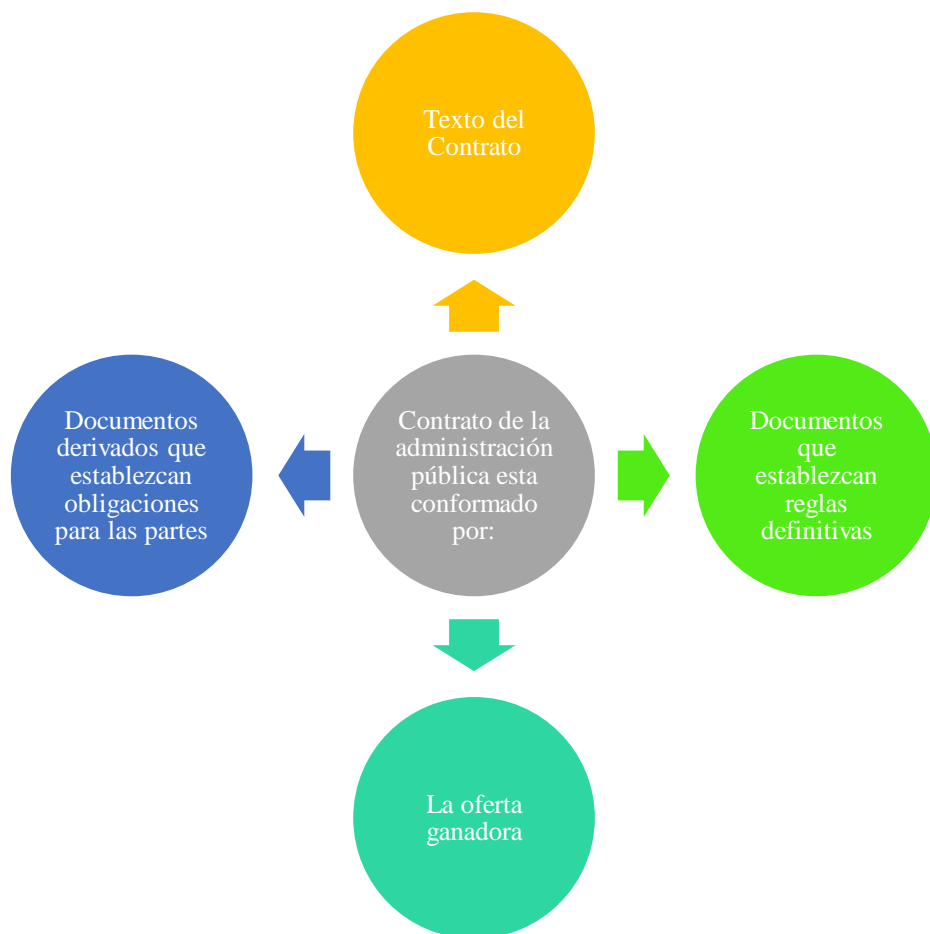
Además, que la ley ha previsto que el contratista tiene el derecho de solicitar *“que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”* (Ley 80 de 1993 artículo 5° inciso 2 del numeral 1°, artículo 14 numeral 1), con lo cual resulta claro que el interés económico del contratista se ve preservado frente a las decisiones de la administración.

Fuente: Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4.1.3. OBJETIVO ESPECIFICO 3

Proponer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual.

Figura N° 2.- Documentos que forman parte del Contrato en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado



Fuente: Artículo 138 del RLCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF

El contrato administrativo no se refleja en el texto del contrato final, sino es un instrumento unitario e integrado por las declaraciones y actuaciones de ambas partes a lo largo de su formación, estos documentos, hacen que el contrato estatal sea un todo complejo, donde los derechos y obligaciones contractuales, se conforman durante un

proceso progresivo, a través de las actuaciones de las entidades y postores, desde antes de la convocatoria hasta la suscripción del documento contractual.

Cuadro N° 7.- Esquema para la formación del contrato

DECLARACIONES DE VOLUNTAD PARA LA FORMACIÓN DEL CONTRATO	DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL EN QUE SE PLASMAN
<p>1. El anuncio de la contratación, con las reglas del contrato, pidiendo a terceros que fijen los elementos restantes, por ejemplo, precio, mejoras, plan de trabajo, etcétera;</p>	<ul style="list-style-type: none">✓ Bases Administrativas.- Las bases deben contener, como mínimo, la identificación del objeto del contrato requerido y las obligaciones y derechos de las partes; requisitos para postular; características técnicas de lo que se va a contratar; plazo de ejecución de la prestación; sistema de contratación; cronograma de las etapas del proceso de selección; factores de competencia; método de evaluación y calificación de la propuesta; proforma de contrato; valor referencial del contrato; rangos admisibles; tipo de moneda de la oferta; contenido de las propuestas que deben presentarse.✓ Absolución de consultas y observaciones.✓ Bases Integradas. - La entidad convocante fija las reglas definitivas del proceso, luego de haber realizado la absolución de consultas y observaciones, y de ser el caso, el pronunciamiento del OSCE. <p>Formalmente, la voluntad del contratista se produce por adhesión a las condiciones previamente fijadas por el Estado.</p>
<p>2. La formulación de las ofertas de los interesados, quienes se adhieren a las reglas del contrato; la voluntad del contratista debe desarrollarse conforme a Ley para poder ser válida y formar un consentimiento válido por el derecho público.</p>	<p>Oferta. - Es el acto jurídico mediante el cual el ofertante, con base a lo establecido en la ley y en las bases, realiza una declaración de voluntad hacia la entidad convocante en respuesta a la invitación efectuada, presentando su mejor propuesta.</p> <p>Jurídicamente, tiene las siguientes características:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Firme, dado que la manifestación de voluntad es inmodificable, ni condicionante;✓ Plena, porque debe contener la sujeción a lo solicitado por la entidad convocante y agregar exclusivamente aquello solicitado en las bases (por ejemplo: precios, mejoras, características dentro del rango permitido), de modo que la oferta sea adecuada cabalmente a lo exigido para configurar el contrato, esta plenitud



	permite a la autoridad conocer la intencionalidad completa del oferente, sin poder adicionar más información posteriormente o tener que formular contrapropuestas o negociaciones, dado que los márgenes de libertad con que cuentan son limitados.
3.- La adjudicación del contrato.	Perfeccionamiento del contrato. - Es el momento final del proceso de selección, tiene por objetivo completar documentación e información requerida al postor y, para ambas partes, documentar el acuerdo por escrito y suscribirlo por medio de sus representantes autorizados. A dicho efecto, el ganador de la buena pro debe documentos estipulados en la normativa, y según lo pidan las bases específicas de cada caso, contratar seguros y entregar las pólizas, acreditar el financiamiento del proyecto, etcétera. El contrato recoge lo establecido en las bases integradas y la oferta ganadora, la misma que fue evaluada previamente por la entidad contratante.

Fuente: Ficha de análisis documental (Anexo 1.1)

En caso de existir contradicción entre los documentos contractuales durante la ejecución contractual, existen dos tesis posibles.

A) LA TESIS UNILATERALISTA: Que sostiene que predominan las bases, debido a que fueron elaborados por la administración pública, fijando condiciones que fueron aceptadas por el postor y ningún documento posterior (de parte del postor o de la propia entidad) podrían modificarla.

La presente investigación se acoge a esta tesis, por los siguientes fundamentos:

1. La primera manifestación de voluntad la entidad nace en la invitación a participar que realiza la entidad a los particulares, la misma que se materializa con la publicación de las bases administrativas, seguidamente, los participantes, si bien, no se les permite negociar o condicionar lo requerido por la Administración) están permitidos de efectuar consultas y observaciones a las bases, finalmente, se integran las bases con las consultas y/u observaciones acogidas.



2. Seguidamente el participante, efectúa su mejor oferta la misma que debe cumplir con ser unilateral, firme, plena, de carácter recepticio e irrevocable.

La entidad no podría aceptar una oferta que contraviene las bases, primero porque la legislación no le permite negociar los términos del requerimiento de la entidad, no puede modificarlas unilateralmente, no puede condicionarlas, salvo efectuar consultas y observaciones.

Asimismo, la integración de las bases, constituye un acto no impugnabile, por consiguiente, no modificable, al respecto, el artículo 52° del RLCE señala *“Las bases integradas no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad (...)”*

Lo que quiere decir, en caso la entidad haya aceptado una oferta contraria a las bases, estaría contraviniendo los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato, competencia e integridad, principios que rigen toda contratación.

3. Finalmente, si la entidad decide celebrar un contrato con cláusulas que contravienen las bases administrativas y/o la oferta, estaría contraviniendo los principios de:

- ✓ Libertad de concurrencia y competencia: Debe promover que la concurrencia de postores tenga amplitud, objetividad e imparcialidad (calidad de los postulantes), sin embargo, si el texto del contrato contenga cláusulas contradictorias a la oferta o a las bases administrativas, no se estaría actuando con objetividad e imparcialidad.
- ✓ Igualdad de trato: De acuerdo con este principio, todo postor de bienes, servicios, obras o consultoría debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia



de privilegios, ventajas o prerrogativas, en ese sentido, en la evaluación de las ofertas, la entidad debe sujetarse estricta y uniformemente a las bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlas, alterarlas o completarlas, y evaluando integralmente la oferta.

- ✓ Integridad: Mediante el cual, los actos de los sujetos que intervienen en cualquier etapa del proceso de la contratación estatal -tanto la administración como los administrados- están guiados por la honradez y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, en ese sentido, el postor no debería incluir en su oferta cláusulas que contravienen lo establecido en las bases, del mismo modo, la entidad no debería efectuar modificaciones a las bases o a la oferta sin el debido sustento.
 - ✓ Eficacia y eficiencia, conforme a estos principios, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, de modo que si estas son modificadas, no se cumplen con los objetivos por los que se llevó a cabo el procedimiento contractual.
 - ✓ El principio de equidad, este principio implica que las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, es decir, si las reglas del juego son cambiadas por la entidad o por el contratista, rompen el equilibrio existente a favor de uno u otro.
4. Coincidimos con autores como Agustín Gordillo, quien señala que toda variación que se introduzca al pliego (bases), es desde luego nula, de admitirse que el contrato puede modificar el pliego, se destruye todo el sistema de la contratación pública: publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad; es lo mismo que no hacer ningún procedimiento, sino contratación directa y ello importa la nulidad de las cláusulas

del instrumento del contrato que se aparten de las normas que rigieron el llamado.
(Gordillo, 2003)

5. *Posición asumida por el OSCE frente a discrepancias de los documentos contractuales.*

El OSCE no interviene en las controversias que pudieran surgir durante la ejecución contractual, sin embargo, se le ha consultado y ha emitido diversas opiniones, en las que se muestra a favor de la tesis unilateralista, señalando que las bases priman por sobre las demás manifestaciones de voluntad, ya sea por parte del contratista o de la misma entidad, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 8.- Posición del OSCE respecto a las discrepancias de los documentos contractuales.

OPINIÓN N°	CONSULTA	PRONUNCIAMIENTO DE LA DIRECCIÓN TÉCNICO NORMATIVA DEL OSCE
010- 2019/DT N	Se efectúa la consulta, si previo a la firma del contrato es posible modificar las reglas definitivas del procedimiento de selección (bases integradas, planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros), si es que, por omisión, defecto, error o cualquier causal o motivo se hubiese incluido una cláusula o modificación que trasgreda o colisione con las reglas definitivas del procedimiento de selección.	El contrato debe ajustarse a las Bases integradas, las cuales no pueden ser modificadas con ocasión de la suscripción del contrato, ya que alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales del postor, vulnerando los principios de igualdad, competencia, concurrencia y eficiencia que rigen la contratación pública. Además, señala que, si fuera el caso que, en la suscripción del contrato, se incorpora alguna variación a las bases integradas, debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos.
010- 2019/DT N	¿Qué pasaría si por error, se firma un Contrato, y este difiere de las reglas definitivas establecido en los documentos del procedimiento de selección (bases integradas, planos,	El OSCE señala que, si durante la suscripción del contrato se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación (por error, omisión, deficiencia u



	<p>expediente técnico, entre otros)? ¿Este error o modificación incluida en el contrato suscrito constituye un derecho ganado por la Entidad o por el Contratista; o debe repararse dicha situación y cumplir con la normativa de contrataciones del Estado?</p>	<p>otra circunstancia), esta última debe considerarse como inexistente e incapaz de desplegar efectos jurídicos; en consecuencia, solo resultan exigibles aquellas obligaciones que se ajusten a lo señalado en los documentos que conforman el contrato, dentro de los cuales se encuentran las Bases Integradas.</p>
<p>010- 2019/DT N</p>	<p>Se consulta que en caso la modificación por error, omisión, deficiencia u otra circunstancia, no constituye un derecho ganado por la Entidad ni por el Contratista. ¿Cuál sería la vía idónea para reparar dicha situación: (a) que se declare la nulidad parcial en el extremo viciado del Contrato retrotraerse el mismo y enmendar dicha situación; o, (b) la suscripción de una adenda al contrato que corrija las deficiencias de errores que colisionan con las reglas definitivas del procedimiento de selección?”</p>	<p>Señala que el mecanismo de modificación cuando un contrato haya sido firmado contraviniendo las reglas definitivas del procedimiento de selección no se encuentra directamente dispuesto en el artículo 34 de la Ley; pero no por ello está negada la posibilidad de modificaciones con la finalidad de corregir errores que colisionan con las reglas definitivas del procedimiento.</p> <p>Asimismo, propone que la Entidad de manera excepcional adopte las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, con la finalidad de ajustar el contenido del contrato a las disposiciones del ordenamiento legal vigente.</p>
<p>039- 2019/DT N</p>	<p>Se efectúa la consulta si en un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, la Entidad estableció en las Bases y Contrato distintos plazos de entrega para la recepción de bienes. En esa situación ¿Cuál de los plazos de entrega de bienes prevalece?</p>	<p>Las partes no podían modificar las condiciones previstas en las Bases integradas con ocasión de la suscripción del contrato, ya que se alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales bajo los cuales fue adjudicada la buena pro, vulnerando los principios que regían la contratación pública; en tal sentido, solo resultaban exigibles aquellas obligaciones que se ajustaran a lo señalado en las Bases Integradas.</p>

133- 2018/DT N	¿Es válido que la Entidad convocante modifique una de las Cláusulas de la 'Proforma del Contrato' que forma parte de las Bases del proceso de selección y, con ello, los propios 'Términos de Referencia' de la contratación; considerando que el postor adjudicatario formuló su oferta económica conforme las reglas previstas en dichos documentos ('Términos de Referencia' y 'Proforma de Contrato')?	La Entidad, con ocasión de la suscripción, no podía modificar unilateralmente las condiciones contempladas en la proforma de contrato de las Bases Integradas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, toda vez que estas últimas constituían las reglas definitivas del proceso de selección y no podían ser modificadas por autoridad administrativa alguna. Solo eran exigibles las obligaciones que se ajustaban a lo señalado en el conjunto de documentos que conformaban el contrato.
243- 2017/DT N	Consultan si es que los funcionarios de la Entidad pueden unilateralmente modificar las cláusulas de la proforma del contrato o incluir nuevas cláusulas que dispongan condiciones que no se encontraban previstas en las Bases Integradas del proceso de selección.	Las Bases integradas, y que éstas últimas constituían las reglas definitivas del proceso de selección, no pudiendo ser modificadas por autoridad administrativa alguna, por lo tanto, la Entidad no podía modificar unilateralmente las condiciones contractuales con ocasión de la suscripción del contrato.

Fuente: Opinión N° 010-2019/DTN, Opinión N° 039-2019/DTN, Opinión N° 133-2018/DTN, Opinión N° 243-2017/DTN.

Al respecto, coincidimos con la posición asumida por el OSCE al señalar que no se podría modificar durante la suscripción del contrato, ya que alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales del postor, vulnerando los principios de igualdad, competencia, concurrencia y eficiencia que rigen la contratación pública, sin embargo, cuando en el contrato se incorpora alguna variación a las reglas definitivas de la contratación, la administración pública, no puede considerarse como inexistente e incapaz de efectos jurídicos, dado que nuestro ordenamiento jurídico, no reconoce la prerrogativa de interpretación unilateral y menos aún si es implícita, por el contrario, está garantizado otros medios de solución de controversias, como el arbitraje, JRD o conciliación sin reserva de materias, en ese sentido durante la



administración del contrato, la administración pública no se encuentra legitimada para exigir al contratista el cumplimiento de las bases integradas por sobre el texto del contrato.

Por otro lado, discrepamos en el sentido de que la corrección a lo establecido en el texto del contrato y que contraviene las bases administrativas constituyan un supuesto de modificación al contrato, sino que este supuesto corresponde a la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato.

Finalmente, la propuesta de que la Entidad de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, adopte las acciones conducentes a la corrección de los términos contractuales, constituye un reconocimiento de las prerrogativas exorbitantes implícitas, que doctrinariamente constituye una teoría superada y nuestro ordenamiento jurídico no lo reconoce.

6. *Legislación argentina*

En similar sentido, la legislación argentina establece el supuesto de interpretación unilateral del contrato, donde el texto del contrato constituye el último documento a interpretarse.

Cuadro N° 9.- Orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato en Argentina.

LEGISLACIÓN ARGENTINA	
Descripción de la normativa específica.	<i>Artículo 2.- Orden de prelación</i> <i>Todos los documentos que rijan el llamado, así como los que integren el contrato serán considerados como recíprocamente explicativos. En caso de existir discrepancias se seguirá el siguiente orden de prelación:</i>

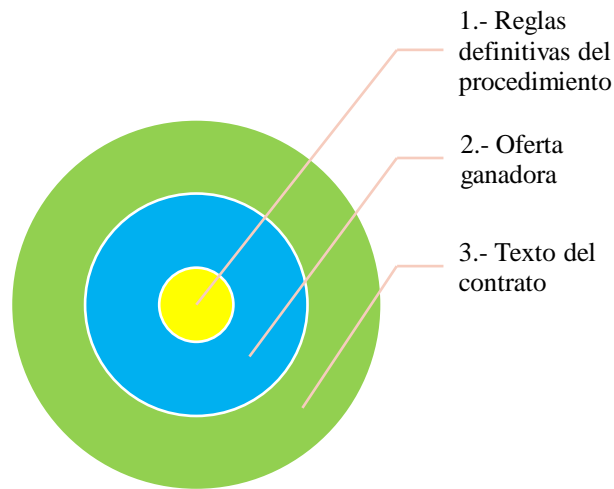


	<p>a) <i>Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.</i></p> <p>b) <i>Las disposiciones del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.</i></p> <p>c) <i>Las normas que se dicten en consecuencia del citado reglamento.</i></p> <p>d) <i>El manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional que dicte la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES o las normas que dicte dicha Oficina Nacional en su carácter de órgano rector.</i></p> <p>e) <i>El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.</i></p> <p>f) <i>El pliego de bases y condiciones particulares aplicable.</i></p> <p>g) <i>La oferta.</i></p> <p>h) <i>Las muestras que se hubieran acompañado.</i></p> <p>i) <i>La adjudicación.</i></p> <p>j) <i>La orden de compra, de venta o el contrato, en su caso.</i></p>
Observaciones	<p>La legislación argentina, incluye un orden de prelación, no solamente de los documentos que forman parte del contrato, sino también de la normativa aplicable.</p> <p>Se asemeja a la propuesta que se pretende desarrollar, puesto que, en el orden propuesto, priman las bases, seguidas de la oferta, para finalmente interpretar el contrato u orden de compra según corresponda.</p>

Fuente: Disposición ONC N° 63/2016, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En la línea de la tesis unilateralista, por los argumentos señalados en los puntos 1 al 4, la misma que coincide con la posición asumida por el OSCE y con la legislación argentina, se propone el siguiente orden de prelación para la interpretación de los documentos que forman parte del contrato:

Figura N° 3.- Propuesta de Orden de prelación de los documentos que forman parte del Contrato Administrativo.



Fuente: Ficha de análisis documental (Anexo 1.1)

Propuesta donde priman las reglas definitivas del procedimiento sobre la oferta ganadora y finalmente el texto del contrato, con la finalidad de que en supuestos de contradicción entre los documentos que forman parte del contrato, permita una interpretación, armonizando el interés público perseguido por la administración, sin afectar el interés privado del contratista, cuidando el equilibrio económico, por los siguientes fundamentos:

- La propuesta del establecimiento de un orden de precedencias, incentiva contratos perfectos, dado que es una forma de uso de reglas que rompen nudos que generan ambigüedades, en ocasiones tiene reconocimiento expreso, como es el caso del artículo 1401° del Código Civil peruano, que establece que *“las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra”*, ello se deriva, de acuerdo a la doctrina, del principio de buena fe, las partes, al celebrar un contrato, deben colaborar una con la otra parte para evitar ambigüedades.



- Incentiva al ofertante ser claro en su declaración en aplicación del principio de buena fe e integridad. Tiene la carga de usar un lenguaje que no se preste, a interpretaciones ambiguas o equívocas. Y la consecuencia de ello es que cuando el declarante no es claro, el término debe ser interpretado en contra de su interés.
- De esta manera, el contratista tendrá presente que, si opta por modificar las reglas del contrato con su oferta, esta no será interpretada a su favor, del mismo modo, si la entidad modifica las bases o la oferta durante el perfeccionamiento del contrato, esta constituirá un incumplimiento a la normativa el mismo que podría devenir en responsabilidad administrativa, de este modo si es que no media justificación de por medio, así las precauciones podrán ser tomadas por ambas partes.
- El método de interpretación utilizado, en concordancia al utilizado en la vía administrativa durante el procedimiento de selección, sería la interpretación sistemática, derivado del principio de unidad del contrato, en tanto el contrato constituye un todo unitario que debe ser interpretado en su totalidad, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
- Asimismo, la propuesta de la Figura N° 3 obedece al método de interpretación teleológica o funcional, de acuerdo con este criterio, toda labor de interpretación se debe buscar o preferir aquella que sea consistente con el objeto o la finalidad pública del contrato, entendiéndose que constitucionalmente, la utilización de fondos públicos para las obras y adquisición de suministros se ejecutan obligatoriamente por contrata, y bajo los procedimientos que establece la LCE, y como lo expresaba Agustín Gordillo, el hecho de modificar las reglas definitivas del procedimiento destruye todo el sistema de la contratación pública: publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad; es lo mismo que no hacer ningún procedimiento, sino contratación directa.

- Es necesario precisar que la propuesta formulada, opera únicamente en casos de contradicción entre documentos que forman parte del contrato, más no cuando esta incluye contravención a la normativa, en cuyo caso, es de aplicación, lo establecido en el numeral 45.10 del artículo 45 de la LCE *“Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.”*
- Asimismo, se promueve la integración del contrato por interpretación, en lugar de optar por la nulidad del contrato, o la resolución, siguiendo la misma línea de la LCE, que promueve la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones.
- Finalmente, se realiza las siguientes precisiones, a fin de determinar la aplicación de citada propuesta para los diferentes métodos de contratación:

Cuadro N° 10.- Precisiones a la propuesta del trabajo de investigación.

MÉTODOS DE CONTRATACIÓN	ETAPAS	PRECISIONES	ORDEN DE PRELACIÓN DE LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DEL CONTRATO
La licitación pública	A) Convocatoria. B) Registro de participantes. C) Formulación de consultas y observaciones. D) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases. E) Presentación de ofertas. F) Evaluación de ofertas. G) Calificación de ofertas. H) Otorgamiento de la buena pro.	Conforme a las etapas que conforman este método de contratación, si corresponde la aplicación de la propuesta formulada.	1.- Reglas definitivas del procedimiento (bases integradas, expediente técnico, etc) 2.- Oferta. 3.- Texto del Contrato.



El concurso público	A) Convocatoria B) Registro de participantes C) Formulación de consultas y observaciones D) Absolución de consultas, observaciones e Integración de bases E) Presentación de ofertas F) Calificación de ofertas G) Evaluación de ofertas H) Otorgamiento de la buena pro.	Conforme a las etapas que conforman este método de contratación, si corresponde la aplicación de la propuesta formulada.	1.- Reglas definitivas del procedimiento (bases integradas, expediente técnico, etc) 2.- Oferta. 3.- Texto del Contrato.
La adjudicación simplificada.	A) Convocatoria B) Registro de participantes C) Formulación de consultas y observaciones D) Absolución de consultas, observaciones e integración de bases E) Presentación de ofertas F) Evaluación y calificación G) Otorgamiento de la buena pro.	Conforme a las etapas que conforman este método de contratación, si corresponde la aplicación de la propuesta formulada.	1.- Reglas definitivas del procedimiento (bases integradas, expediente técnico, etc) 2.- Oferta. 3.- Texto del Contrato.
Selección de consultores individuales	A) Convocatoria, con la solicitud de expresión de interés. B) Registro de participantes C) Recepción de expresión de interés D) Calificación y evaluación E) Otorgamiento de la buena pro	Las reglas definitivas del proceso la conforman la solicitud de expresión de interés, la equivalente a las bases integradas en la adjudicación simplificada, concurso público y licitación pública. Del mismo modo, la expresión de interés es el equivalente a la oferta.	1.- Reglas definitivas del procedimiento (Solicitud de expresión de interés) 2.- Expresión de Interés. 3.- Texto del contrato.

Comparación de precios	- Cotizaciones	Queda exceptuada de la propuesta formulada dado que no se presentan las etapas analizadas, sino únicamente cotizaciones.	No aplica.
La subasta inversa electrónica	A) Convocatoria. B) Registro de participantes, registro y presentación de ofertas. C) Apertura de ofertas y periodo de lances. D) Otorgamiento de la buena pro.	Las reglas definitivas del proceso únicamente son las bases administrativas, dado que, en este método, no se efectúan consultas y/u observaciones.	1.- Reglas definitivas del procedimiento (Bases administrativas). 2.- Contrato.
Contratación directa	- Sin etapas	Queda exceptuada de la propuesta formulada dado que no se presentan las etapas analizadas.	No aplica.

Fuente: RLCE, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Cabe recalcar que por las etapas que se llevan a cabo en cada método de contratación, la propuesta formulada únicamente es aplicable en los procedimientos de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales y subasta inversa electrónica, exceptuándose la comparación de precios y la contratación directa por las particularidades de dichos procedimientos.

Finalmente, en caso de haber otros documentos derivados que establezcan obligaciones para las partes, estos serán interpretados, teniendo en cuenta el orden de concurrencia de voluntades, utilizando en método de interpretación sistemática y teleológica, tomando como punto de partida el anuncio de la contratación, con las reglas del contrato fijados por la entidad.

B) TESIS DE LA PROGRESIVIDAD EN LA CONFORMACIÓN DE LA VOLUNTAD.

Contrario a la tesis unilateralista, existe otra tesis, que apelando a la progresividad en la conformación de la voluntad señala que debe predominar el contrato suscrito porque ha sido generado posteriormente y recoge todas las modificatorias que pudieran haber alterado o complementado las bases, a esta posición se suman la legislación paraguaya y autores como Morón Urbina.

Cuadro N° 11.- Orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato en Paraguay.

LEGISLACIÓN PARAGUAYA	
Precepto legal	Resolución DNCP N° 3025
Denominación	Condiciones generales del contrato de obras
Descripción de la normativa específica.	<p>4.2. Documentos Constitutivos del Contrato</p> <p><i>Los documentos contractuales firmados por las partes y que forman parte integral del contrato son los siguientes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>(a) Contrato firmado;</i><i>(b) Condiciones Especiales del Contrato (CEC);</i><i>(c) Documentación técnica que contiene la descripción de las obras y las Especificaciones Técnicas, incluyendo la lista de cantidades preparada por la Contratante;</i><i>(d) Cuando se citen como documentos contractuales en las CEC: Planos, memorias de cálculo, especificaciones de perforaciones necesarias, o resultados de perforaciones ejecutadas y documentación geotécnica;</i><i>(e) Cuando se citen como documentos contractuales en las CEC el desglose y análisis de los precios unitarios;</i><i>(f) Las Condiciones Generales del Contrato (CGC);</i><i>(g) La Oferta y la lista de precios unitarios presentada por el Oferente;</i>



LEGISLACIÓN PARAGUAYA	
	<p><i>(h) Reglamentos o normas técnicas generales aplicables a los tipos de trabajos objeto del Contrato y otros documentos similares referidos en las CEC.</i></p> <p><i>Los documentos que forman parte del Contrato deberán considerarse mutuamente explicativos; en caso de contradicción o diferencia entre los documentos que forman parte integral del Contrato, la prioridad de los mismos será en el orden enunciado anteriormente.</i></p>

Fuente: Resolución DNCP N° 3025

El método de interpretación utilizado en es el literal, donde se presume que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes.

Discrepamos con esta posición, por los siguientes motivos:

- La voluntad del contratista también debe desarrollarse conforme a Ley para poder ser válida y formar un consentimiento válido por el derecho público, por ejemplo, contar con un Registro Nacional de Proveedores para ser habilitado como postor, adherirse a las bases, cumplir con el perfeccionamiento del contrato bajo las condiciones estipuladas por la entidad, en general no puede negociar los términos del contrato, los márgenes de libertad con que cuentan son limitados, planteamiento de consultas y observaciones en caso discrepase con los términos de las bases, proponer mejoras, precios, pero siempre condicionados a la decisión final de la administración pública. Formalmente, la voluntad del contratista se produce por adhesión a las condiciones previamente fijadas por el Estado. En caso de



condicionar o contradecir las bases, corresponde la interpretación unilateral, a fin de hacer prevalecer las bases por sobre la oferta, y no reconocerle un derecho ganado por el contratista.

- Se justifica la legislación paraguaya, pues cada legislación ceden objetivamente posiciones ante la necesidad de los Estados de captar inversiones, en cambio recae completamente la responsabilidad sobre los funcionarios y/o servidores intervinientes, es así que cuenta con un sistema sancionador marcado a diferencia del Perú, puesto que incluso la sola contravención a la normativa de contrataciones, constituye una infracción y una causal para el inicio de un procedimiento administrativo, esto implica dejar de lado el interés público por sobre el interés particular; a diferencia la propuesta formulada, se permite tomar precauciones a ambas partes.
- Igualmente, según el mandato constitucional, las entidades públicas carecen de habilitación para concertar directamente la contratación, y necesariamente debe seguir un procedimiento preestablecido, quiere decir que, la voluntad de la administración pública no puede ser otra, más que la señalada positivamente en la ley. Por lo que, en la elaboración del contrato, no podría cambiar lo previamente estipulado por las bases o la oferta, y si fuere el caso, correspondería a la entidad efectuar la interpretación unilateral, en aras de no desnaturalizar el objeto del contrato y las condiciones bajo las cuales fue adjudicado al contratista.



V. CONCLUSIONES

En la investigación “La facultad de interpretación unilateral para la integración del contrato de la administración pública en el Perú”, se llegaron a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Se llegó a la conclusión que la administración pública en la vía administrativa y durante la fase de procedimiento de selección, efectúa una interpretación orientada al método sistemático de los documentos que forman parte del contrato, siendo el orden de interpretación en caso de contradicción de los documentos que forman el contrato, el siguiente: i) Reglas definitivas del proceso y ii) Oferta; sin embargo, durante la ejecución contractual, la legislación peruana, no contempla la facultad de interpretación unilateral del contrato, pues todas las controversias que surjan entre las partes sobre la interpretación, por expreso mandato legal se deben dilucidar en vía arbitral, Junta de Resolución de Disputas o conciliación, pese a que doctrinalmente la administración pública cuenta con la prerrogativa de interpretación unilateral.

SEGUNDA. De la revisión y análisis de la legislación extranjera, se concluye que en Paraguay, Argentina y Colombia, la normativa de contrataciones, reconoce la prerrogativa de interpretación unilateral en la ejecución contractual. En Paraguay y Argentina, establecen un orden de prelación en caso de discrepancias o contradicciones entre los documentos que forman parte del contrato; por su parte, el Derecho Colombiano limita la interpretación unilateral en el supuesto de paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer.

TERCERA. Se concluye que, en los supuestos de discrepancias entre los documentos que integran el contrato durante la ejecución contractual, el orden de prelación de los documentos para la interpretación unilateral, que armoniza el interés



público perseguido por la administración pública y cuida el equilibrio económico, sin afectar el interés privado del contratista, es el siguiente: i) Reglas definitivas del proceso, ii) Oferta y iii) Texto del contrato, el mismo que se encuentra detallado para cada método de contratación en el cuadro N° 10.

En caso de haber otros documentos derivados que establezcan obligaciones para las partes, estos deben ser interpretados, utilizando en método de interpretación sistemática y teleológica, tomando como punto de partida el anuncio de la contratación, con las reglas del contrato fijados por la entidad.



VI. RECOMENDACIONES

Conforme a los resultados y conclusiones que se ha llegado en la presente investigación, se efectúa las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Debido a las limitaciones que puedan tener las entidades públicas para iniciar los medios de solución de controversias estipulados en nuestra normativa de contrataciones, se recomienda que bajo criterios objetivos y en merito a los principios de economía, eficiencia, celeridad y eficacia, la Ley de Contrataciones del Estado regule la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato durante la ejecución contractual, en casos de discrepancias entre los documentos que forman parte del contrato.

SEGUNDA. Se recomienda que la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato de la administración pública se encuentre estipulada en la Ley, bajo parámetros objetivos que apareje un equilibrio entre el interés público y el principio de equilibrio económico, tal como sucede en la legislación argentina, paraguaya y colombiana.

TERCERA: Para una adecuada aplicación de la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos por parte de la administración pública que permita una gestión adecuada de los mismos, se recomienda que la Ley de Contrataciones del Estado recoja el siguiente orden de prelación para su integración: i) Reglas definitivas del proceso, ii) Oferta y iii) Texto del contrato, el mismo que se encuentra detallado para cada método de contratación en el cuadro N° 10, posteriormente deberán ser autorizadas y motivadas por el titular de la entidad y finalmente se comunicará al contratista mediante carta notarial.



VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alegría, H. (2007). La Interpretación de los Contratos en el derecho argentino. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina* (Vol. I, pág. 106). Lima: Grijley.
- Alvarez Illanes, J. F. (2016). *Manual operativo del proceso de contrataciones*. Lima: Ubilex.
- Álvarez Pedroza, A. (2014). *Comentarios a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado* (Primera ed.). Lima: Pacífico Editores.
- Baca Oneto, V. S. (2008). La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho Peruano. Notas para una polémica. En *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Grijley.
- Bernales Ballesteros, E., & Otárola Peñaranda, A. (1999). *La Constitución de 1993 Analisis Comparado*. Lima: Editora RAO.
- Bombillar Sáenz, F., Gutiérrez Alonso, J., Pérez Martos, J., Torres López, A., & Villalva Pérez, F. (2014). *Nociones básicas de Contratación Pública*. Madrid: Tecnos.
- Bullard Gonzáles, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual en el sistema peruano. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de la interpretación del contrato en America Latina* (Vol. III). Lima: Grijley.
- Carruitero Lecca, F. (2014). *Introducción a la metodología de la Investigación Jurídica*. Lima: San Bernardo.
- Dextre Solis, L. A. (2017). *Repositorio digital de tesis PUCP*. Obtenido de Pontificia Universidad Católica del Perú: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/9997>
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo* (Setima ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina.



- Dromi, R. (2010). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- El arbitraje y la Contratación Pública. (2014). *OSCE Al Día. Revista Institucional*, 19.
Obtenido de
<https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/Revista%20Arbitraje.pdf>
- Fernández Flecha, M. D., Urteaga Crovetto, P., & Verona Bajadoz, A. (02 de Noviembre de 2019). *Guía de Investigación en Derecho*. Obtenido de Pontificia universidad católica del Perú.:
http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/16192021/Guia-de-Investigacion-en-Derecho.pdf?fbclid=IwAR19W4a_ZPuLgkRSZMHW4rW7756mHap0SmQBI6mkWGkbq14GQykFz1pfhEg
- Fiorilo Jové, M. H. (2014). *Repositorio Universitario*. Obtenido de Universidad Mayor de San Andrés: <https://repositorio.umsa.bo/handle/123456789/13603>
- Gabrielli, E. (2013). *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima: Jurista editores.
- García Toma, V. (1998). *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993* (Vol. I). Lima: Universidad de Lima.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Octava ed., Vol. I). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (Sexta ed., Vol. II). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hernández Alvarado, J. K. (2018). *Repositorio Académico USMP*. Obtenido de Universidad San Martín de Porres:
<http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/3302>
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación* (Sexta ed.). Mexico D.F.: McGRAW-HILL.



- Hernández Sampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la Investigación* (Sexta ed.). México D.F., México: McGraw-Hill / Interamericana Editores.
- Lara Sánchez, L. (1991). *Procesos de Investigación Jurídica*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ley N° 30225. (s.f.). *Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*.
- Linares Jara, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Derecho Administrativo*(1), 285-308.
- Linares Jara, M. (2013). *Contratación Pública. Derecho Local, Internacional y de la Integración*. Lima: Linares Consultores.
- López Raygada, P. S., & Iparraquirre Romero, G. (2006). Explicando el ejercicio de poder público desde las categorías Proceso y Procedimiento. *Revista de Derecho Administrativo*(1), 349.
- Marienhoff, M. S. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tercera ed., Vol. III). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morón Urbina, J. C. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C., & Aguilera Becerril, Z. (2017). *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Mosset Iturraspe, J. (2007). Interpretación del Contrato. Sentido y alcance. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina* (Vol. I, pág. 48). Lima: Grijley.
- OSCE, O. S. (s.f.). *ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO*. Obtenido de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Instructivos/INSTRUCTIVO%20ELABORACION%20EETT%20Y%20TDR%20versi%C3%B3n%20PDF.pdf>



- Peña Salas, C. A. (2017). *Repositorio digital de tesis PUCP*. Obtenido de Pontificia Universidad Católica del Perú:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/11794/PE%203%91A_SALAS_CARLOS_INTERES_PUBLICO_Y_RESOLUCI%203%93N_CONTRATOS_CONCESIONES_SERVICIOS_PUBLICOS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Retamozo Linares, A. (2016). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*. (Decimoprimer ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica .
- Rodas Ubillús, R. C. (2009). *Repositorio Institucional*. Obtenido de Universidad Nacional de Trujillo:
http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8316/RodasUbillus_R.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Primera ed., Vol. I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salazar Chávez, R. (2004). La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. *Drerecho & Sociedad*(23), 36-42.
- Salazar Chavez, R. (26 de Octubre de 2019). *Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado*. Obtenido de
[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf)
- Santaolalla López, F. (2019). *Derecho Parlamentario Español* (Segunda Edición Revisada ed.). Madrid: Dykinson.
- Sarmiento Garcia, J. H. (2000). *Estudios de Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Instituto de Estudios de Derecho Administrativo.
- Soto Coaguila, C. A. (2007). *Tratado de la interpretación del contrato en America Latina* (Vol. III). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Tupayachi Sotomayor, J. (2016). *La Contratación Pública en el Perú*. Lima, Perú: Adrus D&L Editores.



Vera Díaz, A. Y. (2017). *Repositorio digital de tesis PUCP*. Obtenido de Pontificia

Universidad Católica del Perú:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/11799/VERA_DIAZ_ADELA_DERECHO_DE_DEFENSA_DEL_CONTRATISTA_PREVI_O_A_LA_NULIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y



ANEXOS



Anexo 1: Ficha de análisis documental

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	
Nombre del documento	
Tema	
Autor	
Referencia bibliográfica según norma APA	
Descripción	
Conceptos abordados	
Descripción del aporte al tema seleccionado	
Análisis	
Resultados	
Observaciones	



Anexo 1.1: Ficha de análisis documental

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	
Nombre del documento	Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal
Tema	Formación del contrato estatal.
Autor	Morón Urbina, J. C., & Aguilera Becerril, Z.
Referencia bibliográfica según norma APA	Morón Urbina, J. C., & Aguilera Becerril, Z. (2017). <i>Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal</i> . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
Descripción	Capítulo 5.- Los elementos esenciales del contrato estatal
Conceptos abordados	Concurrencia de voluntades en la formación del contrato estatal.
Descripción del aporte al tema seleccionado	<p>El anuncio de la contratación, con las reglas del contrato, pidiendo a terceros que fijen los elementos restantes, por ejemplo, precio, mejoras, plan de trabajo, etc;</p> <p>La formulación de las ofertas de los interesados, quienes se adhieren a las reglas del contrato; la voluntad del contratista debe desarrollarse conforme a Ley para poder ser válida y formar un consentimiento valido por el derecho público</p> <p>La adjudicación del contrato, a través de la suscripción del contrato, previa evaluación de la oferta.</p>
Análisis	Conforme a la naturaleza de la voluntad del contratista a través de la formulación de la oferta, este no tiene la capacidad de negociación o modificación, si no de adhesión a las reglas pre-establecidas del contrato.
Resultados	Se concluye que la voluntad del contratista puesto de manifiesto en la oferta, y la posterior suscripción del contrato, no tienen capacidad de modificación a las bases, siendo el orden de interpretación: en primer orden las bases, seguidamente de la oferta y finalmente el texto del contrato.
Observaciones	



Anexo 2: Ficha comparativa

FICHAS COMPARATIVAS	
Precepto legal	
País	
Fecha de promulgación	
Tema	
Descripción de la normativa específica.	
Descripción del aporte al tema seleccionado	
Análisis comparativo respecto al Perú	
Observaciones	



Anexo 3: Ficha de análisis de resoluciones

Procedimiento de Contratación	
Monto adjudicado	
Materia del recurso	
Puntos controvertidos	
Argumentos del recurso presentado	
Argumento del adjudicatario	
Opinión de la entidad	
Análisis efectuado por el Tribunal de Contrataciones	
Observaciones en el marco de la investigación.	
Fecha de Resolución	
Resultado	

ANEXO 4: MATRIZ DE CONSISTENCIA “LA FACULTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL PARA LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ”

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	EJES	METODOLOGÍA
¿De qué manera se puede aplicar la facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú?	Analizar la aplicación de la facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú	La facultad de interpretación unilateral durante la fase de ejecución contractual para la integración del contrato, en los supuestos de contradicción de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública en el Perú, se puede aplicar mediante la consolidación de un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato.	Facultad de interpretación unilateral Documentos que forman parte del contrato	
¿De qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en la vía administrativa?	Analizar de qué manera la administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato, en la vía administrativa.	La administración pública efectúa la interpretación unilateral de los documentos que forman parte del contrato en la vía administrativa, en la fase de procedimiento de selección.	Documentos que forman parte del contrato Integración del contrato	Método analítico Método Simético Método inductivo
¿De qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública?	Revisar de qué manera la legislación extranjera aplica la interpretación unilateral del contrato de la administración pública.	La legislación extranjera aplica la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato de la administración pública, durante la ejecución contractual, en mérito a la habilitación que le otorga su normativa de contrataciones.	Legislación extranjera Interpretación unilateral	
¿Cuál es el orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual?	Proponer un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual.	El establecimiento de un orden de prelación de los documentos que forman parte del contrato de la administración pública, para su integración por interpretación unilateral durante la ejecución contractual, permitirá a las entidades gestionar adecuadamente los contratos.	Interpretación de los documentos que forman parte del contrato realizado por el TCE Facultad de interpretación unilateral	