

# Naturaleza jurídica de los contratos de las empresas del Estado en el marco de la Ley General de Contrataciones Públicas y la dudosa potestad para anular de oficio sus contratos

GETULIO IVÁN ORDINOLA TALLEDO<sup>1</sup>

## RESUMEN

Son pocas las investigaciones que se han realizado en el Perú sobre la naturaleza jurídica de las empresas del Estado, pues la atención siempre ha estado puesta en el análisis del principio de subsidiariedad o en la cláusula de actuación subsidiaria. Esto justifica todo esfuerzo tendiente a identificar la forma en que las empresas estatales se asemejan a la Administración

1 Magíster en Derecho Administrativo y Regulación del Mercado por la Universidad de Piura (UDEP), Piura, Perú. Responsable legal en contratación pública y arbitraje en Tapusa S. A., Perú. Correo-e: [getulio.ordinola@gmail.com](mailto:getulio.ordinola@gmail.com) Enlace Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-1279-5794>. Fecha de recepción: 3 de marzo de 2025. Fecha de modificación: 29 de abril de 2025. Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2025. Para citar el artículo: Ordinola Talledo, Getulio Iván, "Naturaleza jurídica de los contratos que suscriben las empresas del Estado en el marco de la Ley General de Contrataciones Públicas y la dudosa potestad para anular de oficio sus contratos", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2025, pp. 203-239. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n34.08>.

pública, así como la incidencia que tiene el régimen de contratación pública al ser destinatario de fondos públicos para proveerse de bienes, servicios y obras. A partir de estas consideraciones se propone determinar la naturaleza de los contratos que suscriben las empresas del Estado al estar sometidas al ámbito de aplicación de la Ley General de Contrataciones Públicas. Es por esto que se cuestiona la atribución legal de potestades administrativas, entre las cuales está la revisión de oficio de sus actos, incluyendo los vínculos contractuales, atributos que pueden romper con el plano de igualdad que normativamente se consagra para participar en el tráfico económico, concurriendo con las empresas privadas.

**Palabras clave:** empresa del Estado, compras públicas, contratos, nulidad, invalidez, acto administrativo.

## The Legal Nature of State-Owned Enterprise Contracts Under the General Public Procurement Law and the Questionable Authority to Unilaterally Annul Them

### ABSTRACT

Few studies have been conducted in Peru on the legal nature of state-owned enterprises, since attention has traditionally focused on analyzing the principle of subsidiarity or the clause of subsidiary action. This justifies any effort aimed at identifying the ways in which State enterprises resemble the public administration, as well as the impact of the public procurement regime, given that these entities receive public funds to acquire goods, services, and works. Based on these considerations, this paper seeks to determine the nature of the contracts entered into by state-owned enterprises, given their subjection to the scope of the General Public Procurement Law. For this reason, the legal attribution of administrative powers is called into question - particularly the power to review their actions *ex officio*, including contractual relationships - as such powers may undermine the level playing field established by law for participation in economic activity alongside private companies.

**Keywords:** State-Owned Company, Public Procurement, Contracts, Nullity, Invalidity, Administrative Act.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo procura abordar de una manera sencilla el concepto normativo y dogmático que en derecho peruano se emplea de las empresas del Estado, así como su inclusión sin ningún tipo de limitación en el ámbito de la Ley n.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, en donde su condición de "entidad" les autoriza a gestionar procedimientos de contratación y suscribir los tan polémicos contratos públicos, anteriormente llamados "contratos del Estado".

Aunque parece una cuestión menor o simplemente teórica, resulta importante plantearse previamente si las empresas del Estado pueden equipararse funcionalmente a una Administración pública, considerando que es consustancial a esta el uso de potestades administrativas. Pese a que en este punto la doctrina nacional no es uniforme y no hay un intento serio en la jurisprudencia de clarificar las distintas formas en que el Estado interviene empresarialmente en el mercado, no cabe duda que las empresas públicas son un instrumento jurídico de formas privadas presentes en casi la mayoría de sectores de la economía, y que incluso en algunos casos se dan escenarios de monopolios empresariales. Debido a que sobre la compatibilidad constitucional de la actividad empresarial del Estado se ha escrito bastante en los últimos años, nos limitaremos a indicar que lo normativo dista mucho de lo práctico, más aún cuando lo político suele "camuflarse" en lo legal, por ello, el objetivo principal de este trabajo se centra en identificar qué es una empresa del Estado, para a partir de ahí determinar si son o no un poder público que justifique la aplicación de la Ley General de Contrataciones Públicas, no como proveedores, sino como "entidades" convocantes.

Tenemos así que las empresas del Estado son heterogéneas, no solo en un plano normativo, sino también en el tráfico económico, lo que hace denso su estudio, sobre todo en escenarios en los que debieran concurrir en igualdad de condiciones jurídicas (sin privilegios) con las empresas privadas.

Frente a lo anterior, es fácil advertir que, en los contratos públicos, una de las partes contratantes ostenta potestades de derecho público que en contratos entre privados sería reprochable jurídicamente y socialmente por donde se le mire. Una de estas potestades es lo referido a la nulidad de oficio, entendida como la capacidad jurídica de anular sus propios actos administrativos, convirtiéndolos desde su emisión en ilegítimos e ineficaces, siempre que se cumplan las condiciones que cada ordenamiento impone. Luego que se asume una posición específica del régimen de invalidez se repasa las causales que justifican la nulidad de oficio contemplados en norma de contratos públicos, y como configura una opción y no una obligación que le asiste a la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante, que normalmente para el caso de las empresas del Estado será la gerencia general.

Así, lamentablemente se trata de una vía recurrente en la operatividad de las empresas del Estado, que en sus relaciones contractuales hagan uso de potestades administrativas, fijadas a nivel normativo, toda vez que estas cláusulas exorbitantes no tienen naturaleza contractual, y como esto, erróneamente, termina quebrando el principio de paridad de trato que a nivel constitucional-legal, se reconoce a la intervención empresarial pública y demás agentes económicos, lo que nos termina por llevar –nuevamente– al adecuado entendimiento de la Administración pública. Por lo tanto, cabría preguntarse, en todo caso, si tiene sentido hablar de contratos públicos para las empresas del Estado, y del uso de potestades como si de un poder público nos estamos refiriendo, pues tales nociones han cobrado particular revalorización en el ordenamiento jurídico debido a las medidas jurídicas y económicas adoptadas (algunas también políticas) en un contexto en que se cuestiona el funcionamiento y naturaleza de la actividad empresarial del Estado.

En fin, se tratan de cuestiones puramente dogmáticas no siempre ajustables a la realidad, sobre las que nuestra legislación, y mucho menos la jurisprudencia, han prestado atención, quizás porque hacerlo implicaría una "reordenación de normas" que no se está dispuesto a asumir.

## 1. CUESTIÓN PREVIA: NATURALEZA JURÍDICA Y REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Se señala con frecuencia que las empresas del Estado son estructuras económicas lideradas por un poder público, sin la posibilidad de quebrar financieramente, o que por lo menos siempre habrá rescate político en forma de capital y préstamos. No obstante, esta es una percepción limitada y sería equivocado quedarnos únicamente ahí, siendo necesario partir del marco normativo de Administración pública y posteriormente de la actividad empresarial del Estado en el derecho peruano.

Como es natural, la doctrina ha utilizado todo tipo de criterios para identificar el concepto de Administración pública, desde pretenderla caracterizarla con un único criterio, hasta combinarlos, haciendo más o menos extensa su delimitación respecto al régimen jurídico aplicable. Al respecto, nos parece más adecuado las teorías mixtas que conjugan formulaciones de criterios subjetivos con elementos claramente funcionales. Es así que nuestra doctrina nacional más autorizada, es unánime al considerarlo como "una organización con poder público que actúa con potestad administrativa, potestad que se caracteriza por su sometimiento a la ley y al control



judicial, aunque esté denota de una presunción *iuris tantum* de legalidad<sup>2</sup>, cuya actuación tiene que orientarse a su finalidad pública.

De todo esto, advertimos que las complicaciones conceptuales principalmente brotan de lo estipulado en el artículo I.8 del Título Preliminar del TUO de la Ley n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG), al indicar que dentro del concepto de entidad de la Administración pública se encuentran "las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

Entonces, como bien indica Abruña Puyol<sup>3</sup>, se trata de una expresión ambigua y poco adecuada, pues puede referirse: (1) organizaciones públicas que actúan bajo régimen privado o (2) personas jurídicas privadas creadas por personas privadas o por organizaciones públicas. Siendo esto así, el apartado a) deberá entenderse incluido en el inciso i) del Título Preliminar de la LPAG como entidades del Poder Ejecutivo, dotadas en algunos casos de personalidad jurídica, configurando centros de imputación para todos los efectos. Por su parte las señaladas en el apartado b) se refieren a personas jurídicas de titularidad privada y pública.

Precisamente, por aquellas personas jurídicas de titularidad privada nos referimos, propiamente a las empresas privadas constituidas bajo derecho privado, especialmente amparada en la Ley General de Sociedades (LGS) y normas privadas del sector, que actúan concurriendo en el mercado, o en algunos casos, gestionando un mal denominado "servicio público", en cuyo caso únicamente serán consideradas como vicarias de la Administración pública cuando ejerzan funciones administrativas por delegación contenida en norma con rango de ley, y no por técnicas concesionales. Y, por otro lado, cuando son de titularidad pública evidentemente nos reconducimos al fenómeno de las empresas del Estado, actualmente regulado en el Decreto Legislativo n.º 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.

En cualquier caso, el primer paso para la determinación de la diferenciación entre un sujeto empresarial de titularidad pública o privada será el acto de constitución. Para la constitución de una empresa del Estado bajo cualquier forma jurídica importa que configure una decisión exclusivamente de interés general, cumpliendo las exigencias constitucionales y legislativas. Por el contrario, para la constitución de una empresa privada únicamente se evalúan parámetros de conveniencia socioeconómica, límites de la legislación

2 Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 114.

3 *Ibid.*, pp. 76 y ss.

societaria y ciertas normas de carácter administrativo, pero principalmente es una decisión de plena autonomía privada.

Al respecto, y parafraseando la definición dada por Martín Mateo<sup>4</sup>, debemos indicar que se tratan de organizaciones dependientes del poder público con finalidades estrictamente económicas, denotando un evidente control público y político para la correcta utilización de los fondos públicos asignados o generados a partir de la actividad económica en el mercado. Siendo esta la posición que asumiremos a lo largo de esta investigación, es decir, nos parece correcto, definirla por su sujeción a la Administración pública, ya sea por el sector adscrito al que pertenecen, o por el control público-político al que se someten por parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe).

Todo ello, como veremos, permite entender que las empresas del Estado no son Administraciones *strictu sensu*, sino únicamente organizaciones económicas de titularidad pública que no tienen atribuidas potestades administrativas y, por tanto, "no se sujetan a las normas de derecho público que regulan la función pública y, en consecuencia, tampoco a la LPAG"<sup>5</sup>.

Así, al desenvolverse en el mercado bajo una forma jurídico-privado, no deberían gozar de ventajas fiscales o de otra naturaleza, de derecho ni de hecho, ni obtener un financiamiento privilegiado, y mucho menos vinculadas a la actividad económica que desarrollan, pues al carecer de capacidad jurídica para ejercer potestades administrativas no tienen condición de Administración pública.

Lógicamente esto nos lleva, al mismo tiempo, a dejar sentadas ciertas reflexiones de la empresa del Estado como utilización de figuras privadas por parte de la Administración pública, con el real propósito de evadir el poder y límites de su derecho estatutario y así permitir una –no comprobada– eficacia en la actuación<sup>6</sup>. Doctrinariamente se ha sostenido que bajo el pretexto que la Administración pública sometida a un derecho administrativo lento, rígido y burocrático no es eficaz para los cada vez sectores de intervención económica, ocasionando la liberación de garantías patrimoniales y relajación en las reglas de contratación, pues evapora los principios

4 Ramón Martín Mateo, *Ordenación del sector público en España*, Madrid: Civitas, 1974, p. 372.

5 Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, op. cit., p. 89.

6 Sobre la constitucionalidad de la huida del derecho administrativo, compartimos las reflexiones abordadas por Antonio Troncoso Reigada, *Privatización, empresa pública y constitución*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

que se quieren preservar, como de buena administración, concurrencia y adjudicación al más capaz<sup>7</sup>.

Lo anterior, obviamente, supone que la Administración pública en su condición de empresario o mejor sea indicar que al actuar por medio de personas jurídicas privadas pierde sus privilegios y atributos que le dan la categoría de poder público<sup>8</sup>. En otras palabras, abandonar el "rígido" ropaje que impone el derecho administrativo para amoldarse al ropaje "flexible" del derecho privado, aunque el control estatal está presente en mayor o menor medida en la totalidad de las empresas del Estado, razón por la cual asumimos una concepción formal estricta, ya que no estamos incluyendo a entidades públicas que pudieran ejercer algún tipo de actividad económica-empresarial<sup>9</sup> en régimen de mercado, o prestando un servicio "público" caracterizado por contornos jurídicos de carácter público.

Es decir, las empresas del Estado, en principio, están sometidas al derecho privado como parámetro de actuación en todo lo que se refiera a las actividades específicas de su giro económico, en sus relaciones con los ciudadanos y otros sujetos de derecho común, pero quedan sujetas al derecho público en lo que atañe a sus relaciones con la Administración pública, a la cual se encuentra incardinada funcionalmente.

Bajo este escenario, Morón Urbina refiere que "en principio una empresa del Estado no queda sujeta a las normas de la presente ley [LPAG], salvo por las siguientes consideraciones: (i) en sus relaciones con el resto de la Administración pública (por ejemplo, deberes de colaboración administrativa); (ii) en aquellos aspectos administrativizados de su actividad con el objeto de asegurar su homogeneidad entre las personas jurídicas del Estado y no aplicarle reglas del derecho privado que le corresponderían (por ejemplo, contrataciones y adquisiciones, transparencia y acceso a la información, y algunos sistemas administrativos); (iii) en la medida que asuman alguna actividad administrativa (por ejemplo labores de fiscalización de inversión privada, administración de registros públicos); y (iv) si han recibido un servicio o función pública, en vía de autorización o concesión, limitadamente a esta actividad"<sup>10</sup>.

7 Cfr. Juan Carlos Laguna de Paz, "La renuncia de la Administración pública al derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, pp. 202 y ss.

8 *Ibid.*, p. 222.

9 En contra de Antonio Troncoso Reigada, quien asume un concepto formal amplio, al incluir no solo a las sociedades mercantiles públicas, sino también a las entidades públicas empresariales. Antonio Troncoso Reigada, *Privatización, empresa pública y constitución*, op. cit., p. 38.

10 Juan Carlos Morón Urbina, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 30.

Si bien esto tiene una justificación mayoritariamente aceptada, tal y como lo establece el último párrafo del artículo 60 de la Constitución Política (CP), el cual indica que "la actividad empresarial pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal", y ratificado a nivel legal por el artículo 7.º del Decreto Legislativo n.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, pues "cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos".

Desde una perspectiva funcional, la equiparación entre las empresas privadas y empresas públicas se traduce en una inexistencia de privilegios, más no en una inexistencia de cargas especiales de derecho público para estas últimas, que vendrían a configurar las garantías de tipo empresarial para los competidores privados<sup>11</sup>, como el sometimiento a los controles públicos propios del gasto público a cargo de la Contraloría General de la República (CGR), así como normas presupuestales. Es importante mencionar que estas cargas no son propias de la interacción en el mercado, sino por su origen jurídico-público<sup>12</sup>, del cual no se desprenden.

Ahora bien, al remitirnos al Decreto Legislativo n.º 1031, vemos que las formas societarias que actualmente están reguladas son: (1) empresas del Estado con accionariado único (anteriormente denominadas "de derecho privado"), organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su junta general de accionistas; (2) empresas del Estado con accionariado privado (anteriormente denominadas "de economía mixta") organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su junta general de accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado; y, (3) empresas del Estado con potestades

11 Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto, *Notas al curso de Derecho Administrativo, lección vigésima primera, "La empresa pública y el servicio público"*, Piura: Universidad de Piura, 2008, p. 9. Hay quienes califican esta situación como cargas difíciles de sobrellevar que inciden directamente en la competitividad de las empresas del Estado. Adolfo Céspedes Zavaleta, *El Estado empresario: Verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Madrid: Ediciones Caballero Bustamante, 2010, p. 195.

12 Para el análisis de otras cargas de derecho público, cfr. artículo 41.1 del Decreto Legislativo n.º 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado y liberación de interferencias, que dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura; artículo 10.2 del Decreto Legislativo n.º 1031; y artículo 1.º de la Ley n.º 29230, ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado.

públicas (anteriormente denominadas de derecho público), que tendrían potestades públicas y se organizan bajo la forma que disponga su propia ley.

Sin embargo, y después de afirmar la instrumentalización del derecho privado por parte de la Administración pública, corresponde indicar con Martín Tirado que se debe distinguir entre empresas del Estado que actúan con el ropaje de "autoridad" de las que intervienen en el mercado como "agentes económicos"<sup>13</sup>, evidentemente en el primer caso se está frente a una Administración pública "disfrazada", extremo que será analizado en el siguiente apartado.

Por el contrario, cuando se está en condición de agente económico no entran a la categoría de Administración pública, debido que se limita a cumplir una función ordenadora de colocar bienes, servicios y ejecutar obras en el mercado, rigiéndose por las reglas naturales de la oferta y demanda, siendo sus relaciones las que imponga el derecho privado, a través de actos concurrenciales, pero que le permitan un adecuado nivel de autonomía para el cumplimiento del interés público. Conforme a ello, todas las Administraciones públicas pertenecen al sector público, pero no todas aquellas organizaciones incluidas en el ámbito de esta, califican como de poder público, pues no es suficiente el sometimiento al derecho administrativo, sino las características jurídico formales de sus actos.

Puede venir requerido y hacerlo con total naturalidad que una empresa del Estado reúna ambas condiciones, lo que remarca su doble aplicación a normas de derecho privado y público, por ejemplo, Petroperú S. A. actuó como agente económico participando en calidad de proveedor en la subasta inversa electrónica n.º 02-2020-GR.LAM (resolución n.º 1406-2021-TCE-S4 del 25 de junio de 2021) y como entidad contratante, ejecutando actos decisivos de evaluación, calificación y adjudicación en el método de contratación de adjudicación selectiva n.º 159-2019-OFP/PETROPERU-1 (resolución n.º 1067-2020-TCE-S2 del 4 de junio de 2020).

Por otro lado, no debemos olvidar que nuestro derecho positivo reconoce expresamente la subsidiariedad (*subsidiarie cohortes*) en su vertiente social en el artículo 60 *in fine* de la Constitución Política: "solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia

13 Este parece haber sido también el criterio adoptado por el OSCE en la opinión n.º 091-2018/DTN, al precisar que "la entidad proveedora no puede ser una empresa del Estado, dado que las empresas del Estado operan en el mercado como un agente económico más, suministrando bienes, servicios u obras a cambio de una retribución, debiendo competir en un procedimiento de selección como cualquier otra empresa del sector privado, pues lo contrario implicaría contravenir el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, así como los principios que rigen las contrataciones del Estado".

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

Para nuestro Tribunal Constitucional (TC), el principio de subsidiariedad significa que la actuación del Estado en la economía sea supletoria ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común, pues "las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada"<sup>14</sup>. En virtud del principio de subsidiariedad económica o "cláusula de actuación subsidiaria", el Estado está imposibilitado de participar libremente en la actividad económica, sino asumiendo un papel corrector o supervisor<sup>15</sup>, estando constitucionalmente prohibido la intervención empresarial pública activa y directa, pero sí de manera subsidiaria sin la confrontación con el sector privado como protagonistas de la vida económica y social, resguardando los mecanismos de tutela jurídica para la iniciativa privada<sup>16</sup>.

Por su parte, el artículo 14.3 del Decreto Legislativo n.º 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal, establece que "la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial", disposición ha sido analizada con claridad en la resolución n.º 3134-2010/SC1-Indecopi del 29 de noviembre de 2010, la cual plasma importantes criterios a tomar en cuenta por la autoridad administrativa ante actos lesivos contra la subsidiariedad empresarial del Estado<sup>17</sup>.

De lo expuesto, se desprenden tres consecuencias jurídico-sociales importantes. La primera, es que se requiere una ley autoritativa del Congreso –en sentido formal y material– para la iniciativa empresarial pública

14 Tribunal Constitucional, sentencia n.º 0008-2003-AI/TC, FJ 23 del 11 de noviembre de 2003.

15 Tribunal Constitucional, sentencia n.º 8152-2006-PA/TC, del 15 de noviembre de 2007, cfr. artículo 35 de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

16 Orlando Vignolo Cueva, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*, Lima: Palestra Editores, 2019, pp. 93-96.

17 En relación a su estudio, resulta obligatorio recordar a Guillermo Chang Chuyes, "La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. n.º 3134-2010/SC1-INDECOPi", en *II Convención Estudiantil de Derecho Público de la Universidad de Piura*, Lima: Palestra Editores, 2015, pp. 141-154.

en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Esta exigencia del acto legislativo también se desprende del artículo 3.º del Decreto Legislativo n.º 1031.

Segundo, la actividad empresarial estatal solo estará justificada por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, de lo contrario, dicha actividad empresarial sería nula desde su nacimiento por tener viciado su fundamento de actuación, vulnerando manifiestamente un precepto constitucional y lo indicado por el Indecopi.

Y tercero, las empresas del Estado, en sus distintas formas, deben actuar en igualdad de condiciones, como cualquier empresa privada, por lo que el bloque normativo debe incentivar y garantizar ese tratamiento igualitario<sup>18</sup>. Puede resultar, sin embargo, que se diseñen propuestas de intervención empresarial pública –allí donde la actividad económica privada cubre la totalidad del mercado– como aerolíneas nacionales o “renacer” antiguas empresas o incluso en la creación de una red farmacéutica, bajo argumentaciones de ser “actividades estratégicas”. Estas posturas no hacen más que convencer del desconocimiento acerca del papel que desempeña la subsidiariedad en la economía social de mercado.

No parece discutible que hay muchos sectores altamente sensibles a la regulación y supervisión que justifica la intervención del Estado, cumpliendo las exigencias del principio de subsidiariedad y sus implicancias, pero no necesariamente mediante la creación de empresas del Estado<sup>19</sup>, sino por otras herramientas igualmente efectivas y menos restrictivas de derechos que alcancen el interés público.

Uno de estos mecanismos es recurrir a los métodos de contratación pública regulados en la LGCP, puesto que la actividad empresarial del Estado como intervención directa en el mercado configura la *última ratio* en la variedad de prestaciones económicas, sobre todo cuando fallan las técnicas de regulación.

18 Sin desconocer las llamadas “acciones de oro”, está comprobado que la existencia de normas sectoriales contempla tratos diferenciados, otorgándoles un tratamiento desfavorable y limitativo, dificultándose la rigurosidad y competitividad del “poder” empresarial en la gestión de las inversiones y riesgos, lo que “no permite simplificar y hacer eficientes las prácticas operativas de las Empresas del Estado; esto las conduce a generar excesivos costos que les resta competitividad”. Véase Adolfo Céspedes Zavaleta, *El Estado empresario*, op. cit., p. 184.

19 “Es posible que los moldes clásicos del derecho administrativo tradicional hayan adolecido de una cierta rigidez, porque en el pasado este derecho se centró en la defensa y garantía de los derechos individuales, más que en la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos”. Gaspar Ariño Ortiz, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de derecho*, Bilbao: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1994, p. 41.

Ciertamente, y respecto con el principio de paridad de trato constitucional-legal, no es que a la empresa del Estado no se le podrá imponer ciertas cargas de derecho público, pues eso lo exige el control que una Administración pública sin más, ejerce sobre aquellas. Esta idea, en cierto modo, debe llevarnos a asumir que los principios de neutralidad y transparencia de las relaciones con el Estado obligan a las empresas del mercado –públicas y privadas– a una igualdad financiera. Es decir, no tiene que existir respaldo crediticio del Estado a sus organizaciones económicas que permitan mantener viable los proyectos, considerando la superioridad de estos recursos frente a la iniciativa privada, desterrando de a pocos la percepción que las empresas del Estado “disparan con pólvora de rey”<sup>20</sup>.

Más allá de la despolitización en la organización, es preciso proponer una plena sumisión a los comportamientos del mercado, admitiendo que por ineficiencia estructural o manejo en la gestión podrían extinguirse, limitando la facilidad de financiamiento público, y consecuentemente un eventual endeudamiento, esto significa que, la diferenciación de trato se justifica en la idea que la empresa del Estado es una extensión de la Administración pública y que, por tanto, el mandado constitucional está diseñado a que los sujetos empresariales de carácter público no operen en el tráfico jurídico privado con privilegios o prerrogativas, que suponga una clara desventaja para su par privado. De este modo, las empresas del Estado fueron calificadas tiempo atrás como una “casa sin amo”<sup>21</sup>, generando que la responsabilidad gerencial se diluya por las múltiples interferencias políticas; expresión que pareciera no ha perdido vigencia.

## 2. ¿ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR OSTENTAR POTESTADES ADMINISTRATIVAS? PARTICULAR REFERENCIA A LA EMPRESA DEL ESTADO DE DERECHO PÚBLICO

En estricto sentido, las empresas del Estado no se equiparan a una Administración pública ni en su concepción jurídica formal, ni en su actividad para lo cual están habilitadas, sin importar que se trate de una actividad empresarial brindada en el marco de servicio “público” o en igual competencia con el

20 Santiago Muñoz Machado, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la económica”, en *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid: Iustel, 2009, p. 57. La expresión “pólvora real” no tiene contexto en el Derecho peruano, debido a que las empresas del Estado no cuentan con pliego presupuestal propio.

21 Cfr. Gaspar Ariño Ortiz, “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 138, 1995, pp. 19-23.



empresariado privado, que en algunos casos el propio sistema difumina su entendimiento. Una prueba de ello, ha sido la opinión consultiva n.º 03-2019-JUS/DGTAIPD del 08/01/2019, en la cual la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos advirtió apresuradamente en el considerando 3.4 que "las empresas del Estado no se encuentran incluidas –implícitamente– en el artículo I del Título Preliminar de la LPAG, en tanto no cumplen la condición de prestar un servicio público o ejercer una función administrativa", cuando, en realidad, no todas las empresas del Estado ejercen sus funciones o realizan actividad económica mediante las técnicas jurídicas que indica la norma.

Resulta también sorprendente la regulación del arbitraje, pues cuando sea internacional y una de las partes sea una "empresa controlada por un Estado", no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral. Esto da pie a entender implícitamente que, por el irrefutable control, todas las empresas del Estado en derecho peruano ostentan prerrogativas; algo que, desde luego, no tiene respaldo dogmático.

Pero como se ha visto, desde la década de los ochenta se ha querido poner especial énfasis en la denominada empresa del Estado de derecho público, ahora empresa del Estado de potestades administrativas, siendo el único tipo empresarial que está habilitado para ejercer prerrogativas o facultades de imperio que en estricto le corresponden a una Administración pública, aunque su personificación debió ser bajo otra investidura, como entes instrumentalizados de derecho público u organizaciones administrativas sin más que realicen actividad económica. De todas formas, consideramos que no se les puede atribuir el rótulo de Administración pública, no pudiendo ejercer potestades públicas, cuya indudable expresión o manifestación son los actos administrativos, por lo tanto, sus actos o actuaciones –privados– carecen, como es lógico, de autotutela declarativa y ejecutiva.

Pero no se trata de un problema exclusivo en los países de nuestras latitudes, pues conforme muestra la realidad española se plantean cuestiones como si las sociedades mercantiles controladas y financiadas por una Administración pública que ejercen potestades administrativas tendrán que aplicar las normas del procedimiento administrativo común, las reglas de emisión de actos administrativos –con las notas de presunción de legalidad y atributos de ejecutividad– medios de ejecución forzosa, vías recursivas, silencios administrativos y revisión de oficio.

Frente a este panorama, Chinchilla Marín señala que "una sociedad mercantil no debería ejercer nunca potestades públicas, pues carece de sentido adoptar una forma jurídico-privada y que la ley le atribuya potestades públicas. Si la huida del derecho administrativo es una técnica criticable, no puede serlo menos la que consiste en crear una persona jurídica privada

para, luego, atribuirle potestades públicas. Ahora bien, si se acepta que una sociedad mercantil puede ejercer potestades administrativas, la consecuencia lógica y necesaria ha de ser que se rija por el derecho administrativo<sup>22</sup>. Sin perjuicio que forzosamente califiquen como Administración pública debe considerarse como una opción equivocada de nuestro ordenamiento que no enerva en modo alguno su auténtica naturaleza.

### 3. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE NATURALEZA PÚBLICA EN EL DERECHO PERUANO

#### 3.1. CONCEPTO DOGMÁTICO Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Muchos intentos de definir al contrato público encontramos en la doctrina nacional y extranjera, unos a partir de la separabilidad del acto de adjudicación y otros, por su carácter sinalagmático que lo convierte en un acuerdo de voluntades, incluso debido a las polémicas doctrinarias y jurisprudenciales que Ariño Ortiz prefiere llamar el "enigma del contrato administrativo"<sup>23</sup>, teniendo en consideración que, en todos los supuestos de ejercicio, la Administración pública actúa como poder y ejerce su autoridad.

Pero por razones que escapan en este trabajo, la definición que ha sido recepcionada por nuestro derecho es la dada por Macera Tiragallo como "un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos"<sup>24</sup>. Esto implica la obligatoriedad en la concurrencia del particular para que el acto administrativo despliegue todos sus efectos sobre la relación contractual, es decir, surtan las consecuencias esperadas, en acuerdo de voluntades, de la Administración pública y el particular, lo que afirma que la unilateralidad del nacimiento justifica la

22 Carmen Chinchilla Marín, "Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada, ¿realidad o ficción?", *Revista de Administración Pública*, n.º 203, 2017, pp. 26-27. Para sostener su posición señala que la jurisprudencia "no explica cuáles son esas potestades administrativas que ejerce la sociedad mercantil, ni tampoco qué norma se las ha atribuido, pues tratándose de potestades públicas debería haber una norma que se las atribuyera". Y en nuestro derecho, estamos de acuerdo con Vignolo Cueva, al indicar que "ambos elementos de creación, constitución y permanencia de la empresa pública quedarán marcados de arriba abajo por el derecho administrativo". Orlando Vignolo Cueva, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*, op. cit., p.103.

23 Nos referimos al clásico trabajo, Gaspar Ariño Ortiz "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007.

24 Bernard-Frank Macera Tiragallo. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el derecho público español*, Barcelona: Cedecs, 2001, p. 176.

posibilidad de modificar la situación jurídica de los administrados, característica predicable de todos los actos administrativos.

Como consecuencia de ello, se trata de un acto administrativo "decisorio" con evidente contenido declarativo –en sí mismo, con el más alto grado de voluntariedad– con efectos directamente buscados, pues al ser una decisión administrativa el otorgar la *buena pro* al privado y vincularse contractualmente con este, lo que se está haciendo es emitir una declaración de voluntad, en base a una concreta potestad administrativa de contratar, sin que la participación del sujeto destinado a consentir y suscribir el acto administrativo la condicione.

Puede afirmarse que es imprescindible la voluntad del particular para que los efectos jurídicos de la relación contractual surtan a toda plenitud, siendo un vínculo contractual, y no estatutario, que se configura no con el acto de adjudicación, sino con la suscripción, entendida como el cierre exitoso del procedimiento de contratación, para lo cual se procede con el acto de firmas y rúbricas. Y con razón es que tajantemente podemos indicar que el contrato público no nace de la confluencia de las voluntades involu-cradas, pues no existe nunca una igualdad jurídica ni social, en tanto, una parte contratante es un poder público que conlleva prerrogativas, mientras la otra es un particular predispuesto a ejecutar el cometido encargado por el primero por una contraprestación<sup>25</sup>.

Sin embargo, esto ha llevado a autores de la más alta autoridad a criticar la posición que compartimos, calificándola como una "extraña criatura la de un acto que tiene efectos de contrato (una especie de carne que se convierte en pescado, o a la inversa)"<sup>26</sup>. Es así que, en el planteamiento de Ariño Ortiz se manifiesta que el encuentro de voluntades de las partes intervinientes representa la perfección del contrato, esto es, en el justo instante de su adjudicación y firma del instrumento contractual, generándose la formalización del contrato, cuya consecuencia inmediata es convertirse en norma directa u objetiva aplicable al vínculo contractual, destacando una supuesta "igualdad de posiciones" de la Administración pública y el particular, pero no en los poderes de dirección y control, sino por el "orden económico"<sup>27</sup>.

Pese a que poco importa detenernos en esta cuestión, pues, como el debate seguirá abierto, sin que el derecho positivo pueda zanjarlo, corresponde dejar constancia de que la naturaleza del contrato público forma parte del "relativismo filosófico", pues dependerá mucho del contexto jurídico, ideológico y hasta social del que se trate, adelantando que, en nuestras fronteras, no hay un intento serio desde el legislador peruano para denominarle

25 José Luis Martínez López-Muñiz, "La causa jurídica-pública de los contratos públicos", en *Modernizando el Estado para un país mejor*, Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 685-686.

26 Gaspar Ariño Ortiz, "El enigma del contrato administrativo", *op. cit.*, p. 87.

27 *Ibid.*, pp. 90-91.

contrato público a lo que realmente es. En ese orden de ideas, a pesar de que se tienda a pensar que el contrato y potestades públicas son dos realidades que se excluyen<sup>28</sup>, no hay duda de que el contrato público es un acto administrativo, cuya esencialidad está marcada por dos elementos.

Uno, subjetivo, por la presencia de un agente privado y una Administración como poder público en ejercicio de potestades administrativas también en materia contractual, configurando actos de justicia distributiva<sup>29</sup>. Y otro, objetivo, definido por la concreción del interés público, en donde encuentra su justificación y alcance, implicando asignación de fondos públicos, a cambio de prestaciones vinculadas al objeto contractual, en repercusión de la ciudadanía.

En cualquier caso, no es ocioso destacar por parecernos trascendente que los contratos públicos son una clase de acto administrativo que se perfeccionan por un acto unilateral en ejercicio de una potestad de la Administración pública, necesitado de previa aceptación, la cual no lo convierte en un acto administrativo bilateral, pues aquella previamente –concluido un procedimiento administrativo– ha manifestado su voluntad de adjudicar la *buena pro* a un postor en particular<sup>30</sup>, lo que nos lleva a asumir que en derecho peruano tácitamente se acoge la separabilidad de los actos administrativos en el procedimiento de contratación y el contrato mismo por el régimen de impugnación, aunque sin la discusión doctrinal desarrollada en derecho español y francés.

Se trata, en concreto, de un acto administrativo unilateral –referido al acto de adjudicación– previamente habiéndose analizado las condiciones legales, técnicas y económicas de los postores, lo que justifica el procedimiento de selección, para luego, con la voluntad de este, dar nacimiento al contrato, por eso resulta acertado que sea considerado como un acto administrativo “suavizado”, por requerirse la voluntad expresa del colaborador privado, que de esta forma quedará vinculado –desde el acto de adjudicación– con la Administración pública.

Lo que sí es claro, en definitiva, es que la regulación normativa en nuestro derecho en materia de contratos públicos es dispersa, no es unitaria, sino que

28 El profesor Baca Oneto critica dicho planteamiento, pues no está de acuerdo que Boquera Oliver entienda que “el acto de adjudicación sería un acto administrativo que produciría dos efectos, uno unilateral y por tanto administrativo, que sería la elección del contratista y el rechazo de los demás aspirantes, y otro bilateral y privado, como define a la coincidencia de voluntades de las dos partes que da origen al contrato”. Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 116 y ss.

29 Víctor Baca Oneto, “La anulación de los contratos públicos regulados en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 7, 2009, p. 70.

30 Cfr. Antonio Abruña Puyol, “Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo”, *Revista Foro Jurídico*, n.º 15, 2016, p. 265.

se encuentra establecida en normas especiales, siendo una mala *praxis* que genera distorsiones que, en ciertas ocasiones, promueve actos de corrupción, especialmente en procedimientos no competitivos. Una demostración clara es que la LGCP no regula todos los contratos públicos, sino únicamente los llamados "contratos de gestión patrimonial de colaboración"<sup>31</sup> o de procura, en los cuales se habilita el ejercicio de potestades administrativas, cuya concreción se plasma en los documentos del procedimiento de selección, siendo la figura de la nulidad de oficio y la modificación unilateral del contrato, la que cuentan con un mayor y extenso desarrollo.

Así, queda claro que en uno u en otro caso, y obviando cuestiones puramente formales, subyace la necesidad de cautelar el buen aprovechamiento de los fondos públicos que sirven para alcanzar finalidades esenciales, que han de tener un retorno económico para el colaborador privado y, evidentemente, para la Administración pública contratante un retorno social<sup>32</sup>.

Y este parece haber sido el criterio para nuestro legislador que, por ejemplo, con carácter residual, se aplica a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras asumen el pago con fondos públicos, siempre que cuenten con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones. No obstante, el criterio de fondos públicos no puede ser usado para caracterizar a una Administración pública, toda vez que existen empresas del Estado que operan con fondos de la actividad de gestión económica, pues asumen las inversiones con flujo propio, sin comprometer el tesoro público –y también los riesgos legales y económicos propios del mercado– pero que suscriben contratos nominalmente "públicos" al amparo de la LGCP, lo que justifica la implementación de mecanismos de control de gastos y transparencia en su ejecución.

### 3.2. ¿TEORÍA UNITARIA O DUALISTA? POSICIÓN QUE SE ASUME A RAÍZ DEL RECONOCIMIENTO EXPRESO DEL CONTRATO PÚBLICO

Resulta importante tener en cuenta que el derecho peruano no consagra la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de

31 Pero limitando su ámbito de aplicación a supuestos excluidos, que son también de colaboración.

32 Véase los FJ 15 y 16 de la resolución n.º 02546-2020-TCE-S3 del 1.º de diciembre de 2020, en la cual el Tribunal –como órgano integrante del sistema de contratación pública– analiza el valor constitucional que subyace a las contrataciones del Estado, para distinguir la contratación pública y privada, principalmente por la utilización de fondos públicos y las finalidades gubernamentales que se persiguen. Análisis que, desde luego, compartimos, pese a que hubiese sido oportuno entrar sucintamente a la discusión de aquellas empresas del Estado que se financian con fondos de mercado.

la Administración<sup>33</sup>, lo que no debe confundirse con la contratación privada regulada en nuestro Código Civil, en donde la voluntad de los contratantes privados es un factor determinante para la existencia, subsistencia y extinción del negocio jurídico contractual.

Distinción que sí realiza, por ejemplo, el ordenamiento español, que supone una sujeción íntegra, al menos en la etapa *in fieri* del contrato por el régimen jurídico administrativo (derecho público), en tanto que en la etapa *in facto esse* se plantean las discusiones dogmáticas acerca de la aplicación del derecho administrativo o normas del derecho privado (o común), las cuales tienen diferentes criterios de clasificación y consecuencias diversas, sobre todo cuando se trata de determinar la competencia de los jueces ante eventuales controversias, en un caso a la jurisdicción ordinaria, y en otros caso, a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Dicho de otra manera, la formación de la voluntad contractual de la Administración pública siempre y necesariamente estará regulada por normas imperativas de derecho público, así como la inserción del consentimiento del administrado para dar surgimiento al contrato, a partir del cual los principios del *pacta sunt servanda* y de la *lex contractus* tendrán fuerza irrefutable. Caso distinto es en la fase de ejecución contractual, donde la plataforma de apoyo será la trascendencia del interés público para determinar la aplicación de normas de derecho público o, por el contrario, de derecho privado, que, de acreditarse que la finalidad pública plasmada en los términos contractuales y documentos que lo integran son lo suficientemente relevante, se justifica el uso de prerrogativas exorbitantes o cláusulas excepcionales, como son los contratos que contempla la LGCP o las concesiones de obra pública e infraestructura.

Como consecuencia de ello, el criterio para distinguirlos no se encuentra en el uso de "cláusulas exorbitantes de derecho común" a favor de la Administración pública, sino en la trascendencia del objeto del contrato al interés público, convirtiéndose en su causa jurídica de actuación, habilitando legítimamente el ejercicio de las potestades administrativas<sup>34</sup> o, como diría De Solas Rafecas, en algunos supuestos los privados en principio solamente se sujetan al régimen público en la fase anterior al acuerdo privado

33 Se trata de una cuestión difícil y compleja, sobre la cual hay distintas posiciones, tanto en el derecho comparado, como en nuestra dogmática *ius administrativista*. Al respecto, puede consultarse diversas opiniones, como Gaspar Ariño Ortiz, *Lecciones de administración (y políticas públicas)*, Madrid: Iustel, 2011, pp. 576-582.

34 Para mayores precisiones y referencias, véase Víctor Baca Oneto, "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 del III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima: Grijley, 2008, p. 668.

de voluntades, produciéndose, consecuentemente, la no trascendencia o incorporación del interés general en la relación jurídica contractual<sup>35</sup>. De este modo, Santamaría Pastor, luego de abordar el planteamiento doctrinal, sostiene que "en sus términos más estrictos, se trata [la distinción entre contratos administrativos y contratos privados] de una de tantas logomaquias estériles que abundan en la ciencia del derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre 'diferencia de naturaleza' y meras 'modulaciones' es tan relativa como discutir si un vaso que contiene solo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que solo puede resolver el derecho positivo"<sup>36</sup>.

Frente a estas posturas dogmáticas planteadas esencialmente en el derecho español, trasladadas del derecho francés, nuestra doctrina ha hecho lo suyo, pues a nivel casuístico, el OSCE (ahora llamado OECE) se limitó a indicar la obligatoriedad de un procedimiento administrativo de carácter competitivo, no existiendo mayor diferencia con los contratos privados, salvo la atribución de potestades especiales por representar al interés público<sup>37</sup>. Una de las opiniones vertidas años atrás es la de Linares Jara, quien defiende una tesis unitaria del contrato estatal, debido a su categoría única con ciertas modulaciones, en donde la Administración pública no tiene reconocidas potestades —únicamente prerrogativas—, en tanto las controversias que surjan en la ejecución del contrato son arbitrables, lo que significa su negación como "potestades", pues por definición no se pueden someter a arbitraje.

Asimismo, señala que las prerrogativas de *ius variandi* o facultad de administración de variar el contrato unilateralmente, dirección y control de la ejecución del contrato, así como poderes resolutivos se justifican en la tutela del interés público por parte del Estado o en el principio de primacía del interés público sobre el interés particular, pero limitado por el principio garantía *pro* contratista de conservación del equilibrio económico del contrato, cuyo soporte es el rol de colaborador del particular a los fines públicos y en la igualdad de los particulares a las cargas públicas<sup>38</sup>.

35 Véase José María de Solas Rafecas, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 24 y ss.

36 Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 2.ª ed., Madrid: Iustel, 2004, p. 179.

37 Cfr. opiniones n.º 130-2018/DTN, FJ 2.1.4 del 23 de agosto de 2018 y n.º 62-2021/DTN, FJ 2.1.2 del 15 de junio de 2021.

38 Mario Linares Jara, *El contrato estatal*, Lima: Grijley, 2002, pp. 14 y 157. También reconocen este rasgo conceptual Richard Martín Tirado, "El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2013, p. 308; Ramón Huapaya Tapia, "Concepto, especies y criterios del

Lo que primeramente habrá que aclarar es que sí se reconocen potestades administrativas en los contratos públicos, aunque sean arbitrables, pero la razón de su conocimiento obligatorio –por reconducción– se debe por una habilitación legal que le dota de cobertura jurídica. Por ello, con razón, Linares Jara más adelante indica que “no existe una obligación directa hacia el particular para que este se someta a la vía arbitral, sino, en estricto, una obligación legal de la Administración de solucionar controversias con su cocontratante por medio de dicha vía. El particular que desee contratar con el Estado se somete de modo voluntario no solo a las bases del procedimiento y a los términos contractuales, sino a la totalidad del régimen previsto para los contratos en los que es parte el Estado”<sup>39</sup>.

Ante esta postura, Baca Oneto califica este fenómeno como la “verdadera piedra de toque”. De este modo, partidario de una tesis dualista y advirtiendo que la tesis unitaria no siempre significa lo mismo, sostiene: (1) que si bien es cierto en nuestro ordenamiento jurídico no existe un catálogo expreso de las potestades administrativas, ello no implica que en la regulación de contratos públicos no existan; prueba de ello es el *ius variandi* y facultades de interpretación del contrato, contempladas en la regulación de la LGCP, como en regímenes especiales; y (2) el hecho que el arbitraje se admita con carácter general no puede ser utilizado para negar que la Administración pública detenta potestades en materia contractual, toda vez que existen marcos regulatorios en donde hay compatibilidad en ambas figuras, siendo posible reducir el contenido de los laudos a cuestiones meramente patrimoniales, pues estos no deberían pronunciarse sobre la validez o invalidez del acto del Estado<sup>40</sup>, aunque la práctica arbitral ha demostrado lo contrario.

Por nuestra parte, no negamos que la propia terminología ha favorecido a la confusión existente, pero si bien el régimen legal peruano de las contrataciones públicas desconoce esta distinción, siguiendo al profesor Baca Oneto, ello no significa *per se* que expresamente en nuestro ordenamiento jurídico se niegue la existencia de los contratos administrativos, puesto que sí se reconoce y no solo en la LGCP, sino en leyes sectoriales –por ejemplo, en concesiones de obras y servicios públicos–, distintas prerrogativas o cláusulas exorbitantes a favor de la Administración pública, tales como la *potestas variandi*, existencia de penalidades, resolución unilateral por interés general, fiscalización y poder de sanción, entre otros.

contrato público”, en *Estudios de derecho administrativo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 620.

39 *Ibid.*, p. 202.

40 Sin negar que la figura del contrato administrativo es la categoría principal en el campo de la contratación pública, no concibe un régimen jurídico unitario. Juan Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, Lima: Palestra Editores, 2017, p. 358.



Así, nuestro legislador, anteriormente, le puso el rótulo –mal denominado– de “contratos del Estado”, sin tener en cuenta que no todos los contratos de la Administración pública son estatales, pues como se indicó con anterioridad, existe un grueso número de contratos que no estaban regulados en la anterior normativa de contrataciones del Estado, sino en leyes sectoriales<sup>41</sup>, en donde, en algunos supuestos, el interés general justifica el uso de las potestades administrativas y en otros supuestos, no. Situación que no ha cambiado con la dación de la LGCP.

En realidad, cuando el Estado en sus relaciones contractuales ejerza potestades de derecho público, porque así lo justifique el interés general<sup>42</sup>, estaremos frente a un contrato público de tipo administrativo, en tanto la Administración pública puede disponer de una serie de privilegios unilaterales que inciden directamente en el vínculo contractual, sin que sea necesario que la LGCP les llame potestades, porque sencillamente su significado y alcance siempre se ha reconocido por tratarse de un poder público que goza de superioridad jurídica. Tan es así que, al constatar implícitamente las características del contrato administrativo, se está admitiendo el contrato privado de la Administración. De esta manera, el punto coincidente de las teorías unitarias y dualistas se centra en reconocer que en derecho peruano tal diferenciación no tiene sentido práctico en términos normativos, ni se reconoce un régimen general de potestades para la Administración público en este ámbito. Esto, porque el contrato público es un esquema mixto de principios de derecho público –en su mayoría– y privado, pero para nuestra historia jurídica ambas figuras están dentro de la categoría del contrato público, donde lo relevante es que una las partes contratantes es una organización del poder público como elemento subjetivo indispensable. Incluso esto confirma la personalidad única del Estado para la cada vez más variados y complejas técnicas contractuales<sup>43</sup> nacidas de un acto unilateral, pues las posturas varían únicamente en la fase *in facto esse*.

En suma, más allá de las particularidades propias y genéricas que emanen de los distintos ámbitos de actividad contractual, que resulten aplicables,

41 Así lo ha entendido el OSCE en su opinión n.º 026-2017/DTN del 31/01/2017.

42 No ha sido ajeno que ante la declaratoria del Estado de emergencia nacional muchas administraciones peruanas se han visto obligadas a recurrir legítimamente a “modificaciones convencionales”, “reducciones” y “resoluciones parciales” con el real objetivo de salvaguardar la finalidad pública.

43 Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, op. cit., p. 45. Para Isasi Cayo, “la doctrina de la personalidad única supone que, aun cuando el Estado hubiere decidido someter sus relaciones jurídicas al derecho privado, siempre conservará sus potestades públicas y las ejercerá siempre que fuera necesario para defender el interés público cuya tutela y representación le corresponde”. Felipe Isasi Cayo, *Tratado de derecho administrativo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 215.

ya sea a los llamados contratos privados de la Administración o en los contratos administrativos, resulta correcto denominarles "contratos públicos" y no "estatal", como le llamada la anterior regulación.

#### 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS: ¿SUSCRIBEN REALMENTE LAS EMPRESAS DEL ESTADO CONTRATOS PÚBLICOS?

La actual LGCP indica que se aplica a las empresas del Estado en los tres niveles del gobierno, la cual incluye a todo tipo empresarial, incluso las regionales y municipales; aunque no siempre fue así, ya que en el Decreto Legislativo n.º 1017 se refería a las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del gobierno nacional, regional o local, y las empresas mixtas bajo control societario del Estado, regulación que no aportaba ningún dato diferenciador a la disposición vigente, salvo porque hacía alusión expresamente a un régimen jurídico en particular basado en un criterio territorial.

Tampoco estamos seguros si quiso regularse de esta manera, pues en un primer intento el Proyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público de 2020, con poco, éxito señaló que el ámbito subjetivo busca establecer el marco normativo que oriente el abastecimiento público de las entidades en general, pues comprende a las empresas públicas financieras o no, y estén o no bajo el ámbito de Fonafe.

Hay que hacer notar que el legislador sigue incurriendo en el error de no precisar jurídicamente los contornos de las empresas del Estado, sometiénolas sin más al ámbito de la LGCP. Antes de nada, hay que recordar insistentemente que la empresa del Estado, a fin de cuentas, es una técnica de extensión de una Administración pública que la controla, financia y respalda en las decisiones económicas que ejecute en régimen de mercado o como prestadora de un servicio esencial, lo que justifica, de alguna manera, el sometimiento a reglas rígidas de contratación y poderes de intervención.

Lógicamente, el sometimiento desmedido a reglas de contratación pública de las empresas del Estado responde a la idea que son una extensión de un auténtico poder público, y no por la asignación de presupuesto que generen gastos públicos. De ello, se desprende que la regulación de la LGCP no restringe o excluye el ámbito de aplicación a las empresas del Estado ni las condiciona por el uso de fondos públicos, lo que determina que el abastecimiento no siempre conlleva la dispensa flujos financieros de carácter público como de una Administración pública se tratase, debido a que muchas de ellas operan en el mercado con inversiones propias.

Sin embargo, no es una adecuada técnica legislativa que sea toda la norma en su conjunto, incluyendo potestades de nulidad y modificaciones

unilaterales de los vínculos contractuales, siendo estos caracteres definitorios de una Administración pública en estricto, pues son poderes otorgados por el ordenamiento jurídico por tratarse de un poder público con características jurídico formales específicas. Por ello, como se indicó con carácter residual, una contratación se encuentra bajo el ámbito de aplicación cuando se tiene por objeto que una entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago con cargo a fondos públicos, y claro está siempre que cuenten con capacidad para gestionar sus contrataciones<sup>44</sup>.

Esto nos lleva a lo que planteábamos anteriormente, pues en la medida que las empresas del Estado operan con fondos públicos o de mercado –fruto de dinero público–, justifican la aplicación de los principios de contratación pública para contratar a quien tiene la mejor oferta técnica y económica, pero no de las reglas formales ni materiales contenidas en la LGCP y su reglamento, o por lo menos no de todas.

Posiblemente el criterio que tenga más cabida es entender que con su aplicación se busca garantizar que las empresas del Estado se sometan a las limitaciones y medidas del derecho administrativo, en tanto en su mayoría operan con fondos públicos, evitando la simple utilización de formas privadas para no aplicar la normativa de contratación pública. Dicho en términos más concretos, pueden autoadministrarse logísticamente y presupuestalmente, sin evadir controles financieros que impone el derecho público.

Sin duda, la orientación hacia una adecuada implementación de compras públicas y su claro impacto en la economía de un país, e incluso su configuración como política pública, puede contribuir a la "errada" idea que todas las empresas del Estado, en la medida que se sustenta y operan con fondos públicos o mixtos, tendrán que sujetarse a todas las disposiciones de la LGCP, sin ningún tipo de limitación. Esta situación no hace más que generar una errada percepción conceptual debido a que las empresas del Estado, pese a que configuran fórmulas de personificación jurídico-privadas y al no tener la condición de Administraciones públicas, no encuentran justificación que apliquen en su totalidad la regulación de la LGCP, mucho menos lo referido a la anulación de los "contratos públicos" que celebren.

Por ello, que se encuentren sometidas en su integridad al ámbito de la LGCP cobra importancia en la medida que Sanz Rubiales entiende que los contratos *inter privados* celebrados por sociedades mercantiles en mano pública no son en virtud a un acto autoritario o en ejercicio de poderes públicos, pero su existencia debe entenderse implícita, debido al sometimiento a sujeciones típicamente administrativas y al control judicial posterior, cuya decisión

44 Cfr. opinión n.º 096-2019/DTN, FJ 2.1.1 del 13 de junio de 2019.

de la Administración de tutela sí constituye un acto administrativo<sup>45</sup>. Sin embargo, el problema no termina allí, pues ¿qué condición jurídica formal tienen los actos que emiten estas empresas del Estado?

Para absolver la interrogante, y esto es una posición absolutamente personal, se debe tener en consideración que estas organizaciones empresariales públicas se clasifican de la siguiente manera: *empresas del Estado de mercado*, que serían aquellas en las cuales el Estado tiene la totalidad o mayoría de acciones, permitiendo tener el control en las decisiones de cara al mercado; y *empresas del Estado de autoridad*, pues el ordenamiento jurídico –confundiéndolo planos, claro está– le atribuye potestades administrativas. Para este último caso se tratan de actos administrativos, pues provienen justamente del ejercicio de potestad pública por disposición de la ley, siendo susceptibles de impugnación por quienes se consideren afectados ilegítimamente en su esfera jurídica, como son aquellos dictados durante procedimientos de contratación, de acuerdo a la legislación sectorial aplicable y a las normas generales de la LPAG. No hay duda que los contratos que suscriban las empresas del Estado con potestades públicas que utilicen fondos públicos o de mercado para proveerse de bienes, servicios u obras tienen el carácter de “administrativos”, porque su ley de creación dispone el otorgamiento de potestades de derecho público.

En cambio, para el caso de las empresas del Estado de accionariado único y privado, de ninguna manera sus actos tienen calidad de administrativos, configurando meras expresiones de organizaciones estatales regidos por el derecho privado, aunque sí tienen “eficacia jurídico pública”<sup>46</sup>. Esto permite su impugnación por disposición del ordenamiento, a efectos de salvaguardar al interés del particular, a través de lo que la doctrina<sup>47</sup> ha denominado “administrativización del conflicto”. Esto significa que los contratos suscritos son “administrativos” o, por el contrario, son “privados”<sup>48</sup>, cuestión que no es fácil de resolver, pues de ello dependen consecuencias de importancia mayor.

45 Íñigo Sanz Rubiales, *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004, pp. 43-45.

46 Que como ha quedado comprobado se trata de un término introducido en nuestro Derecho por los profesores Antonio Abruña Puyol y Víctor Baca Oneto.

47 Cfr. José Luis Martínez López-Muñiz, “Principios de la contratación pública”, en *Estudios de derecho administrativo*, Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 432.

48 Problemática que ha motivado el desarrollo de la presente investigación, a partir de lo formulado ya tiempo atrás por el profesor Baca Oneto, debido a que, “el criterio estrictamente subjetivo en la LCE ha sido desplazado por el criterio económico, pues también se aplican a sujetos que no son formalmente administraciones públicas, sino que operan bajo el control de esta, y que salvo que tras la pantalla de la personificación privada se oculten verdaderas administraciones públicas, los contratos que celebren no tienen que ser auténticos contratos públicos”. Víctor Baca Oneto, “Luces y sombras de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado”, *Revista Jurídica del Perú*, n.º 94, 2008,

Si decimos que son auténticos contratos administrativos, estaremos a la vez reconociendo que se tratan de auténticas Administraciones públicas –en aplicación a la teoría del levantamiento del velo societario– en tanto la suscripción de las relaciones contractuales públicas nace de un acto administrativo –uno de adjudicación como decisión unilateral– y otros generados en el *iter* procedimental. Pese a todo, debemos desechar esta posibilidad, pues los actos que emiten las empresas del Estado que nosotros hemos denominado de mercado –accionariado único y de accionariado privado– no tienen calidad de “administrativos”, es decir, no se han generado en el marco de relaciones jurídicas administrativas, toda vez que sin negar el carácter público y control político que ostentan, también es cierto que han “huido” de la regulación del derecho público. Se ha amparado en la supuesta “flexibilización” del derecho privado mediante formas instrumentales, sin tener habilitadas potestades públicas.

Es por ello que recurrimos a lo sostenido por un sector de la doctrina con relación a imponer las exigencias de contratación pública propias del derecho público que adoptan personificaciones jurídico-privadas, a quienes se les aplica los principios y reglas propias de dicho sector, pero “no cambia la naturaleza de sus actos de contratación ni de los contratos resultantes, que habrán de continuar siendo considerados privados, sin perjuicio del más amplio *ius cogens* o imperativo a que estén sujetos, y aunque además la normativa aplicable pueda abrir cauces de reclamación para la administrativización de los conflictos que suscite la aplicación de la normativa especial –de origen jurídico-público– a que han de sujetarse, poniendo su garantía bajo la Administración, sin perjuicio del control a su vez de esta por el Poder Judicial en cualquiera caso”<sup>49</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no son contratos administrativos. Pero es evidente que son contratos públicos de carácter privado<sup>50</sup>, lo que nos lleva

p. 192. En el mismo sentido, y para el derecho español, Martínez López-Muñiz sostiene que “sin perjuicio de que algunas reglas o exigencias surgidas en el ámbito del Derecho público puedan encontrar cierta identidad de razón para ser aplicadas total o parcialmente como verdadero *ius cogens* en el Derecho privado que deba aplicarse a algunos sujetos y a sus contrataciones en determinadas situaciones. Pero esto último no convierte actuaciones contractuales plenamente privadas en públicas, ni la tutela judicial efectiva con que deban protegerse los derechos e intereses implicados tendrá por qué asegurarse por los cauces y ante las instancias que el derecho dispone específicamente para el derecho público, aunque razones de conveniencia puedan aconsejar la apertura de cauces para la administrativización inicial de esa tutela”. José Luis Martínez López-Muñiz, “Prólogo”, en Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, op. cit., p. 31.

49 José Luis Martínez López-Muñiz, “Principios de la contratación pública”, op. cit., p. 432.

50 Expresión que resulta cuanto menos llamativa. Igualmente, y pese a que Morón Urbina les denomina contratos privados, los incluye en la categoría de “contratos administrativos

a admitir que ciertas organizaciones empresariales del Estado recurran a instrumentaciones privadas –sociedades mercantiles– para que operen en el mercado con sus pares privados, sin mayores diferencias de actuación en el campo empresarial, aunque se ha visto jurídicamente conveniente administrativizar<sup>51</sup> aquellos aspectos referidos a la transparencia y publicidad de los procedimientos de contratación o rendición de cuentas del gasto público. En otras palabras, para las contrataciones de bienes, servicios y obras, estas empresas del Estado –salvo excepciones por ley, como la regulación de las cajas municipales de ahorro y crédito– se someten a las disposiciones contenidas en la LGCP, en su condición genérica de “entidades”, organizando los procedimientos de contratación, en los cuales podrían ejercer las siguientes prerrogativas: (1) modificaciones contractuales tales como prestaciones adicionales, reducciones, ampliaciones o modificaciones convencionales; (2) resolución contractual, aunque el administrado también puede articular esta figura en determinados supuestos, sin que se configure una decisión de mutuo acuerdo<sup>52</sup>; y (3) declaratoria de nulidad de oficio de los actos administrativos en dos momentos.

En efecto, bajo cualquier supuesto hubiese sido mejor dotar a las empresas del Estado de potestades administrativas, incluidas aquellas regionales y municipales, de otra personificación como entidades de régimen y forma de derecho público que realizan actividad económica empresarial<sup>53</sup>. Solo de esta manera, dichas entidades públicas empresariales deberán ser consideradas, en suma, como auténticas Administraciones públicas con expresa

*por extensión*”. Juan Carlos Morón Urbina *La contratación estatal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 92.

- 51 Igual razonamiento podría hacerse con los actos que emite Telefónica del Perú S.A.A., como prestador de un servicio “público” que –luego de agotar una instancia de reclamo frente al mismo sujeto privado– son materia de impugnación ante el Tribunal del Osiptel, pero ello no convierte a los actos de esta empresa privada en *administrativos*, sino únicamente se permite su impugnación, a efectos de resguardar los intereses de los usuarios, sin configurar una relación jurídico-administrativo.
- 52 A diferencia de la normativa respecto a la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos, se regula como causales de terminación del contrato, entre otras, por acuerdo mutuo, y resolución por parte del Estado por razones de interés público. Pero para los contratos regulados en la anterior normativa ya la opinión n.º 046-2020/DTN, FJ 2.2 del 24 de junio de 2020 ha dispuesto que no cabe resolución por acuerdo de partes. Recientemente la opinión n.º D000008-2025-OSCE-DTN señala que no se contempla como causal de resolución contractual la “renuncia a continuar con provisión de servicios”.
- 53 Al profesor Abruña Puyol le resulta “chocante admitir en principio la posibilidad de otorgar potestades públicas a una empresa del Estado constituida bajo forma jurídico privada”. Antonio Abruña Puyol, *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, *op. cit.*, p. 77, nota 115.

atribución del ejercicio de potestades administrativas, así como todas las prerrogativas, también en materia contractual.

Podría decirse, en definitiva, que es conveniente calificar a la generalidad de empresas del Estado como de naturaleza "mixta" o "híbrida"<sup>54</sup>, pues la aplicación del derecho público siempre será para el núcleo duro de la sociedad mercantil, involucrando únicamente a la constitución, pero no a la gestión de la actividad para el cual está habilitada a operar en el mercado de manera concurrente o prestando un servicio esencial, en estricta aplicación del derecho privado.

##### 5. NULIDAD DE OFICIO COMO POTESTAD EXPRESA EN MATERIA CONTRACTUAL. POTESTAD QUE NO SE CONDICE CON LA NATURALEZA DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO<sup>55</sup>

Debe partirse de la idea que los actos administrativos son actos jurídicos sometidos a un régimen de carácter público, siendo la manifestación por excelencia de la Administración pública, incluso así justifica su existencia y su incidencia en el ámbito de sus destinatarios, en tanto se busca los efectos deseados, lo cual implica un irrestricto deber de obediencia. Entonces, si la Administración pública se define como un poder público, este se materializa por ejercer potestades que recaen sobre los particulares vinculados de cierta manera con aquella organización. Es así que resulta sencillo aceptar nuevamente la definición del acto administrativo propuesta por Abruña Puyol como toda declaración de la Administración productora de efectos jurídicos en ejercicio de una potestad administrativa, cuyas notas características se resumen en: (1) procedencia de una Administración, (2) declaración productora de efectos jurídicos y (3) ejercicio de una específica potestad administrativa<sup>56</sup>. Que como hemos visto, estas notas no son predicables de

54 Esta es la posición de Adolfo Céspedes Zavaleta y de la profesora española Carmen Chinchilla Marín, quien ha puesto de manifiesto que "las sociedades mercantiles públicas no son, realmente, personas jurídico-privadas, sino 'un híbrido' de personificación jurídica al que antes que el derecho privado y preferentemente al derecho público, se le aplica el derecho administrativo". Carmen Chinchilla Marín, "Las sociedades mercantiles públicas", *op. cit.*, p. 48.

55 Para este acápite, asumimos las ideas vertidas del profesor Baca Oneto, con ciertas particularidades que se irán comentado. Víctor Baca Oneto, "La anulación de los contratos públicos regulados en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento", *op. cit.*, *in totum*.

56 Antonio Abruña Puyol, "Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo", *op. cit.*, *in totum*.

los actos jurídicos que emiten de todas las empresas del Estado, pese a su fuerte e irracional control público-político.

En efecto, los actos administrativos no están exentos de imperfecciones materiales y procesales, que requieren de su análisis en particular para la aplicación de un régimen de invalidez, lo que ha llevado a Parada Vásquez a denominarles como "situaciones patológicas", pues faltan o están viciados algunos de sus elementos<sup>57</sup>. De esta manera, Baca Oneto entiende que la invalidez es "la condición que se predica de aquel acto que al dictarse no cumple con los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico y que no goza de una especial protección por parte de este, careciendo por ello de idoneidad para producir los efectos jurídicos buscados. Así, no es la consecuencia de toda ilegalidad, sino solo de algunas consideradas como más relevantes, y únicamente en este sentido puede ser entendido como una sanción"<sup>58</sup>.

Esto supone partir de la idea, como indica el mismo autor, que la invalidez no puede ser sobrevenida, sino necesariamente originaria, debido a un desajuste estructural relevante para el ordenamiento jurídico, sin que sea posible equiparar esta categoría con la ilegalidad, ya que ambas se predicen del acto<sup>59</sup>. Por otra parte, los actos administrativos en el derecho peruano son, pues, nulos cuando agraven el interés general o derechos fundamentales por inadecuación de protección jurídica, recurribles por los particulares, como regla general, en el plazo de 15 días perentorios, sin importar la valoración del vicio. Pero debido a dichas características, nuestra doctrina notó hace algún tiempo que el único "grado de invalidez" reconocido detrás de la "nulidad de pleno derecho" es la anulabilidad, lo que trae serias complicaciones para el régimen contractual, sobre todo por el plazo para alegar la invalidez una vez suscrito el contrato público, y lo discutible que es arbitrar el acto que lo anula de oficio al ser un claro ejemplo de una potestad administrativa.

Pues bien, la figura de la nulidad regulada en la LPAC irradia a todos los procedimientos administrativos especiales, siendo el procedimiento de contratación uno de ellos. A este propósito, los artículos 70 y 71 de la LGCP regula, por un lado, los supuestos de revisión de oficio de la entidad contratante durante el procedimiento de contratación, sin perjuicio que la autoridad de la gestión administrativa o Tribunal del OECE pueda declararla en la resolución recaída en los recursos que conozca; y, por otro lado,

57 Ramón Parada Vásquez, *Derecho administrativo*, t. I, 13.a ed., Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 182.

58 Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, op. cit., pp. 44-45. Cfr. la posición del OSCE en la opinión n.º 066-2021/DTN.

59 *Ibid.*, p. 40, nota 7. No comparte la afirmación sostenida por buena parte de la doctrina española (González Navarro y Nieto, entre otros) que la ilegalidad es fruto de una constatación, mientras la invalidez resulta de un juicio de valoración.



aquellos supuestos –lista cerrada– luego de celebrado el contrato público, lo que nosotros entendemos su perfeccionamiento.

En rigor, la expresión “declara de oficio la nulidad” se refiere a la figura de revisión de oficio, en tanto la Administración pública puede, justificada por el principio de autotutela, declarar la nulidad de los actos administrativos, aun cuando haya quedado firmes, siempre que afecten el interés público o lesionen derechos fundamentales, que como ya vimos estos vicios engloban todos los supuestos de “nulidad de pleno derecho”, aunque en realidad se tratan de “vicios de anulabilidad” por su caracterización en su régimen adjetivo. Cabe advertir, que conforme los incisos 3 y 4 del artículo 213 de la LPAG, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contados a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, para el caso del supuesto de nulidad del artículo 10.4.

Y en caso de que esta facultad haya prescrito, la anulación judicial podría obtenerse con la llamada “autoimpugnación”, que solo procede vía proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes, contados desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa. Pero vale hacer una precisión adicional cuando se traten de actos administrativos emitidos por consejos o tribunales en régimen especial, la declaración de nulidad únicamente la podrán ejercer de manera unánime, lo que traería ciertas dificultades en el Tribunal del OECE por las constantes reconfiguraciones de salas.

Corresponde, por tanto, en estos casos, una actividad autorreflexiva por parte de la Administración pública para determinar la gravedad del vicio, y su afectación al interés general o derechos fundamentales, sin necesidad que haya sido alegado por las partes vinculadas al acto administrativo, lo que hace que adquiera una nueva significación distinta a la anterior regulación, pues ya se trata de una potestad discrecional y reglada, es decir, estamos frente a una figura de naturaleza bifronte. Por ello hay que entender que la declaración de nulidad de oficio es el reflejo de la importancia en la valoración de la causal de nulidad considerada como “infracción”<sup>60</sup>.

Para algunos autores, como Baca Oneto, la afectación a derechos fundamentales ya configura un auténtico supuesto de nulidad, en tanto ya no hay una valoración discrecional, sino que la Administración pública se encuentra

60 Por todos, véase Javier García Luengo, para quien “la existencia de la potestad de declaración de oficio de la nulidad de un acto administrativo en manos de la Administración es una manifestación de sus poderes de autotutela y no una consecuencia de la teoría de las nulidades”. Javier García Luengo, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, 2022, p. 112, nota citando al profesor Raúl Bocanegra Sierra.

obligada a su anulación, lo que en ningún caso debe llevarnos a entender que en nuestro derecho se haya regulado la revisión de oficio exógena, pues no se reconoce expresamente que sea solicitada por el particular. Sin embargo, también es cierto que el particular pueda solicitar su revisión bajo la figura de "petición graciable", que pondrá de manifiesto una irregularidad de fondo o forma que motive la anulación del acto administrativo, la que en no pocas ocasiones se archiva.

Justificado así, en el uso de la técnica de la revisión de oficio corresponde analizar la regulación específica de materia contractual y la responsabilidad que hay detrás de ejercer la potestad de nulidad. En concreto, los artículos 70 y 71 de la LGCP contiene esta potestad a la que hemos hecho referencia, siendo una facultad delegable la declaratoria de nulidad precontractual y del contrato suscrito, pues es indelegable en los supuestos de autorizar la continuación de la suscripción del contrato, así como de su ejecución, previo informes técnico y legal favorables que sustenten tal necesidad.

Ahora bien, ya la opinión n.º 019-2008/DOP del 27 de febrero de 2008 puso de relieve las razones de por qué se trata de una decisión de gestión de exclusiva responsabilidad de la entidad, ya que puede suceder que para "un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrearía su nulidad, cabe reconocer que, por circunstancias excepcionales, dicho proceder, paradójicamente, podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación", que incluso "en algunos casos, declarar la nulidad del contrato podría carecer de objeto, constituyéndose en un mero trámite formal, dado que la prestación del contratista podría haber concluido"<sup>61</sup>.

Por tanto, la nulidad constituye una herramienta para sanear el procedimiento contractual cuando, durante su tramitación, se ha verificado algún incumplimiento de la norma que determina su invalidez del acto, permitiéndole revertir tal condición de incumplimiento y continuar válidamente con su trámite. Es decir, es predicable para supuestos de gravedad absoluta que no les alcanza la cobertura de interés general<sup>62</sup>.

61 Por ejemplo, no es infrecuente el caso de los contratos de obra pública que llevan un avance de ejecución mayor al 80 % cuya proyección concuerda con el calendario de obra valorizado, pero se detecta un documento presuntamente inexacto en la valoración periódica de ciertos metrados de obra. Resulta claro que disponer la nulidad del contrato por vicios no relevantes es más perjudicial por retrasar la ejecución de la obra que, en muchos casos, existen compromisos sociales e institucionales de su culminación.

62 Véanse opinión n.º 114-2012/DTN del 3 de diciembre de 2012 y resolución n.º 1407-2021-TCE-S4 del 25 de junio de 2021, citando a doctrina mayoritariamente española.

Hasta antes de la suscripción del contrato, la autoridad de gestión administrativa puede declarar de oficio la nulidad de los actos expedidos en el procedimiento de contratación, respetando las limitaciones que se impone desde la LPAG, cuando: (1) hayan sido dictados por órgano incompetente, (2) contravengan las normas legales, (3) contengan un imposible jurídico, (4) prescindan de las normas esenciales del procedimiento y (5) prescindan de la forma prescrita por la normativa aplicable, solo cuando esta sea insubsanable. Resulta importante que en la resolución que expida para declarar la nulidad se exprese la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco. Sin embargo, ha sido innecesario que se haya introducido una etapa intermedia entre el otorgamiento de la *buena pro* y la firma del contrato para anular el procedimiento de selección, cuando en realidad se entiende que la nulidad precontractual se refiere a los actos administrativos dentro del procedimiento de selección, como al procedimiento mismo que de esta manera deja sin efecto la adjudicación.

Entrando de manera específica al pronunciamiento nulidad de oficio de las empresas del Estado. Lo primero que se le exige es la plena determinación del vicio que ocasiona la retirada del acto y consecuentemente la depuración e inexigibilidad de los efectos jurídicos, para que, de esta manera, el particular pueda –si así lo considera– recurrir directamente tal decisión ante el Tribunal del OECE, independientemente del valor económico del procedimiento de selección<sup>63</sup>.

La consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos o las formalidades impuestas por la normativa, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos. Justamente, la invalidez de un acto dentro del procedimiento de contratación determina no solo la invalidez de la etapa en la cual fue realizado, sino también la invalidez de las etapas posteriores, por eso siempre y para todos los casos, la resolución debe referenciar expresamente la etapa a la cual se retrotrae el procedimiento<sup>64</sup>.

Pero la pregunta que nos formulamos es si solo estos vicios o las empresas del Estado pueden recurrir para sustentar un pronunciamiento de nulidad alegando los vicios contemplados en el artículo 10 de la LPAG. Al respecto, por criterio de especialidad, como lo reconoce la Primera Disposición Complementaria Final de la LGCP, las disposiciones referidas a la declaratoria de nulidad prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo

63 Aunque dependiendo de la regulación, en algunos casos debe existir un pronunciamiento previo de un órgano interno de la empresa del Estado.

64 Opinión n.º 056-2010/DTN FJ 2.3. del 27 de agosto de 2010.

general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables, salvo los procedimientos sancionadores.

Siguiendo con la explicación, el artículo 71.1 de la LGCP establece que luego de celebrados los contratos, la autoridad de gestión administrativa detenta la potestad de declarar la nulidad de oficio –entendemos del acto administrativo que dio origen a la relación contractual–, pero únicamente en supuestos tasados<sup>65</sup>. Desde luego, de la opinión n.º 048-2018/DTN es posible extraer tres conclusiones: (1) la declaración de nulidad de contrato es una potestad y no como una obligación de la entidad, por tanto, cuando se verifique la configuración de alguno de los supuestos, deberá realizar una evaluación del caso en concreto y –en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad– determinar si ejerce, o no, la facultad de declarar nulo el contrato, lo que nos lleva a concluir que se trata de una decisión discrecional; (2) la consecuencia de la declaración de nulidad, es la invalidez de los actos celebrados incumpliendo los requisitos o formalidades impuestos por la normativa, siendo considerados actos inexistentes e incapaces de producir efectos; y (3) a efectos de proceder legítimamente con la nulidad de un contrato, la entidad deberá comunicarlo vía notarial, aunque a la fecha basta que su comunicación sea a través de la plataforma digital del Pladicop.

Adicionalmente, cuando la entidad advierta posibles vicios de nulidad del contrato, corre traslado al contratista para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco días hábiles, imponiéndose así en nuestro sistema una lista cerrada de causales de nulidad de oficio, y que con la actual regulación se establece cómo las partes deben proceder –al menos para el caso de obras– luego de la nulidad, entendida como inexistencia del vínculo contractual, debido a que de *facto* sí que se realizaron prestaciones y quizás pagos<sup>66</sup>, en un contexto que jurídicamente las obligaciones no resultan exigibles.

Incuestionablemente, una vez suscrito el contrato se configura una relación jurídica bilateral por las prestaciones acordadas entre el contratista y la empresa del Estado en su condición de "entidad", por eso las controversias referidas a la nulidad se resuelven mediante arbitraje<sup>67</sup>, siendo el único

65 Véase artículo 71.1 de la LGCP. Pero, de conformidad con el artículo 70.2 de la LGCP, antes de la suscripción y luego del otorgamiento de la *buena pro*, cabe anular el procedimiento únicamente en dos supuestos.

66 Víctor Baca Oneto, *La invalidez de los contratos públicos*, op. cit., p. 359. Cfr. con la opinión n.º 199-2018/DTN. Aunque a diferencia de la anterior regulación, el artículo 111.3 de la LGCP indica que cuando la nulidad del contrato de obra no es imputable al contratista, corresponde la constatación física y el inventario.

67 Salvo la nulidad, validez o eficacia que se pretende controvertir sea por contratos menores. Lo importante es que aquí la norma, el artículo 330.1 del RLGCP, que aglutina estos conceptos como si fuesen sinónimos, lo que pone en evidencia la falta de clarificación conceptual del ordenamiento peruano.

legitimado el contratista, cobertura de legitimidad que no alcanza a los postores no adjudicatarios que participaron en el procedimiento de selección, pues en aplicación a la tácita separabilidad de los actos, aquellos ya ejercieron su defensa mediante los recursos administrativos o consintieron el acto administrativo, que en todo caso la invalidez "no sería la del propio contrato, sino que impediría su nacimiento"<sup>68</sup>.

Es conveniente anotar que el tribunal arbitral por disposición imperativa aplica en primer lugar las causales de nulidad previstas en la LGCP y luego las causales que reconozca el derecho nacional, siendo fuentes normativas el Decreto Legislativo n.º 1071 referido a la regulación del arbitraje, así como de la LPAG. Pero debemos adelantar que, en contra de la opinión n.º 081-2008/DOP no hay disposición normativa alguna de la cual se pueda inferir que la suspensión del procedimiento de selección en mérito a la interposición del recurso de apelación implica que la entidad no pueda declarar la nulidad oficio del mismo, o de otros actos administrativos, en tanto, lo que queda en suspensión es el trámite de la contratación y no la potestad de anular.

A partir de estas apreciaciones podemos afirmar que las empresas del Estado, cualquiera sea el tipo empresarial, no deberían tener potestades de nulidad de oficio ni antes ni después del perfeccionamiento de las relaciones contractuales, toda vez que lo que hace que determinada "organización" tenga el carácter de Administración pública, es la habilitación de potestades de derecho público, aunque, en ocasiones, no tenga sentido su ejercicio. Lógicamente, será necesario también confirmar que la "administrativización del conflicto" ocasiona que se les trate como una Administración pública, considerando que son actos privados<sup>69</sup>—denominadas, resoluciones gerenciales— que el ordenamiento jurídico permite su impugnación en el Tribunal

68 Víctor Baca Oneto, "La anulación de los contratos públicos regulados en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento", *op. cit.*, p. 90. Como indica el autor, el único caso en que habría un interés legítimo para habilitar a los postores a impugnar el acto de perfeccionamiento del contrato, es si se modifica el contenido del contrato al suscribirse, y presentase "un vicio que no podía existir al otorgarse la buena pro" (p. 91). Por eso es perfectamente claro lo expresado en las opiniones n.º 010-2019/DTN ("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") y n.º 039-2019/DTN ("las partes no podían 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").

69 Que como ya ha quedado comprobado, no hay identidad sustancial con el régimen jurídico del acto administrativo.

del OECE o en instancia arbitral, a efectos de no dejar en indefensión a los particulares, por el efecto jurídico-público que ocasionan.

Entonces, el problema es la personificación como revestimiento externo, pues ya hemos justificado que la totalidad de la actividad empresarial del Estado se encuentra en la mayor o menor medida en alcanzar el interés público, traducido en la satisfacción de los usuarios por la puesta en el mercado de bienes, servicios y obras, de modo que se respete el principio de subsidiariedad en su vertiente social. Sin embargo, cabe hacer una advertencia, para la aplicación de los principios de contratación pública que orientan las reglas relativas a la voluntad de formación contractual resulta irrelevante si la empresa del Estado no opera con fondos públicos, pues debe tenerse presente que esos ingresos de mercado han sido fruto del tesoro público para su constitución, sin olvidar que su propiedad siempre tendrá un carácter público.

Pero pese a todo lo expuesto, la LGCP permite el uso de potestades administrativas, o incluso existen criterios casuísticos del OECE que así lo avalan<sup>70</sup>. Dado que el legislador no se ha detenido a comprender el problema aquí planteado y, por tanto, no establece limitaciones en la aplicación de las reglas que contengan potestades administrativas a las empresas del Estado, el debate no quedará zanjado, debido también a la escasa doctrina nacional sobre el tema.

## CONCLUSIONES

Jurídicamente, las empresas del Estado –salvo la de potestades administrativas– no son Administraciones públicas, pues al ser técnicas puramente instrumentales, no corresponde sujetarse a las disposiciones de la LPAG, ni a las normas de derecho público, salvo las referidas a las vinculaciones con el sector al que pertenecen.

No puede desconocerse que las empresas del Estado de potestades administrativas reguladas en el Decreto Legislativo n.º 1031, por la concepción

70 Como fue el caso expuesto en la resolución n.º 910/2007.TC-S1 para el régimen especial de Petroperú S. A., la cual señaló que “las normas contenidas en el reglamento de Petroperú son de aplicación inmediata a todos los supuestos de hecho que hayan sido regulados en dicho cuerpo normativo, siendo de aplicación supletoria las normas generales vigentes en materia de adquisiciones y contrataciones en caso de vacío o deficiencia; conclusión que se condice con lo indicado en el propio reglamento cuando menciona que las primeras prevalecen sobre las segundas”, y en base a ello, la opinión n.º 051-2008/DOP concluyó que Petroperú S. A. podría declarar de oficio la nulidad de un contrato suscrito en virtud de su normativa especial, cuando se verifique que el proveedor hubiera presentado información falsa o inexacta durante el procedimiento de contratación o la suscripción del contrato.

orgánica funcional que asumimos, califican forzosamente en el concepto de Administración pública, y que por tanto los actos que emiten tienen la calidad de "administrativos", aunque únicamente aquellos que tienen una exteriorización concreta frente al administrado, como pueden ser los dictados en un procedimiento de contratación o el contrato público suscrito. Pero el problema se agudiza aún más con las empresas del Estado que nosotros hemos denominado de "mercado", que ni tienen la calidad de Administraciones públicas ni emiten actos administrativos, pero se permite la impugnación de sus actos en un régimen administrativizado. Ello tiene su inmediato reflejo en la naturaleza jurídica de los contratos que celebran estos sujetos empresariales, pues al ser técnicas de personificación privadas, entendemos que los vínculos contractuales que suscriben son privados, y que por tanto la jurisdicción competente, dependerá si las controversias o cuestiones se suscitan en la fase *in fieri* o en la fase *in facto esse*.

Como queda apuntado, de entre las potestades de derecho público más importantes reconocidas en el texto de la LGCP, tenemos la declaratoria de nulidad de oficio bajo dos escenarios. Las referidas a las causales de nulidad antes de la suscripción del contrato, y las que pertinentes con posterioridad a la suscripción, contenidas en una lista cerrada. Situación que se complica, por el desconocimiento de las auténticas categorías de nulidad y anulabilidad en el ordenamiento peruano.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abruña Puyol, Antonio. "Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo". *Revista Foro Jurídico*, n.º 15, 2016.
- Abruña Puyol, Antonio. *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*. Lima: Palestra Editores. 2010.
- Abruña Puyol, Antonio y Víctor Baca Oneto. *Notas al Curso de Derecho Administrativo, lección vigésima primera, "La empresa pública y el servicio público"*. Piura: Universidad de Piura. 2008.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de derecho*. Bilbao: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1994.
- Ariño Ortiz, Gaspar. "De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas". *Revista de Administración Pública*, n.º 138, 1995.
- Ariño Ortiz, Gaspar. "El enigma del contrato administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Lecciones de administración (y políticas públicas)*. Madrid: Iustel, 2011.

Baca Oneto, Víctor. "La anulación de los contratos públicos regulados en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 7, 2009.

Baca Oneto, Víctor. "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 del III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Grijley, 2008.

Baca Oneto, Víctor. "Luces y sombras de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado". *Revista Jurídica del Perú*, n.º 94, 2008.

Baca Oneto, Víctor. *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. II. Lima: Palestra Editores, 2017.

Céspedes Zavaleta, Adolfo. *El Estado empresario: Verdades, conjeturas y mitos jurídicos*. Madrid: Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

Chang Chuyes, Guillermo. "La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria Res. n.º 3134-2010/SC1-INDECOPI". En *II Convención Estudiantil de Derecho Público de la Universidad de Piura*. Lima: Palestra. 2015.

Chinchilla Marín, Carmen. "Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada, ¿realidad o ficción?". *Revista de Administración Pública*, n.º 203, 2017.

De Solas Rafecas, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990.

García Luengo, Javier. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 2002.

Huapaya Tapia, Ramón. "Concepto, especies y criterios del contrato público". En *Estudios de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica. 2018.

Isasi Cayo, Felipe. *Tratado de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

Laguna de Paz, Juan Carlos. "La renuncia de la Administración pública al derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995.

Linares Jara, Mario. *El contrato estatal*. Lima, Grijley, 2002.



- Macera Tiragallo, Bernard-Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el derecho público español*. Barcelona, Cedecs. 2001.
- Martín Mateo, Ramón. *Ordenación del sector público en España*. Madrid: Civitas, 1974.
- Martin Tirado, Richard. "El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa". *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 13, 2013.
- Martínez López-Muñiz, José Luis. "La causa jurídica-pública de los contratos públicos". En *Modernizando el Estado para un país mejor*. Lima: Palestra Editores, 2010.
- Martínez López-Muñiz, José Luis. "Principios de la contratación pública". En *Estudios de derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *La contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- Muñoz Machado, Santiago. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la económica". En *Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel, 2009.
- Parada Vázquez, Ramón. *Derecho administrativo*, t. I, 13.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, t. II, 2.ª ed. Madrid: Iustel, 2004.
- Sanz Rubiales, Íñigo. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2004.
- Troncoso Reigada, Antonio. *Privatización, empresa pública y constitución*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Vignolo Cueva, Orlando. *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*. Lima: Palestra Editores. 2019.

