

# Las competencias normativas de las autoridades administrativas peruanas en materia de contratación estatal<sup>1</sup>

JUAN CARLOS MORÓN URBINA<sup>2</sup>

## RESUMEN

La ley peruana ha reconocido expresamente competencias normativas a las entidades del Poder Ejecutivo, por lo que, en ejercicio de facultad reglamentaria, diversos actores públicos presentan un papel preponderante en la creación de las fuentes del ordenamiento jurídico en materia de contratación estatal. Sin embargo, el hecho de que las competencias se encuentren delimitadas positivamente no evita la aparición de distorsiones en el sistema de fuentes, ya sea porque las entidades públicas exceden sus facultades o porque equivocadamente se reconocen como normas a instrumentos emitidos por estas que no califican como tales. Bajo este contexto, el presente artículo tiene como propósito

1 Quiero testimoniar el valioso, dedicado y calificado aporte y apoyo de Yoshie Concha Takeshita en la formulación de la presente investigación.

2 Abogado por la Universidad San Martín de Porres, Chiclayo, Perú. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Profesor de cursos de derecho administrativo de las universidades Católica del Perú, San Martín de Porres y de Piura, Perú. Socio del Estudio Echecopar. Correo-e: juancarlos.moron@echecopar.com.pe. Fecha de recepción: 12 de agosto de 2017. Fecha de modificación: 30 de agosto de 2017. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2017. Para citar el artículo: MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. "Las competencias normativas de las autoridades administrativas en materia de contratación estatal en Perú", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n° 19, 2018, pp. 119-157. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.07>

identificar a aquellas entidades que hacen ejercicio de potestad reglamentaria, así como los instrumentos normativos que crean y su relación con el resto de fuentes jurídicas que regulan la contratación estatal, para finalmente analizar, en los hechos, las distorsiones antes referidas.

Palabras clave: Competencia normativa, Potestad reglamentaria, Contratación estatal, Fuentes del derecho.

## Regulatory Powers in Public Procurement Law of Peruvian Administrative Agencies

### ABSTRACT

Peruvian law has explicitly recognized regulatory powers to administrative agencies, which allows them to have a preponderant role in the production of rules in public procurement. Although these delegations of legislative authority are positively defined, distortions in the system of legal sources arise when agencies exceed delegated powers or when measures issued by administrative entities are mistaken for regulations. This paper aims to identify regulatory powers of Peruvian administrative agencies, as well as the regulatory measures they issue, and their relation with other sources of law.

Keywords: Regulatory Agencies, Quasi legislative Powers, Regulatory Powers, Public Procurement, Sources of Law.

### 1. LA RESERVA DE LEY ESTABLECIDA POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA COMPLEMENTARIA REGLAMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

De conformidad con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú<sup>3</sup>, cuando una entidad desea adquirir o contratar bienes, servicios u obras, como regla general, debe efectuar un procedimiento de selección en el que concurren y compitan distintos proveedores, de modo tal que se elija a aquel cuya oferta técnica y económica reúna las mejores condiciones de calidad, plazo y precio que permitan garantizar la atención de sus funciones y operaciones esenciales,

3 "Artículo 76.º. Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

en la calidad requerida, a precios y costos adecuados, y en el tiempo oportuno. Dicho precepto constitucional también dispone que "La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades", creando una reserva de ley para el desarrollo normativo de la contratación estatal, y en particular, de los procedimientos de selección. No se trata de una reserva de ley formal, pues cabe la posibilidad de que la materia sea regulada por decreto legislativo o, en su defecto, por decreto de urgencia. Sin embargo, sí es una limitación para que mediante ordenanzas regionales o locales<sup>4</sup>, o normas reglamentarias del Poder Ejecutivo, se regule el contenido esencial de los procedimientos de contratación.

La Constitución tampoco consagra la necesidad de que exista una única ley sobre procedimientos de contratación, dado que podría haber más de una, en función a diversos aspectos o consideraciones legislativas. El propio Tribunal Constitucional<sup>5</sup> se ha manifestado al respecto señalando:

En consecuencia, si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76.º de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.

Este Colegiado reconoce que hoy en día la búsqueda de una mayor eficacia en la administración pública puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad, en términos de costo y tiempo –necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado–, se opte por mecanismos alternos, pues como ya se ha señalado, lo que finalmente se busca con

4 Para el caso de los gobiernos regionales y locales hay, además, una restricción complementaria para poder regular autónomamente en materia de contratación estatal en la Ley de Bases de Descentralización. Dicha norma establece claramente en su artículo 10 que: "Artículo 10. Carácter y efecto de las normas.

10.1. La normatividad que aprueben los distintos niveles de gobierno en el marco de sus atribuciones y competencias exclusivas, son de cumplimiento obligatorio en sus respectivas jurisdicciones.

10.2. Los poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.

10.3. Las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y los sistemas administrativos del Estado, referidos a presupuesto, tesorería, contaduría, crédito público, inversión pública, contrataciones y adquisiciones, personal y control, por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio para todos los niveles de gobierno".

5 Exp. n.º 020-2003-AI/TC, Lima, Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima.

los procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado, optimizando el uso de recursos públicos.

Por lo expuesto precedentemente, y asumiendo como perspectiva de análisis el carácter dinámico de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, consideramos que –contrariamente a lo alegado por la parte demandante– la Constitución sí permite mecanismos alternos, siempre y cuando estén previstos por ley, respeten los principios que subyacen en el artículo 76.º de la Constitución, y representen la consecución de mayores ventajas para el Estado y la sociedad en general. En ningún caso el mecanismo alternativo y de excepción estará exento de fiscalización previa o posterior, ni tampoco de la determinación de eventuales responsabilidades a que hubiera lugar.

En ese sentido, el propio intérprete de la Constitución ha manifestado que es válido crear procedimientos alternos de contratación además de los existentes en la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual podría haber más de una ley de la materia, como en efecto sucede con frecuencia. El límite constitucional para ello es el cumplimiento riguroso del artículo 103 de la Constitución Política, que permite la viabilidad constitucional de las leyes especiales en la medida que atiendan a la naturaleza de las cosas, y no se dicten simplemente para diferenciar o privilegiar alguna institución estatal con un procedimiento o regla contractual más flexible o beneficiosa. En esa medida, un régimen legal especial solo tiene compatibilidad constitucional cuando atiende a la naturaleza del sector adquirente, al objeto particular o al complejo del contrato, mas no será admisible, por ejemplo, si se desea dar a una entidad un prerrogativa adicional a las demás organismos estatales, suprimiendo etapas de los procesos de selección, abreviando plazos para los postores, evitando mecanismos de impugnación, etc.

Es importante advertir, para los fines de este trabajo, que la reserva de ley impide que las autoridades administrativas puedan dictar normas primarias sobre materia de compras públicas en sus diversas variantes y fases. No obstante, no se impide que las entidades, en materias de interés relevante para la gestión pública y una vez en vigencia las normas legales en materia de compras públicas, dicten normas reglamentarias complementarias. Estas normas reglamentarias complementarias –conforme a su naturaleza de reglamentos ejecutivos– pueden incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla, como, por ejemplo, fijar competencias, plazos, disgregar procedimientos, etc.

Por el contrario, estas normas reglamentarias no pueden alterar o desnaturalizar la ley a la cual reglamentan, introducir condiciones nuevas, obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, interpretar oficialmente una ley, ampliar o restringir alcances de la ley discriminando supuestos que vengan dados por la ley para alcanzar un beneficio, entre otros. Precisamente en nuestra experiencia

reciente, la aprobación de un reglamento de las últimas leyes de contrataciones del Estado ha sido considerada de tanta importancia, que el propio legislador ha considerado necesario dar *vacatio legis* a su propia ley hasta que el Ejecutivo apruebe y publique el reglamento nuevo acorde con esa ley, de tal suerte que ambas normas entren en vigencia conjuntamente para darle seguridad al sistema de compras públicas.

En verdad, no hablamos de un solo reglamento que el Poder Ejecutivo debe dictar para ordenar la aplicación correcta de la ley, sino de un conjunto de normas reglamentarias que van a organizar casi un subsistema normativo de las compras públicas, compuesto de la ley básica, su reglamento, otros reglamentos subalternos (llamados directivas) y otras más fuentes de derecho que explicaremos a continuación.

A fin de que estos propósitos puedan concretarse, la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento reconocen competencias normativas a diversas entidades del Poder Ejecutivo, que son desarrolladas a través de otras normas legales, siendo que todas, en conjunto, le dan sustento a estas facultades así como a la normativa que en su ejercicio se generan.

## 2. IDENTIFICANDO COMPETENCIAS NORMATIVAS PARA DICTAR NORMAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Como es usual en el derecho administrativo, uno de los ejes que rige la actuación de la Administración pública es el principio de legalidad, que es recogido en el literal 1.1 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley n.º 27444, cuyo tenor establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Esta vinculación positiva de la Administración a la ley exige que, para la validez de las actuaciones administrativas, haya una referencia expresa y específica a un precepto jurídico o que, partiendo desde este, pueda derivarse como su cobertura o su desarrollo necesario<sup>6</sup>. En particular, la competencia normativa de las entidades del Poder Ejecutivo para ejercer la potestad reglamentaria debe haber sido expresamente otorgada por norma legal, de modo que dichas normas solo serán válidas si cuentan con una norma que expresamente faculte al organismo u órgano a darla, predeterminando clara y taxativamente la competencia material para ello.

En materia de contrataciones públicas, las competencias normativas de la Administración han sido debidamente recogidas en leyes –o normas con rango

6 JUAN CARLOS MORÓN URBINA, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 11.º ed. actualizada y revisada, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 63.

de ley– y se atribuyen a múltiples autoridades con competencias de alcance nacional, las cuales, participan del sector economía, finanzas y comercio. De modo que, en este caso, todos serán reglamentos ejecutivos, de ejecución o *secundum legem*, reglamentos que, como se sabe, deben responder a la "regla de oro"<sup>7</sup> en su relación con la ley, es decir, ser un complemento indispensable de la ley de contrataciones, de modo que como todos los de su categoría

debe incluir todos aquellos preceptos que sean indispensables para la correcta aplicación de la Ley; pero no podrá introducir más que lo que sea estrictamente indispensable. Esto supone que la potestad reglamentaria cuenta con el natural margen de apreciación que siempre es obligado reconocer a la Administración ejecutante. Pero no podrá, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidos en la Ley misma<sup>8</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Santamaría Pastor, para quien la naturaleza de "complemento indispensable" comprende dos aspectos:

Primero, el que el reglamento no puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables. Y segundo, el reglamento debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar estos fines (solo lo indispensable)<sup>9</sup>.

## 2.1. LA COMPETENCIA NORMATIVA DE MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS EN MATERIA DE CONTRATACIONES ESTATALES

A partir de la propia Ley de Contrataciones del Estado se configura la capacidad reglamentaria del Ministerio de Economía y Finanzas<sup>10</sup>, y en esta medida, se le apodera de la competencia para dictar el decreto supremo que reglamentara la ley de la materia, el Reglamento de Organización y Funciones, y el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante OSCE). Dicha competencia es reforzada cuando el reglamento de la ley asigna al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) la competencia exclusiva en el diseño de políticas sobre contrataciones

7 LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2.ª ed. revisada y actualizada, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 135.

8 LUIS MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996, pp. 101 y ss.

9 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 349.

10 Segunda y Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por la Ley n.º 30225.

y su regulación, quedado sancionado con nulidad de pleno derecho cualquier disposición o acto que sea emitido por otra autoridad en contravención con esta previsión.

Como parte de sus funciones generales, el MEF puede, mediante decretos supremos, "Aprobar las disposiciones normativas que le correspondan en el ámbito de su competencia"<sup>11</sup>, por lo que la fijación y desarrollo de las políticas a que hace referencia el Reglamento de la LCE se aprobarán a través de este dispositivo normativo.

## 2.2. LA COMPETENCIA NORMATIVA DE OSCE Y DE PERÚ COMPRAS EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

A partir de la última década del siglo pasado, la organización administrativa peruana fue objeto de una marcada tendencia hacia la autonomización o autarquización<sup>12</sup> de diversas dependencias del Poder Ejecutivo, dando paso al empoderamiento de ciertos niveles de la burocracia administrativa en esos mismos espacios gubernativos y creando organismos públicos descentralizados separados de los ministerios. Pero, no todos estos organismos presentan similares niveles de autonomía frente a la Administración central (Ministerios), pues hay modelos más embrionarios que otros, y los más institucionales presentan autonomía funcional, administrativa, presupuestal, financiera, normativa. Este proceso de autonomización funcional ha sido motivado tanto por la identificación de nuevos enfoques para la acción administrativa (ej. La regulación económica de servicios públicos), como por la segregación de actividades preexistentes dentro del Poder Ejecutivo pero por cuya sensibilidad socioeconómica ha propendido a la búsqueda de neutralizar la acción política-partidaria, fomentar la implementación de políticas institucionales de largo plazo y dar cabida a una burocracia tecnocrática.

Con ello se intentó superar la crisis de legitimidad que afectó y prosigue afectando a la Administración estatal por el manejo partidarista de las instituciones y de los cargos públicos<sup>13</sup>, que hicieron necesario buscar mayor credibilidad nacional e internacional (inversionistas, organismos multilaterales, terceros países) sobre la calidad de su accionar.

11 Literal x del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas, aprobado por Decreto Supremo n.º 117-2014-EF.

12 Cretella Jr. define a la "autarquización" como la operación dinámica descentralizadora cuyo término final es la autarquía. JOSÉ CRETPELLA Jr., *Diccionario de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Río de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 61.

13 ANDRÉS BETANCORT RODRIGUEZ, *Las administraciones independientes: Un reto para el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Edit. Tecnos, 1994, pp. 5 y ss.

Para ello se encontraron interesantes referentes alternativos de organización en las agencias reguladoras estadounidenses<sup>14</sup>, en las autoridades administrativas independientes europeas (entre las más conocidas, la francesa<sup>15</sup>, española<sup>16</sup> y los quangos ingleses), entre otros. En este orden de ideas, fue concebida la necesidad de contar primero con una autoridad administrativa independiente que norme y supervise la contratación estatal (Organismo Supervisor de la Contratación Estatal), y luego, con una agencia específica para que realice determinados procesos de compra de manera centralizada (Perú Compras).

También, dentro del mismo sector, encontramos organismos públicos que son entidades del Poder Ejecutivo, las cuales se crean y estructuran con la finalidad de descentralizar funcionalmente la gestión de la actividad administrativa del sector, que se caracterizan por poseer personería, patrimonio y autonomía funcional, técnica, administrativa y financiera, por lo cual dictan actos administrativos, agotan la vía por sus propias decisiones y también pueden crear normativa administrativa secundaria. Estos organismos públicos, de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley n.º 29158, cuentan con competencia territorial de alcance nacional, por lo que el mismo alcance tendrán las normas que emitan.

Los organismos públicos con competencias normativas en materia de contratación estatal, según se estipula en la LCE, su Reglamento, y normas complementarias, son dos: el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Central de Compras Públicas (Perú Compras), los cuales se agregan al Ministerio de Economía y Finanzas en este proceso de organización del ordenamiento jurídico de las normas de contrataciones. Como es lógico, los reglamentos emitidos por estas entidades se ordenan y compatibilizan en función del principio de jerarquía y según la posición en la estructura

14 Véase, GABRIEL FERNÁNDEZ ROJAS, "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América", *Revista Vniversitas*, n.º 106, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, pp. 177-205.

15 GABRIEL FERNÁNDEZ ROJAS, "Las autoridades administrativas independientes en Francia", *Revista Vniversitas*, n.º 107, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 347-372.

16 GABRIEL FERNÁNDEZ ROJAS, "Las Administraciones Independientes de Regulación y Supervisión en España", *Revista Vniversitas*, n.º 109, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 419-460; ANDRÉS BETANCORT RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes: Un reto para el estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, 1994; ENRIQUE GARCÍA LLOVET, "Autoridades administrativas independientes y estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n.º 131, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 61-118; MARIANO MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: INAP, 2000, p. 25; LUIS ALBERTO POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes", *Revista de Administración Pública*, n.º 132, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 117-170; JOSÉ MANUEL SALA ARQUIER, *El Estado neutral: Contribución al estudio de las administraciones independientes. Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo* (coord. por Manuel Aragón Reyes), Madrid: Aranzadi, 1985, pp. 535-560.

organizativa del órgano que la dicta<sup>17</sup>; y como suele suceder, en caso de existir varias normas provenientes de órganos con similar rango organizativo (como son los provenientes de los órganos del OSCE), entra en juego el principio de competencia para delimitar el ámbito propio de cada reglamento<sup>18</sup>.

### 2.2.1. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE): directivas, opiniones consultivas, acuerdos de sala plena, precedentes vinculantes, documentos estándar

Dentro de la clasificación de entidades del Poder Ejecutivo, el OSCE es una autoridad independiente calificada como organismo técnico especializado<sup>19</sup> adscrito al MEF, con personería jurídica de derecho público, autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, y representación judicial propia.

Bajo dicha categoría, el OSCE, que está dirigido por un Consejo Directivo, queda sujeto a los lineamientos técnicos del sector correspondiente —en este caso, economía y finanzas—, con quien debe coordinar sus objetivos y estrategias en el marco de la política general de Gobierno. El OSCE se ha reconocido a sí mismo como el “organismo rector del sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado”<sup>20</sup>, pero lo cierto es que la normativa solo contempla el Sistema Nacional de Abastecimiento, que aún no cuenta con norma de desarrollo.

Lo anterior supone que el OSCE, como organismo especializado en materia de contrataciones estatales, supervise y promueva toda aquella contratación efectuada por las entidades del Estado, que se realicen bajo los parámetros de toda la normativa aplicable en la materia, por lo que el ordenamiento jurídico

17 LUCIANO PAREJO ALFONSO, op .cit., p. 133.

18 LUIS COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 25.º ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 128.

19 Según lo establece el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley n.º 29158, los organismos técnicos especializados son creados de manera excepcional, cuando existe la necesidad de “Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional” y “Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado”.

20 Según consta en la siguiente publicación en el portal web del OSCE: <http://www.osce.gob.pe/opcion.asp?ids=1&ido=2>. Aunque la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (art. 46) no ha reconocido a este sistema administrativo funcional y sí a otros como la Gestión de Recursos Humanos, Abastecimiento, Presupuesto Público, Tesorería, Endeudamiento Público, Contabilidad, Inversión Pública, Planeamiento Estratégico, Defensa Judicial del Estado, Control, y de Modernización de la gestión pública.

le ha reconocido expresamente diversas competencias normativas, distribuidas entre algunos de los 20 órganos que conforman el OSCE<sup>21</sup>:

### 2.2.1.1. Consejo Directivo

Como parte de la alta dirección de este organismo, el Consejo Directivo es el máximo órgano del OSCE, se encuentra integrado por tres miembros designados mediante resolución suprema refrendada por el MEF, y por un período de años renovables por un período adicional. El artículo 52 de la LCE, establece que el OSCE puede "f) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia", siendo que el ejercicio de esta función recae en el Consejo Directivo.

Y en efecto, dentro de sus funciones contempladas en el artículo 8 del ROF del OSCE, el Consejo Directivo, mediante resoluciones, se encuentra facultado a:

- a) Aprobar las directivas de alcance general en materia de contrataciones del Estado; [...]
- k) Aprobar los documentos estandarizados a ser utilizados obligatoriamente por las entidades del Estado;
- l) Aprobar los precedentes administrativos de observancia obligatoria.

En ejercicio de estas facultades, el Consejo Directivo del OSCE está habilitado para aprobar normas jurídicas de dos clases.

Las denominadas "Directivas de alcance general en materia de contrataciones del Estado" son instrumentos con el propósito de desarrollar la ley y el reglamento vigente en materia de contrataciones, en tanto precisan políticas o fijan procedimientos y actuaciones que los administrados y, en algunos casos los funcionarios y servidores públicos, deben realizar para su cumplimiento. Precisamente, la LCE y su Reglamento remiten, en una suerte de "remisión normativa", la regulación de diversos aspectos necesarios para el desarrollo de las contrataciones públicas en todas sus fases a directivas en temas específicos, como el procedimiento para la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de contratos de obra (numeral 32.2, artículo 32, LCE), las acciones de supervisión por parte del OSCE (literal c, artículo 52, LCE), las disposiciones aplicables a consorcios (artículo 118 RLCE) y la intervención económica de la obra (artículo 174, RLCE), entre otras. Nótese

21 Los órganos de OSCE se encuentran clasificados en: 1. Órganos de Alta Dirección, 2. Órgano Consultivo, 3. Órgano de Control, 4. Órgano de Defensa Jurídica, 5. Órgano de Resolución de Controversias, 6. Órganos de Asesoramiento, 7. Órganos de Apoyo, 8. Órganos de Línea, 9. Órganos Desconcentrados.

que en estos casos no se trata de normas discrecionales que el OSCE únicamente desee o considere necesario dictar, sino de verdaderos mandatos normativos para su debido cumplimiento que debe realizar bajo responsabilidad funcional.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, es digno de resaltar dos aspectos: lo material y lo formal. En lo material o desde la perspectiva de su contenido, muchas de estas normas califican como reglamentos secundarios subordinados en su validez a la ley y al reglamento principal que desarrollan, conteniendo preceptos de conducta que deben ser cumplidos por los interesados, postores contratistas. Así, tenemos las directivas sobre subasta inversa, registro nacional de proveedores, intervención económica de obras, participación de proveedores en consorcio y absolucón de consultas, entre otros. Lo importante de esta calificación es que, como reglamentos secundarios, estas directivas deben ser medios para precisar, desarrollar, pormenorizar o complementar en lo dispensable a la ley y el reglamento de contrataciones, pero con una común finalidad: asegurar su mejor ejecución. Por ende, no deberían, como con frecuencia ocurre en estas normas subalternas, incluirse nuevas cargas para los postores, requisitos para acceder a derechos o título habilitantes, o condicionar derechos a los contratistas que las normas anteriores y superiores ya han reconocido.

Aquí advertimos un fenómeno ya identificado por la doctrina española en materia de potestad reglamentaria, consistente en una ausencia de una verdadera ordenación general del fenómeno reglamentario de las contrataciones<sup>22</sup> por el uso descuidado de las categorías jurídicas, ya que conviven bajo la misma apariencia externa verdaderos reglamentos dirigidos a la ciudadanía (directivas), con lo que vienen a ser instrucciones interadministrativas o normas internas dirigidas a la propia organización administrativa, como son las referidas a la planificación de las contrataciones, sobre la certificación de funcionarios o sobre el registro de capacitadores en la especialidad. Así, estas directivas que por su ámbito subjetivo son de alcance e interés meramente interno de la administración (OSCE y las entidades contratantes), las califican como "Disposiciones Generales" y las categorizan, a diferencia del artículo VIII del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>23</sup>.

22 LUCIANO PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 123.

23 "Artículo VII.- Función de las disposiciones generales.

1. Las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones y otros análogos, los que sin embargo, no pueden crear obligaciones nuevas a los administrados.

2. Dichas disposiciones deben ser suficientemente difundidas, colocadas en lugar visible de la entidad si su alcance fuera meramente institucional, o publicarse si fuera de índole externa.

3. Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados."

Desde la perspectiva formal o del procedimiento de generación, estas directivas son aprobadas a puerta cerrada por las autoridades administrativa y sus propios órganos, sin ninguna participación de los interesados, contratistas, expertos, profesores universitarios, funcionarios y servidores públicos. No media una prepublicación de sus anteproyectos, ni tampoco justificando, si en algún caso así hubiese correspondido, dicha acción sea innecesaria, contraría a la seguridad o al interés público. Es más, en los contados casos en que los proyectos se han prepublicado, no se han justificado las razones por las que se descartan los aportes ciudadanos recibidos. Dicha omisión contraviene diversas reglas existentes, como el "Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general", aprobado por DS 001-2009-JUS<sup>24</sup>, y diversos tratados de libre comercio que contienen capítulos de compras públicas suscritos por el Perú, y en los cuales, uniformemente se ha incluido esa obligación<sup>25</sup>. Pareciera que la autoridad emisora hubiera considerado uniformemente en esta materia que fuera innecesaria, contraria a seguridad o al interés público, la prepublicación de las directivas de contratación pública.

Como sabemos, una de las modalidades de participación ciudadana funcional desarrollada en los países anglosajones<sup>26</sup>, y acogida en el comercio internacional, consiste en la necesidad de someter los proyectos de normas, reglamentos o disposiciones de alcance general a los comentarios o aportes no vinculantes, o incluso a los cuestionamientos del público en general, con

24 "Artículo 4. Alcance del concepto de las normas legales.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Reglamento, entiéndase por norma legal de carácter general a aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica".

En tal sentido, se deben publicar obligatoriamente en el *Diario Oficial El Peruano*:

"7. Las Resoluciones Administrativas que aprueban Reglamentos, Directivas, cuando sean de ámbito general, siempre que sean dictadas en ejercicio de las facultades previstas en sus leyes de creación o normas complementarias, conforme a ley".

25 Por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio celebrado con el Perú, establece claramente lo siguiente:

"Artículo 19.2. Publicación.

1. Cada Parte se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos, y resoluciones administrativas de aplicación general referentes a cualquier asunto comprendido en este Acuerdo, se publiquen prontamente o de otra forma sean puestos a disposición para conocimiento de las personas y Partes interesadas.

2. En la medida de lo posible, cada Parte deberá:

(a) publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar; y

(b) brindar a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas".

26 JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA, *La participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 45.

el objeto de considerarlos en la preparación de la versión final de la norma a ser aprobada. De este modo, avanzamos hacia una elaboración participativa de normas de contrataciones, lo cual permite habilitar formalmente un espacio institucional en el procedimiento de generación de la norma para convocar, mediante la publicación del proyecto de reglamento y su respectiva exposición de motivos, a la expresión de opiniones y propuestas por parte de los interesados. Nos encontramos frente a un trámite práctico y más conveniente que la incierta convocatoria individual a los interesados indeterminados a criterio de la autoridad, o de confiar únicamente en la visión unilateral de quien prepara la norma.

Por ello se afirma que

desde el punto de vista de la eficacia la información pública es un modo práctico y efectivo de permitir a los ciudadanos su participación en la adopción de disposiciones de carácter general, ya que frente a las dificultades de la Administración para hacer un llamamiento individual o singularizado a todos los posibles afectados por una disposición de carácter general, la información pública se presenta como una fórmula más sencilla y eficaz para dar a conocer la tramitación y el contenido de una determinada disposición de carácter reglamentario que la Administración se propone aprobar<sup>27</sup>.

Su conveniencia radica en que, no obstante garantizar el conocimiento generalizado de estos extremos por estar dirigida a todos los ciudadanos,

no excluye la posibilidad de realizar alegaciones por los ciudadanos afectados que se personen en el procedimiento. Así pues, el trámite de información pública es una forma de instar a quienes tengan interés, o lo deseen, a expresar sus opiniones a los efectos de que sirvan como fuente de información de la Administración para garantizar el acierto y oportunidad de la norma que se vaya a adoptar, pero al mismo tiempo, supone establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos que puedan verse afectados<sup>28</sup>.

Conforme a este sentido, el procedimiento de generación del reglamento en materia de compras públicas debería estar compuesto por las siguientes etapas sucesivas:

- Elaboración del anteproyecto de norma reglamentaria por el órgano del OSCE.
- La convocatoria a la ciudadanía y la difusión del anteproyecto mediante la web o medios escritos.

27 MARÍA GARCÍA GARCÍA, "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria", *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 37, Barcelona: Escuela de Administración Pública de Catalunya, 2008, p. 441.

28 MARÍA GARCÍA GARCÍA, op. cit., p. 441.

- La recepción de comentarios, aportes, sugerencias o cuestionamientos.
- La compilación y análisis de los aportes ciudadanos.
- La preparación de un informe final conteniendo la posición del OSCE sobre los comentarios, sugerencias o cuestionamientos recibidos, identificando cómo la redacción final del proyecto de norma ha quedado influenciada por los aportes recibidos.

– Aprobación de la norma reglamentaria o archivamiento del proyecto.

Como forma de ilustración de esta realidad normativa, a la fecha, OSCE tiene publicadas más de 30 directivas aprobadas mediante resoluciones del Consejo Directivo –o en su defecto, de la Presidencia Ejecutiva por delegación de funciones–, abarcando diversa temática de la contratación estatal y que podemos clasificar en las siguientes materias:

- i. *Bases estándar*: tres directivas.
- ii. *Tribunal de contrataciones del Estado*: tres directivas.
- iii. *Subasta inversa*: una directiva, la n.º 002-2017-OSCE/CD, "Procedimiento de selección de subasta inversa electrónica".
- iv. *Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE)*: tres directivas.
- v. *Resumen Ejecutivo*: una directiva.
- vi. *Registro Nacional de Proveedores*: seis directivas.
- vii. *Procedimiento de selección y ejecución contractual*: nueve directivas.
  1. Directiva n.º 012-2017-OSCE/CD, "Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras".
  2. Directiva n.º 006-2017-OSCE/CD, "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado".
  3. Directiva n.º 004-2017-OSCE/CD, "Acciones de supervisión a pedido de parte".
  4. Directiva n.º 023-2016-OSCE/CD, "Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones".
  5. Directiva n.º 022-2016-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a la comparación de precios".
  6. Directiva n.º 004-2016-OSCE/CD, "Lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular".
  7. Directiva n.º 009-2009-OSCE/CD, "Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias".
  8. Directiva n.º 007-2008-CONSUCODE/PRE, "Disposiciones sobre la documentación, obligaciones y/o requerimientos que las entidades del Estado deben evitar al elaborar las bases de los procesos de selección".
  9. Directiva n.º 001-2003-CONSUCODE/PRE, "Intervención económica de la obra".
- viii. *Plan anual de contrataciones*: una directiva.
- ix. *Conciliación y arbitraje*: doce directivas.
- x. *Certificación*: dos directivas.

- xi. *Capacitadores de OSCE: una directiva.*
- xii. *Acuerdo marco: una directiva, la n.º 007-2017-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables a los catálogos electrónicos de acuerdos marco".*

Por otro lado, dentro de estos productos normativos, el OSCE también aprueba, de manera centralizada y mediante directivas, los denominados "Documentos estándar", que consisten en formatos de carácter obligatorio que buscan uniformizar determinados productos emitidos por la Administración pública, por lo que son de obligatoria aplicación para las entidades –en particular para los comités especiales– y, en principio, no se permite su alteración o modificación. La importancia y utilidad de estos documentos radica en el hecho de que permiten una actuación ordenada de los operadores logísticos de las entidades, evitan la discrecionalidad de las entidades que a falta de ellos suelen desarrollar prácticas, usos y costumbres inconvenientes, les permite actuar con mayor celeridad y da predictibilidad a los actores privados en los procesos de selección. Por si alguna duda queda del carácter obligatorio de las directivas y los documentos estándar, este ha sido expresamente reconocido por la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la LCE<sup>29</sup>, por lo que deben ser atendidos de manera ineludible por entidades públicas.

En cuanto al contenido de las bases y las solicitudes de expresión de interés estándar, actualmente desarrollados en la Directiva n.º 001-2017-OSCE/CD<sup>30</sup>, se

- 29 "Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente Ley, a su reglamento así como a las directivas que se elabore para tal efecto; conjuntamente con los documentos estándar, manuales, y demás documentos de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública".
- 30 Están vigentes los siguientes documentos estándar:
  - 1. Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de Bienes.
  - 2. Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de Suministro de Bienes.
  - 3. Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras.
  - 4. Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación de Servicios en General
  - 5. Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación del Servicio de Consultoría en General.
  - 6. Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación del Servicio de Consultoría de Obra.
  - 7. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación de Bienes.
  - 8. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación de Suministro de Bienes.
  - 9. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación de Servicios en General.
  - 10. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación del Servicio de Consultoría en General.
  - 11. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación del Servicio de Consultoría de Obra.

prevé que tales documentos deben contener una sección general con las reglas de procedimiento y de ejecución contractual aplicables a los procedimientos de selección previstos en la normativa de contrataciones del Estado, y una sección específica que considera las condiciones particulares del procedimiento de selección, así como los formatos y anexos<sup>31</sup>.

En su implementación por los operarios, está prohibida la modificación de la sección general de las bases, bajo causal de nulidad del procedimiento de selección. En cuanto a la otra sección, esta sí puede ser modificada, pero únicamente ajustándose a las instrucciones previstas para esta sección<sup>32</sup>, completando razonablemente los espacios en blanco, "así como cumplimiento de la obligación de utilizar el contenido preestablecido de la sección específica"<sup>33</sup>, con la finalidad de establecer las especificidades y condiciones particulares aplicables a cada contratación, por lo que el margen de discrecionalidad que involucren las entidades públicas se encuentra limitado y regulado.

### 2.2.1.2. Presidencia Ejecutiva

Este órgano, como parte de la alta dirección del OSCE, es la máxima autoridad ejecutiva, titular del pliego y representante legal del organismo. El presidente ejecutivo es designado con resolución suprema refrendada por el Ministerio de Economía y Finanzas, por un período de tres años renovables por un período adicional.

Si bien el artículo 11 del ROF del OSCE expresamente lo faculta solo a "i) Proponer los proyectos normativos y de directivas en materia de contrataciones del Estado, así como los proyectos de documentos estandarizados a ser aprobados por el Consejo Directivo", dicho dispositivo permite a su vez, en el literal m de su artículo 8, que el Consejo Directivo le delegue el cumplimiento de sus propias funciones. Por ello, algunas de las directivas vigentes del OSCE han sido modificadas mediante resoluciones de Presidencia Ejecutiva<sup>34</sup>, para formalizar los acuerdos del Consejo Directivo.

12. Bases Estándar de Adjudicación Simplificada para la Contratación de la Ejecución de Obras.

13. Bases Estándar de Subasta Inversa Electrónica para la Contratación de Bienes o Suministro de Bienes.

14. Bases Estándar de Subasta Inversa Electrónica para la Contratación de Servicios.

15. Solicitud de Expresión de Interés Estándar de Selección de Consultores Individuales.

31 Ver el numeral 7.2, "Contenido de las bases y solicitud de expresión de interés".

32 Ver el numeral 7.3, "De la obligatoriedad".

33 Opinión n.º 088-2012/DTN de 24.08.2012.

34 Como la Directiva n.º 019-2016-OSCE/CD, Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE, modificada mediante Resolución n.º 277-2016-OSCE/PRE o la Directiva n.º 017-2016-OSCE/CD, Registro nacional de árbitros y registro nacional de secretarios arbitrales administrados por el OSCE, modificada mediante Resolución n.º 071-2016-OSCE/PRE, entre otras.

### 2.2.1.3. Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE)

El TCE es el órgano de solución de las controversias entre postores, compuesto por una Presidencia, cuatro salas de tres vocales cada una y una Secretaría. A su conocimiento se somete la resolución de recursos de apelación presentados por los postores no adjudicatarios en procedimientos de selección<sup>35</sup> y la aplicación de sanciones a proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas, árbitros y expertos independientes, por infracciones cometidas por administrativos durante su participación en procedimientos de selección, suscripción y ejecución de contratos<sup>36</sup>. Conforme al artículo 20 del ROF del OSCE, cuenta con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de depender administrativamente de la Presidencia Ejecutiva del OSCE.

De acuerdo al artículo 108 del Reglamento de la LCE, el TCE mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y su Reglamento, los cuales constituyen "precedentes de observancia obligatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos", que se encontrarán vigentes mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal. Estos acuerdos serán publicados en el *Diario Oficial El Peruano* y en el portal web del OSCE, y deben ser aplicados por sus salas y las entidades públicas.

En el ordenamiento peruano, la facultad de los diversos tribunales administrativos existentes para emitir precedentes de observancia obligatoria proviene de la regulación general, esto es, del numeral 2.8 del artículo V del título preliminar de la Ley n.º 27444, que reconoce a los precedentes como una de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo<sup>37</sup>. Esta es una forma particular de normativa que va más allá del tradicional precedente administrativo conocido en la doctrina contemporánea, el cual se ciñe a ser las "decisiones anteriores de la administración que resolvieron un caso análogo al actual y que podrá influir de alguna manera sobre la toma de una decisión posterior similar"<sup>38</sup>. Este precedente al que nos referimos es una decisión nueva reflexiva adoptada mediante un acuerdo adicional del propio colegiado, donde a falta

35 Numeral 41.3 del artículo 41 de la LCE.

36 De acuerdo al numeral 50.1 del artículo 51 de la LCE.

37 "Artículo V. Fuentes del procedimiento administrativo [...].

2. Son fuentes del procedimiento administrativo[...].

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicados. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede".

38 SILVIA DIEZ SASTRE, "El precedente administrativo: Concepto y efectos jurídicos", en JOSÉ LUIS BENAVIDES (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 182.

de regla expresa se crea una propia norma, las más de las veces, fundamentándose en la casuística anterior que ha visto sobre el tema. De ello se deriva que no toda decisión anterior genera este tipo de precedentes administrativos, sino solo los que el propio colegiado adopta como tal y la convierte en un fenómeno normativo nuevo.

Dichos precedentes administrativos buscan otorgar seguridad jurídica a las decisiones de los tribunales administrativos, así como trato igualitario en casos similares y disminuir la discrecionalidad de autoridades administrativas, acelerando la toma de decisiones para casos iguales futuros. Asimismo, generan una vinculación horizontal con la misma autoridad, en este caso el Tribunal, pues la decisión le vinculará en sus actuaciones posteriores respecto de los demás administrados, así como también una vinculación vertical pues, por su jerarquía y función, la decisión del Tribunal resultará vinculante para los órganos inferiores y a los operadores de contrataciones sujetos a su control.

Desde el 2007, el TCE ha aprobado 56 acuerdos de Sala Plena<sup>39</sup>, unificando criterios sobre diversos aspectos para el ejercicio de sus funciones y la resolución de los casos que se le exponen. Las materias que han sido objeto de regulación sobre estas normas son, entre otros: competencias del propio Tribunal para resolver controversias, determinación de improcedencia de recursos de apelación en materia de contrataciones, interpretación de infracciones susceptibles de derivar en sanción de inhabilitación para los postores, regulación del procedimiento para sancionar a postores y contratistas, aplicación del principio de *non bis idem* a los casos de responsabilidad de contratistas, interrelación entre su competencia con la de tribunales arbitrales, régimen de las garantías para respaldar el recurso de apelación, formas de computo de plazo para resolver, aspectos diversos del procedimiento recursal en materia de contrataciones como plazos y fijación de puntos controvertidos, entre otros.

Estas normas aprobadas por acuerdo de la Sala Plena del Tribunal tienen como contenido común aspectos procesales y sustantivos de temas de su competencia, los cuales, al ser constantes en su experiencia resolutoria, ameritan la fijación de una regla común, general y obligatoria para que los operadores estén advertidos de cómo procederá el Tribunal en el futuro, aunque en determinados casos ha servido también para unificar posiciones hacia el futuro que fueron plasmadas en actos contradictorios por diversas salas del Tribunal.

39 Información disponible en el sitio web de la OSCE, <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/acuerdos-de-sala-plena>.

#### 2.2.1.4. La Dirección Técnico Normativa (DTN) y las opiniones

La competencia para absolver consultas a las entidades y particulares sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado atribuida legalmente al OSCE ha sido asignada en particular en virtud al literal o del artículo 52 de la LCE, en un órgano especializado y técnico denominado Dirección Técnico Normativa.

La DTN es el órgano de línea responsable de establecer los criterios técnicos legales en el sentido y alcance de la regulación de las contrataciones públicas, para lo cual, el literal c del artículo 69 lo faculta "c) Emitir las opiniones e informes de absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado", como respuesta a las consultas que efectúen los actores privados y públicos de las contrataciones estatales.

De acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la LCE, las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE, que es de acceso público y gratuito, por lo que tendrán conocimiento de las mismas no solo aquellos sujetos que formularon la consulta, sino cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que entre a dicho portal.

Cuando se le consultó a OSCE sobre la validez legal de sus opiniones, a través de su Opinión n.º 084-2011/DTN, este primero precisó que sus opiniones explican, interpretan o integran la normativa de contratación estatal:

en las opiniones que emite el OSCE a efectos de absolver las consultas formuladas por los usuarios del sistema de contratación estatal, puede *explicar* la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, *interpretar* las disposiciones de dicha normativa o, incluso, *integrar* sus disposiciones para salvar vacíos o lagunas legales; según corresponda a la formulación de la consulta.

Por explicar, se entiende "dar a conocer la causa o motivo de algo" o "llegar a comprender la razón de algo, darse cuenta de ello". Interpretar, alude a la explicación o declaración del sentido de algo, y cuando ello refiere a textos legislativos, expresamente significa "Determinar el significado y alcance de las normas jurídicas". Finalmente, integrar busca "completar un todo con las partes que faltaban" (énfasis agregado)<sup>40</sup>.

Según la doctrina, la interpretación de las normas jurídicas está destinada a desentrañar el significado último del contenido de estas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico jurídico interno de la

40 Para estas definiciones, v. Diccionario de la Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=LqKFoJI>.

norma<sup>41</sup>, es decir, existe dificultad en ensamblar el supuesto de la norma con el hecho que ocurre en la realidad y que al que se pretende normar de la revisión del texto mismo del dispositivo legal en cuestión.

Por otro lado, la integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad, crea una norma para el caso concreto, con el fin de salvar lagunas o vacíos de regulación<sup>42</sup>. En este punto es preciso señalar que la interpretación normativa que realizan determinadas autoridades administrativas en el Perú refiere a una función consultiva que es necesaria pues, "cómo los entes administrativos están llamados a aplicar normas o a controlar la aplicación que otros hacen de ella, síguese que para el cumplimiento de esta función ellos han de haber interpretado tales normas"<sup>43</sup>. Por ello, el ordenamiento jurídico contempla la existencia de ciertos órganos a los cuales se pueden someter asuntos a fin que expresen su parecer, ya sea por contar con expresa competencia para ello, atribuida por norma legal, o precisamente por el hecho de tener la especialización necesaria para definir el alcance, aplicación y vigencia de la norma de acuerdo a las finalidades que debe cumplir, cuyos pronunciamientos, al difundirse, constituyen fuente del ordenamiento jurídico administrativo, según el numeral 2.9 del numeral 2 de la LPAC<sup>44</sup>.

De esta forma es claro que, en efecto, los mecanismos a través de los cuales el OSCE puede determinar el "sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado" es interpretando e integrando, con las explicaciones correspondientes, las disposiciones de la LCE y su Reglamento. Por ende, las opiniones que emite este organismo las hace en ejercicio de su función consultiva.

La DTN también ostenta otras funciones cuyo ejercicio permite la emisión de normas por otros órganos de OSCE. Así, el DTN tiene a su cargo "elaborar y proponer los proyectos normativos relacionados a la normativa de contrataciones del Estado"<sup>45</sup>, siendo responsable de evaluar y proponer los proyectos de directivas, proyectos de documentos estandarizados y proyectos de precedentes administrativos de observancia obligatoria, para su aprobación por el

41 MARCIAL RUBIO CORREA, *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 2.ª ed. corregida, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1985, pp. 221 y 269.

42 *Ibíd.*, p. 269.

43 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 5-6.

44 "Artículo V. Fuentes del procedimiento administrativo [...].

2. Son fuentes del procedimiento administrativo [...].

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas."

45 Literal b del artículo 69 del ROF del OSCE.

Consejo Directivo o por la Presidencia Ejecutiva, en caso se le haya delegado esta función<sup>46</sup>.

Las opiniones así emitidas por la autoridad constituyen fuentes de derecho indirectas, aclaratorias o de reflexión respecto del ordenamiento preexistente (fuentes directas), dado que crean derecho a partir de otras normas positivas, sirviendo únicamente para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento al cual se integran, pero no son aptas para crear una norma nueva inexistente en el ordenamiento. Es la competencia que en nuestro derecho se ha otorgado a otros organismos muy especializados como SUNAT (en materia de tributos), al Ministerio de Economía y Finanzas (en asuntos de endeudamiento, presupuesto, tesorería, contabilidad), a la SBS (en temas de seguros, banca y pensiones) o a la Superintendencia de Mercado de Valores (mercado de valores).

No estamos aquí frente a una interpretación de la norma para resolver un caso específico, sino a una interpretación en abstracto de la normativa misma para que el usuario la pueda aplicar a su caso en particular; tampoco es un informe técnico previo a alguna decisión como corresponde a las asesorías legales de las entidades. Con estas opiniones se busca que el ordenamiento de contrataciones alcance mayor seguridad jurídica, claridad normativa, predictibilidad para los mercados y usuarios, y reducir discrecionalidad de los demás autoridades aplicadoras de la normativa.

La fuente de la atribución legal de esta competencia es la ley, que de manera expresa le permite esta facultad al OSCE; su ámbito material está limitado según el universo normativo habilitado a interpretar (el régimen de las contrataciones públicas), sea titular específico de la competencia dentro de la administración consultiva que no puede ser sustituido por otro (la DTN). De esta forma, se dice que hay un universo de personas y entes sujetos a aplicar la interpretación administrativa (ej. contratistas y entidades contratantes).

Respecto de su carácter vinculante, tal como indica en su Opinión N.º 084-2011/DTN, el OSCE ha indicado que los criterios que a manera de explicación, interpretación o integración emite a través de sus opiniones sobre la normativa de contratación estatal, deben ser observados por los actores de las contrataciones públicas, aun cuando no le sean favorables:

*No obstante, independientemente de si en una opinión el OSCE explica, interpreta o integra las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, los criterios que emita el OSCE a través de las opiniones deben ser observados por los operadores de dicha normativa al momento de aplicarla, pues constituyen el criterio emitido por el organismo competente en materia de contrataciones del Estado.*

46 Literales d y e del artículo 69 del ROF del OSCE.

Por tanto, aquellos que operen con la normativa del OSCE, esto es, las entidades, los postores, contratistas, entre otros, deberán respetar los criterios emitidos en virtud de estas opiniones, en razón de que el OSCE es el organismo especializado en materia de contrataciones del Estado y, por ende, se constituye como un órgano rector en la materia, cuyas opiniones no pueden ser dejadas de lado, únicamente porque no sean favorables para aquel que le toque acatarlas (énfasis agregado).

Entonces, queda claro que para OSCE, las opiniones emitidas por la DTN revisten un carácter mandatorio y vinculante para determinar el sentido de la normativa de contratación estatal, por lo que deben ser aplicadas a todas las entidades públicas bajo el ámbito de aplicación de la LCE y su Reglamento. En la práctica ello es así, porque en gran medida las entidades públicas amparan sus decisiones en los criterios que OSCE desarrolla a través de sus opiniones.

#### 2.2.1.5. La Dirección de Gestión de Riesgos (DGR)

Otro órgano de línea del OSCE, la DGR, es el responsable de dirigir la estrategia supervisora de este organismo público, respecto de la actuación de las entidades contratantes a nivel nacional, mediante acciones de supervisión de oficio, aleatoria y/o selectiva, o a pedido de parte. Esta acción comprende la identificación de riesgos que afecten la planificación de contrataciones, la satisfacción de necesidades y la competencia, así como riesgos relacionados con el inadecuado uso de contrataciones directas y supuestos de exclusión de la normativa, de acuerdo con las atribuciones conferidas al OSCE por ley.

Como parte de sus funciones, previstas en el artículo 76 del ROF del OSCE, la DGR tiene a su cargo "f) Emitir pronunciamientos sobre observaciones<sup>47</sup> elevadas al OSCE, en los procedimientos de selección que corresponda". Esta función tiene origen en el numeral 22.5 del artículo 22 de la LCE, en donde se prevé que en caso de presentarse cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, la entidad pública debe remitir el expediente completo al OSCE para que emita su pronunciamiento definitivo, dentro de un plazo no mayor de siete días hábiles.

Bajo la antes mencionada Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1071, el OSCE expidió Resolución n.º 281-2012-OSCE/PRE que aprobó la Directiva n.º 006-2012-OSCE/CD, por la cual se determinó que "Los pronunciamientos emitidos por el OSCE constituyen precedente administrativo de observancia obligatoria cuando ellos así lo establezcan", para cual

47 Observaciones son los cuestionamientos que los postores hacen a las reglas del proceso por considerarlas contrarias a las reglas y principio de la contratación estatal. En este procedimiento, las entidades absuelven en primera instancia estas observaciones y si se mantiene la disconformidad, se eleva la respuesta de la entidad pública convocante ante el OSCE.

debía considerar la relevancia o reiteración de la materia del cuestionamiento y el alcance del criterio interpretativo que se establezca. Por lo tanto, a partir de un caso concreto, encontramos otra vía para generar una norma general y obligatoria para las entidades, pero concretada a la forma debida de preparar las bases de los procesos.

Durante la vigencia de dicha directiva, la DGR—bajo su antigua denominación, como Dirección de Supervisión—emitió cuatro pronunciamientos con calidad precedentes administrativos de observancia obligatoria, los cuales trataban: i) sobre el requisito que debían mostrar los postores para acreditar la colegiatura y habilitación de los profesionales, al inicio de su participación efectiva en la ejecución del contrato<sup>48</sup>; ii) la documentación pertinente para la acreditación de experiencia del personal propuesto en ofertas para procedimientos de selección<sup>49</sup>; iii) la obligación de entrega del expediente técnico completo con procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras<sup>50</sup>; y iv) la imposibilidad de modificar especificaciones técnicas con motivo de la absolución de consultas y/u observaciones formuladas por los participantes<sup>51</sup>.

No obstante, la Directiva n.º 006-2012-OSCE/CD fue derogada, sin embargo, los precedentes de observancia obligatoria emitidos por la DGR se mantienen vigentes y son aplicables a las contrataciones efectuadas bajo la LCE y su Reglamento.

### 2.3. LA COMPETENCIA NORMATIVA DE LA CENTRAL DE COMPRAS PÚBLICAS, PERÚ COMPRAS, EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

La LCE y su Reglamento regulan otro organismo público, igualmente adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, que también tiene un papel principal

48 Pronunciamiento n.º 691-2012/DSU, Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (MTC-Provias Nacional), Licitación Pública n.º 027-2012/MTC/20, convocada para la ejecución de la obra: "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Huaura-Sayán-Churín, Tramo: Huaura-Sayán-Puente Tingo".

49 Pronunciamiento n.º 723-2013/DSU, Gobierno Regional de Loreto, Sede Central, LP 001-2013-GRL-CEPCO, convocada para la contratación de la ejecución de la obra "Creación del centro de extracción de veneno (serpentario) en el centro poblado rural El Varillal, distrito de San Juan Bautista, provincia de Maynas".

50 Pronunciamiento n.º 1149-2015/DSU, Municipalidad Distrital de Cajaruro, ADP n.º 004-2015-MDC/CEP, convocada para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del sistema de agua potable y construcción de alcantarillado de la localidad de Los Patos, distrito de Cajaruro-Utcubamba, Amazonas", precedente administrativo de observancia obligatoria registrado en el Portal Institucional con fecha 29.09.2015.

51 Pronunciamiento n.º 995-2015/DSU, Fondo de Aseguramiento en Salud de la Policía Nacional del Perú, ADS n.º 27-2015-IN-SALUDPOL-1, convocada para la "Adquisición de bio-médico: Detergente Enzimático Multiusos P/Instrumental y material médico en polvo", precedente administrativo de observancia obligatoria registrado en el Portal Institucional con fecha 08.09.2015.

en la contratación de los bienes y servicios requeridos por el Estado, pero bajo modalidades y supuestos específicos: la Central de Compras del Perú o Perú Compras. A diferencia del OSCE, Perú Compras es un organismo público ejecutor<sup>52</sup>, creado mediante el Decreto Legislativo n.º 1018, con personería jurídica de derecho público y autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

De acuerdo a la LCE y su Reglamento, Perú Compras tiene a su cargo realizar las compras corporativas obligatorias (artículo 7, LCE); promover y conducir la selección de proveedores para la generación de convenios marco, suscribiendo los convenios y administrando los catálogos electrónicos respectivos (numeral 44.2, artículo 44, LCE); promover la subasta inversa (Única Disposición Complementaria Modificatoria, LCE); establecer los lineamientos de homologación de características técnicas de los requerimientos y/o los requisitos de calificación en general (artículo 9, Reglamento).

En su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), aprobado por el Decreto Supremo n.º 364-2015-EF, se desarrollan estas funciones y se le encomienda, además, ejecutar contrataciones por encargo y realizar las compras corporativas facultativas que se le encarguen.

El Reglamento de la LCE, en su artículo 90, establece que Perú Compras puede elaborar directivas y documentos de orientación respecto a compras corporativas obligatorias. Pero el literal k del artículo 4 del ROF, le reconoce, en general, la facultad de "Emitir directivas y lineamientos dentro de su ámbito de competencia"<sup>53</sup>.

Así, estas directivas pueden tener múltiples propósitos, pero aquellas que regulan lineamientos generales y específicos para el desarrollo de las actividades que propendan al cumplimiento de sus funciones generales serán aprobadas exclusivamente mediante resoluciones<sup>54</sup> de su Jefatura<sup>55</sup>, este último como órgano de mayor nivel dentro de este organismo<sup>56</sup>, y su ámbito de aplicación será general, pues no solo están dirigidas a definir la actuación de Perú Compras en los distintos procesos y contrataciones que este organismo diseña, regula, ejecuta y administra, sino también a las entidades públicas y a los proveedores que participan en los mismos.

52 Los organismos públicos ejecutores, tal como lo establece el artículo 30 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, son creados cuando "Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa" o "se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos". En principio, no tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el ministerio del cual dependen.

53 Literal k del artículo 4 del ROF de Perú Compras.

54 Todas las resoluciones jefaturales de Perú Compras se publican en su portal web institucional: [ww.perucompras.gob.pe](http://ww.perucompras.gob.pe).

55 Literales c y d del artículo 8 del ROF de Perú Compras.

56 Artículo 7 del ROF de Perú Compras.

Perú Compras no posee una competencia normativa amplia sino únicamente sobre aspectos operativos de los procesos a su cargo, por ello, los temas que mayoritariamente están siendo regulados por las directivas de esta entidad son aspectos operativos de los procesos de selección que administra, tales como: Lineamientos para la incorporación de fichas-producto para los catálogos electrónicos de acuerdos marco, Procedimiento para la acción administrativa del encargo en la central de compras - Perú Compras, Directiva de catálogos electrónicos de acuerdos marco, Lineamientos para la gestión de las compras corporativas y las contrataciones por encargo y Procedimiento de homologación de bienes y servicios, entre otras. En ese sentido son calificables como directivas generales o normas interadministrativas y no como reglamentos administrativos.

### 3. EL PARTICULAR CASO DE LOS COMUNICADOS COMO FALSA FUENTE DE DERECHO EN MATERIA DE CONTRATACIONES ESTATALES

Como bien sabemos, los comunicados institucionales son declaraciones, notas o partes que una entidad pública emite con el propósito de difundir una información para su conocimiento público, para lo cual utilizan diversos medios de comunicación, como portales web, diarios, radio y televisión, entre otros; de forma que la mayor cantidad de receptores posibles logren tomar conocimiento de aquello que se quiere transmitir. Lo que comúnmente quieren transmitir las entidades públicas son posiciones o decisiones institucionales, cambios organizacionales, modificaciones normativas, riesgos o acciones indebidas, retos o resultados de gestión.

Tanto el MEF, como OSCE y Perú Compras emiten frecuentemente comunicados. En el caso del OSCE y Perú Compras, se emiten comunicados que mayormente son difundidos a través de sus portales web. A la fecha, OSCE cuenta 63 comunicados<sup>57</sup>, que datan del año 2011, y provienen tanto de su Presidencia como de otros órganos, como la Dirección Técnico Normativa o la Dirección de Arbitraje, abordando distintos temas, desde la implementación de modificaciones a la LCE y su Reglamento, pasando por la función notarial de jueces de paz en los procedimientos de selección, hasta la obligación de los proveedores de actualizar correos electrónicos para recibir mensajes directos de OSCE.

Considerando que Perú Compras inició funciones el 18 de marzo de 2016, según informó a través de su Comunicado n.º 001-2016-Perú Compras, cuenta con una menor cantidad de comunicados, a la fecha son doce en total, relativos a listados de servicios a ser contratados por compras corporativas facultativas,

57 Según se aprecia en el portal web del OSCE, los comunicados publicados son: cinco en 2011, trece en 2012, quince en 2013, cuatro en 2014, tres en 2015, diez en 2016 y trece en 2017. Es posible acceder a los mismos a través de: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados> [consultado el 1.º de agosto de 2017].

entrada en vigencia del Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco o las direcciones electrónicas de los administradores de dichos catálogos.

En el caso de OSCE, se criticó durante muchos años que sus comunicados excedieran los fines informativos para los cuales debían servir, pues llegaban a "regular" aspectos que no se encuentran positivamente recogidos en algún instrumento normativo e, inclusive, que se le oponen a los administrados de manera tal que se encontraban compelidos a cumplir con lo dispuesto en los mismos, bajo el riesgo que sus trámites no fueran aprobados, o que sus actuaciones durante los procedimientos de selección no fueran tenidas por válidas. Es así que podemos inventariar comunicados que, sin ninguna norma o regulación previa, dispongan a los postores o contratistas que entreguen determinada información o que actualicen la que ya está registrada ante ellos, definan la suspensión de trámite de algunos procedimientos, dicten disposiciones sobre cómo aplicar una modalidad de contratación determinada, fijen la vigencia o derogación de una norma de contrataciones, etc.

A tal nivel llegó la distorsión de los fines de los comunicados, no solo por OSCE, sino por diversas entidades públicas, que las salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el I Pleno Jurisdiccional en materia de constitucional y contencioso administrativa, discutieron acerca de la posibilidad de que un comunicado de una entidad pública pueda ser objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular, garantía constitucional que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen<sup>58</sup>. El caso que motivó este Pleno fue una demanda de acción popular presentada contra el comunicado del 4 de mayo de 2009, por el cual el OSCE, por sí y ante sí, sin norma expresa previa, afirmaba que una bonificación de 20% adicional sobre la sumatoria del puntaje obtenido por la propuesta técnica y económica en los procesos de selección para proveedores nacionales ya no resultaba aplicable, por interpretar que había sido tácitamente derogada. En este caso, la Corte Suprema<sup>59</sup> declaró improcedente la demanda al considerar que "el pronunciamiento cuestionado carece de efecto normativo o regulatorio" por tratarse de un comunicado, impropio para ser una fuente de derecho.

Por el contrario, en el Pleno de la Corte Suprema se acordó por unanimidad que un comunicado de una entidad pública sí podría someterse a acción popular, en caso se le reconozca como norma infralegal de carácter general que se incorpora al ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, por lo que se debían verificar tres criterios: pertenencia al ordenamiento jurídico, consunción y generalidad.

58 Numeral 5 del artículo 200 de la Constitución.

59 Sentencia Acción Popular 6859-2012, de fecha 5 de setiembre de 2013.

Esta decisión ha sido sumamente criticada pues, en la medida en que los comunicados no son normas,

ni la legislación, ni la jurisprudencia ni, mucho menos, la doctrina constitucional peruana avalan la opción interpretativa elegida por los jueces supremos reunidos en el Pleno Jurisdiccional sobre Materia Constitucional, quienes, además, han omitido exponer las razones o argumentos que tuvieron en consideración para dar sustento a su decisión<sup>60</sup>.

#### 4. EL *SOFT LAW* OFICIAL O DERECHO REFERENCIAL EN MATERIA DE CONTRATACIONES ESTATALES

Al igual que en el caso de los comunicados, el OSCE y Perú Compras cuentan con herramientas de orientación que son aprobadas oficialmente mediante acto de autoridad, referidas a temas de contratación pública, pero que carecen de la vinculatoriedad propia de las normas jurídicas. Nos encontramos ante casos de *soft law* nacional en materia de contrataciones estatales, o lo que es lo mismo<sup>61</sup>, un derecho flexible o blando, o simplemente pre-derecho caracterizado por reflejar la tendencia actual en la materia, las buenas practicas aconsejables, conformando paulatinamente verdaderas políticas públicas.

Los documentos de orientación tienen como propósito ser guías que las entidades públicas elaboran para terceros, ya sean administrados u otras entidades públicas, para el mejor entendimiento de su regulación o sus procedimientos, de forma tal que pueda asegurarse el cumplimiento de los fines de la normativa aplicable.

OSCE cuenta con diversos documentos de orientación, tales como guías prácticas, formatos, herramientas e instructivos, publicados en su portal web, que se encuentran dirigidos a proveedores del Estado y a entidades públicas, sobre sus actuaciones en las distintas fases de la contratación, desde actos preparatorios<sup>62</sup>,

60 ABRAHAM SILES VALLEJO, "El control de constitucionalidad mediante el proceso de acción popular, según el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional". Disponible en línea: <http://ius360.com/publico/constitucional/el-control-de-constitucionalidad-mediante-el-proceso-de-accion-popular-segun-el-primer-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-constitucional/> [Consultado: 01 de junio de 2017] (artículo de portal en línea, extensión 2 páginas).

61 DANIEL SARMIENTO, *El softlaw administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas, 2008, p. 15.

62 Como el instructivo "Formulación de especificaciones técnicas para la contratación de bienes y términos de referencia para la contratación de servicios y consultorías en general", aprobado mediante Resolución N.º 423-2013-OSCE/PRE, o la guía práctica "¿Cómo se formula el requerimiento?" aprobada por Resolución N.º 224-2017-OSCE/PRE de fecha 09.06.2017.

proceso de selección<sup>63</sup> y ejecución contractual inclusive<sup>64</sup>. Perú Compras, más que documentos *per se*, hace uso de otras herramientas, como su propio portal web, en donde explica las características y particulares de los servicios que presta, relacionados a acuerdos marco, compras corporativas, contrataciones por encargo, homologación y subasta inversa, haciendo uso de videos tutoriales.

## 5. LA RELACIÓN ENTRE LAS FUENTES NORMATIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO COMÚN: LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Como hemos apreciado, la normativa sublegal aplicable a la contratación estatal es diversa en muchos sentidos, ya sea por los distintos actores públicos que participan en su diseño, creación y emisión, o por la distinta jerarquía que ellas poseen; incluso por el origen interno o supranacional que pueden tener y por las distintas clases que ostentan, pues pueden tratarse de fuentes de producción y de conocimiento, directas e indirectas, pudiendo ostentar varias clases a la vez.

Como fuentes de producción por excelencia, que también son fuentes directas por encontrarse positivamente recogidas, tenemos a la Constitución, las leyes y los reglamentos, cada una jerárquicamente inferior a la anterior.

Tal como hemos mencionado al inicio del presente artículo, la base de la normativa de contratación estatal reside en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, pero a su vez, también contempla la atribuciones del Poder Legislativo (artículo 102) y del Poder Ejecutivo (numeral 8, artículo 118) para dar leyes y normas con rango de ley, respectivamente; como la LCE, que establece las normas base para el desenvolvimiento y concreción de los procesos de contratación, y el Decreto Legislativo n.º 1018, en lo que respecta a la creación y regulación de Perú Compras.

Otra fuente de derecho directa son los tratados y convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional, una vez que son aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente de la República, siendo que, en particular, los tratados de integración y libre comercio suelen contener un capítulo en materia de contratación estatal, como los acuerdos comerciales

63 Como las guías prácticas sobre “¿Cómo se califica la experiencia de los consorcios?” o “¿Cómo se determina el mejor puntaje en los procedimientos de selección para la ejecución de obras?”, aprobadas por Resolución n.º 224-2017-OSCE/PRE de fecha 09.06.2017, que son útiles tanto para las entidades públicas que evalúan y califican ofertas, como las los proveedores que preparan dichas ofertas.

64 Como la “Calculadora de garantías”, también publicada en la página web del OSCE, que permite a los proveedores que suscribirán un contrato con el Estado determinar el monto exacto para las garantías que deben otorgar, como la garantía de fiel cumplimiento.

suscritos con Estados Unidos de América y Japón, que generan cambios normativos en nuestra regulación interna, inclusive, llegando a derogar normas contrarias del derecho interno con su entrada en vigencia<sup>65</sup>.

Debajo de la Constitución y las leyes, encontramos a los reglamentos, que tienen el expreso propósito de reglamentar lo indispensable para asegurar la correcta y plena efectividad de la ley que desarrolla, no pudiendo incluir más que lo se sea estrictamente necesaria para garantizar estos fines. En materia de contratación estatal, encontramos diversas normas en este sentido, como el propio Reglamento de la LCE o fuentes de producción que contemplan los procedimientos y requisitos que se realizan ante entidades como OSCE y Perú Compras, como los textos únicos de procedimientos administrativos que se aprueban por decreto supremo.

Las normas que crean las entidades del Poder Ejecutivo en ejercicio de competencias normativas respecto a la contratación estatal, explicadas en el acápite anterior, también son fuentes de derecho de carácter directo, pues crean derecho a partir de otras normas positivas, subordinándose a ellas. Su finalidad, entonces, será interpretar, precisar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren, sin desnaturalizarlo para mantener la coherencia normativa entre todas las fuentes. Por ende, estas normas –directivas aprobadas mediante resoluciones, precedentes de observancia obligatoria, acuerdos de sala plena– se encuentran por debajo de otras fuentes que también comprenden el marco normativo de la contratación estatal pues, claro está, no se limita a la LCE y su Reglamento.

El artículo V de la LPAG es ilustrativo para mostrar cuáles son las fuentes del derecho administrativo y su jerarquía –que aplican en su integridad a las normas especiales en contratación estatal–<sup>66</sup>. Según se advierte, las fuentes normativas generadas por el Poder Ejecutivo en materia de contratación estatal siempre

65 Por ejemplo, el capítulo nuevo del acuerdo comercial con los Estados Unidos de América versa completamente sobre contratación pública, siendo que las previsiones sobre plazos del procedimiento de selección (artículo 9.5), como el plazo mínimo de 40 días para la presentación de ofertas, fueron considerados en las modificaciones a la LCE, encontrándose hoy recogidos en la normativa vigentes.

66 "Artículo V. Fuentes del procedimiento administrativo.

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.
2. Son fuentes del procedimiento administrativo:
  - 2.1. Las disposiciones constitucionales.
  - 2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional.
  - 2.3. Las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente.
  - 2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.
  - 2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.
  - 2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

se encontrarán jerárquicamente posicionadas debajo de la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, en cuanto las desarrollan, lo que genera la subordinación de las primeras respecto de las segundas.

Es pertinente señalar que, junto a este universo de fuentes normativas, existen otros instrumentos que, sin ser normas, propenden a la aplicación y cumplimiento de la regulación en materia de contratación estatal, dados los fines informativos e instructivos que persiguen.

La normativa de contrataciones del Estado establece una serie de formalidades, requisitos y procedimientos para la contratación realizada por las entidades públicas. Así, para el perfeccionamiento del contrato, encontramos que el mejor oferente tiene la obligación de presentar, entre otros, los siguientes documentos:

- a. "Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda", de acuerdo al artículo 117 del Reglamento de la LCE.
- b. "Copia de DNI del postor en caso de persona natural, o de su representante legal en caso de persona jurídica" y "Copia de la vigencia de poder del representante legal de la empresa que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda", según la las bases estándar incluidas en la Directiva n.º 001-2016-OSCE/CD "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley n.º 30225", aprobada mediante Resolución n.º 008-2016-OSCE/PRE.

Ahora bien, el Congreso de la República del Perú, mediante Ley n.º 30506, delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento, y reorganización de Petroperú S. A. En el literal h del numeral 1 de su artículo 2, la antes mencionada ley confirió competencia al ejecutivo para "Modificar el marco normativo del procedimiento administrativo general con el objeto de simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, priorizar y fortalecer las acciones de fiscalización posterior y sanción, incluyendo la capacidad operativa para llevarlas a cabo", así como

- 2.7. La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.
- 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.
- 2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.
- 2.10. Los principios generales del derecho administrativo.
3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren".

para "dictar normas generales y específicas para la estandarización de procedimientos administrativos comunes en la administración pública con la finalidad de hacer predecibles sus requisitos y plazos; aprobar medidas que permitan la eliminación de barreras burocráticas en los tres niveles de gobierno".

En general, se facultaba al Poder Ejecutivo a emitir medidas que permitan la optimización de servicios en las entidades públicas del Estado, coadyuvando al fortalecimiento institucional y la calidad en el servicio al ciudadano.

En ese contexto, el presidente de la República aprobó el Decreto Legislativo n.º 1246 que, como medida de simplificación administrativa, prevé la interoperabilidad entre entidades de la Administración pública de manera gratuita, con el propósito de que entidades que administren información o bases de datos pongan a disposición, permitan el acceso o suministren la misma a las demás entidades que la requieran para la tramitación de sus procedimientos administrativos y para fijación sus actos de administración interna<sup>67</sup>.

En tanto se implementara la interoperabilidad, el artículo 2 del decreto permite al administrado o usuario sustituir la información por una declaración jurada, conforme a lo establecido en la LPAG, Ley n.º 27444. Asimismo, el artículo 4 del decreto legislativo señala que las entidades tienen prohibido el exigir a los administrados o usuarios la información que puedan obtener directamente mediante la interoperabilidad antes descrita.

Como parte de la información se encuentra la relativa a la identificación y estado civil, y la que trata sobre vigencia de poderes y designación de representantes legales, por lo que las entidades públicas se encuentran prohibidas de exigir a los administrados copia del documento nacional de identidad<sup>68</sup> y la copia de la vigencia de poderes<sup>69</sup> para la tramitación de un procedimiento administrativo.

Dada la discordancia entre las exigencia de la normativa de contratación estatal para presentar determinados documentos y la prohibición del Decreto Legislativo n.º 1246 para solicitarlos, se consultó a la DTN del OSCE si a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto se mantenían vigentes la obligación de cumplir con presentar los requisitos documentarios antes mencionados para el perfeccionamiento del contrato.

Ante ello, el OSCE, mediante Opinión n.º 079-2017/DTN, de fecha 13 de marzo de 2017, concluyó que:

67 Artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1246.

68 Indicado en el literal a del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1246.

69 Considerando el supuesto previsto en el literal g del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo n.º 1246, sobre "Cualquier otro requisito que acredite o proporcione información que conste en registros de libre acceso a través de internet u otro medio de comunicación pública".

La normativa de contrataciones del Estado prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, como por ejemplo el Decreto Legislativo N.º 1246, por lo que se encuentran vigentes las disposiciones contenidas en el numeral 5 del artículo 117 del Reglamento y las Bases Estándar en lo referido a los requisitos para perfeccionar el contrato.

Similar criterio mantuvo en las opiniones n.º 081-2017/DTN de fecha 13 de marzo de 2017 y n.º 090-2017/DTN de fecha 21 de marzo de 2017. ¿En qué se ampara para llegar a esta conclusión?

El OSCE se fundamentó en que el referido decreto legislativo constituiría una norma general para los procedimientos administrativos, pero la normativa de contrataciones del Estado es normativa especial, que se emplea en los procesos de contrataciones de bienes, servicios y obras que realizan las entidades. Asimismo, en una modificación de la LCE, mediante Decreto Legislativo n.º 1341 indica que "La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre todas de derecho privado que le sean aplicables".

Contrariando a esta posición, OSCE emitió el Comunicado n.º 9-2017-OSCE<sup>70</sup>, en donde manifiesta una posición distinta respecto a la aplicación del Decreto Legislativo n.º 1249, pues haciendo referencia a esta regulación, señala que los adjudicatarios de la buena pro ya no se encuentran obligados a presentar la "constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado"<sup>71</sup> para perfeccionar contratos con el Estado:

Conforme al literal g) del artículo 5.1 del Decreto Legislativo n.º 1246, las Entidades están prohibidas de exigir documentos que proporcionen información que conste en registros de libre acceso a través de internet. En esa medida, a efectos del perfeccionamiento del contrato, la Entidad deberá sustituir la exigencia de la constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado por la verificación que realice en el siguiente enlace: <http://www.osce.gob.pe/consultasenlinea/inhabilitados/busqueda.asp>.

Entonces, ¿se aplica el Decreto Legislativo n.º 1246 a los procesos de contratación o no? Como es posible apreciar, el OSCE, en ejercicio de función consultiva, presenta inicialmente una posición concluyente al respecto, inclinándose por la no aplicación de las medidas de simplificación que plantea dicho decreto. Con ello, el OSCE le dio la espalda de manera tajante a los esfuerzos de carácter

70 Este comunicado se encuentra disponible en la página web de la entidad: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/COMUNICADO%20N%C2%BA9-2017-OSCE%281%29.pdf>.

71 La "Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado" es un documento que el propio OSCE emite para certificar que el postor adjudicatario de la buena pro se encuentra hábil para perfeccionar el contrato con el Estado.

nacional para lograr no solo la simplificación del procedimiento administrativo general, en beneficio de los ciudadanos, sino también la simplificación de los actos de administración interna, en favor de la gestión de las propias entidades, limitándose a señalar el carácter "especial" de las normas de contrataciones, frente a una prohibición general que de ningún modo debería ser dejada de lado, en la medida que no permite que normas especiales prevean disposiciones contrarias.

Sin embargo, luego el mismo OSCE cambia de opinión –o la flexibiliza, si se quiere decir–, pues, basándose en el Decreto Legislativo n.º 1246, cuya aplicación ya había negado para la consideración de requisitos para la suscripción del contrato, y mediante un comunicado –que solo debería tener fines informativos y no carácter normativo– decide por la aplicación de dicho decreto, pero solo respecto a un documento que este propio organismo posee y genera en base a la información que guarda de los proveedores del Estado en sus bases de datos. De esta manera, el OSCE no estaría fijándose en la efectiva prevalencia para la aplicación de una norma sobre obra (especial sobre general), sino en una preferencia para la aplicación de normas incluso subalternas, cuando le convienen –o no le generan ningún esfuerzo fuera de lo ordinario–.

La LPAG y el Decreto Legislativo n.º 1246, por voluntad expresa reflejada en sus propias disposiciones, alcanzan a todas las entidades en calidad de normas comunes a todas las actuaciones realizadas por las entidades sujetas a su ámbito, sin distinción alguna.

En efecto, el artículo II de la LPAG establece que esta ley "contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales", por lo que, "las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley".

Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 1246, en su artículo 1, establece expresamente que será "de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General", disponiendo una prohibición expresa a dichas entidades, en su artículo 5, para la exigencia de determinados documentos; documentos que OSCE se empeña en exigir aduciendo la "especialidad" de su normativa.

El carácter común de estas normas tiene como principal consecuencia que sus disposiciones tengan como la "vocación de no ser desplazables por ninguna norma administrativa o interpretación particular, las que solo pueden complementarla o reglamentarla, pero no sustituirla"<sup>72</sup>, generándose una auténtica reserva legal respecto de los sujetos que se encuentran obligados a cumplir

72 JUAN CARLOS MORÓN URBINA, op. cit., p. 47.

con sus previsiones, de forma que se limite cualquier tipo de discriminación a los administrados o la vulneración del debido procedimiento administrativo. Así, las normas comunes deben ser reconocidas como estándares que deben ser exigidos a las entidades y pueden ser ejercicios por los administrados<sup>73</sup>.

Entonces, cuando la LCE, por modificación del Decreto Legislativo n.º 1341, dispone su "prevalencia" sobre las normas del procedimiento administrativo general y del derecho público, ello no puede suponer la inaplicación absoluta de la LPAG y del Decreto Legislativo n.º 1246, sino que en una correcta interpretación, acorde con la naturaleza de estas normas, nos obliga a entender que la normativa especial de contrataciones del Estado será preferible antes que tales normas generales, pero solo en lo no previsto por estas últimas, dado su carácter común.

Por ello, resulta sumamente trascendente atender al contenido de la normativa de contrataciones del Estado para identificar en qué aspectos se deben aplicar las normas comunes de la administración. Por ejemplo, no existe duda que las normas comunes de la Administración poco tienen que hacer en la fase de ejecución contractual, tampoco en el desarrollo de un proceso arbitral o de solución de las controversias. Pero su aplicación no puede dejar de ser indispensable en la fase de postulación en el procedimiento de selección, en la de interposición y tramitación de recursos administrativos, en los procedimientos para sancionar a un proveedor y en la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, pues son procedimientos administrativos, a fin de mantener los estándares recogidos por la norma común. Precisamente las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo poseen la regulación común de alcance para todas las entidades en materia de simplificación de procedimientos, recursos administrativos, acto administrativos y procedimiento sancionador, entre otros.

De esta manera, queda claro que cuando el Poder Ejecutivo dispone una regla común a todas las entidades que, en aras de la simplificación administrativa, les prohíbe exigir determinados documentos y, en su lugar, permite que los administrados satisfagan estos requisitos mediante la presentación de declaración juradas, OSCE no puede escudarse en la mera especialidad de su normativa para hacer caso omiso a las regulaciones del procedimiento administrativo general, sino que, por el contrario, debe ajustar sus disposiciones y actuaciones a ello.

En este caso, para la adecuación de la normativa del contratación estatal a la LPAG y del Decreto Legislativo n.º 1246, hubiera bastado la emisión de una resolución del Consejo Directivo –no de un comunicado– para modificar la Directiva n.º 001-2017-OSCE/CD<sup>74</sup> y la Directiva n.º 002-2015-OSCE/

73 *Ibíd.*, pp. 47-48.

74 Que contiene las "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley n.º 30225".

CD<sup>75</sup>, que contemplan las bases y solicitudes de expresión de interés estándar, pues son estos documentos, elaborados por el propio OSCE, y no la LCE o su Reglamento<sup>76</sup>, los que expresamente exigen la presentación de copia del documento nacional de identidad y de la vigencia de poder del representante legal para el perfeccionamiento del contrato. Lamentablemente, el OSCE prefirió emitir una opinión débilmente argumentada y un comunicado que ahonda en la falta de sustento de dicha opinión, sin aun adecuarse del todo a la normativa común.

## CONCLUSIONES

1. El subsistema normativo de la contratación estatal peruano está conformado por un conjunto complejo de fuentes directas e indirectas. La conforman reglas constitucionales, leyes que previa reserva son exigidas por la Constitución Políticas para desarrollar las principales regulaciones del ciclo de la contratación estatal: planeamiento, programación, procesos de selección, perfeccionamiento, ejecución, solución de controversias y terminación de los contratos, y diversos reglamentos.

2. La reglamentación administrativa de la contratación estatal está asignada legalmente a diversos organismos del Poder Ejecutivo: el Ministerio de Economía y Finanzas, que refrenda el reglamento principal de la Ley de Contrataciones del Estado y que es aprobado por el presidente de la República; le sigue la autoridad administrativa independiente denominada Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, quien ejerce la mayor carga de reglamentación subalterna; y la Central de Compras Perú Compras.

3. El Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, a través de sus diversos órganos internos, emiten disposiciones generales que califican como reglamentos (por comprender en su alcance a los interesados, postores, contratistas, etc.) y también disposiciones generales (por comprender únicamente a las entidades y sus funcionarios y servidores), según su ámbito de aplicación. Ninguna de estas reglamentaciones ha sido conformada siguiendo una fase

75 Que comprende "Disposiciones sobre el contenido de las bases estandarizadas que las entidades del Estado deben utilizar en los procedimientos especiales de contratación que convoquen al amparo del Decreto de urgencia n.º 004-2015", y contiene documentos estándar para tal propósito.

76 En términos literales, el Reglamento de la LCE, para el perfeccionamiento del contrato, no exige presentar copia del documento de la entidad, pero sí solicita presentar "Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda", siendo que válidamente OSCE podría determinar que por dicho "documento" puede entenderse una declaración jurada en ese sentido, por corresponderse ello con las normas comunes para la simplificación administrativa que igualmente le son aplicables como a todas las entidades bajo su ámbito de aplicación.

de participación ciudadana, como lo exige el ordenamiento nacional ni se ha justificado dicha omisión.

4. En cuanto a las disposiciones reglamentarias que el OSCE está facultado a dictar, tenemos las denominadas "directivas", que constituyen la fuente principal de regulación de diversas fases de la contratación estatal. En su interior, los órganos del OSCE también producen otras fuentes jurídicas indirectas, como los acuerdos de Sala Plena conteniendo precedentes administrativos vinculantes, las opiniones consultivas vinculantes y los pronunciamientos emitidos ante las observaciones de los participantes a las bases cuando son calificados como precedentes administrativos de observancia obligatoria. En estos casos no se ha establecido entre ellas, normativamente, una precedencia jerárquica o una diferenciación temática propiamente. Complementariamente, el OSCE también emite y aprueba documentos estándar e instrumentos de orientación que no califican como reglamentos o normas propiamente.

5. EL OSCE ha empleado los "comunicados institucionales" como un instrumento de difundir disposiciones obligatorias nuevas o interpretativas que corresponderían ser aprobadas mediante normas reglamentarias primero, tergiversando su empleo.

6. La profusión de normas reglamentarias emitidas por las propias autoridades administrativas encargadas de ejecutar las políticas y la normativa de contratación estatal, además de complicar su conocimiento y la comprensión para los operadores del sistema, conduce al riesgo de una difícil compatibilidad con las demás normas de derecho administrativo que regulan la gestión de la gestión de las entidades públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACÍN, ABEL ÁNGEL. *Las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo en la Argentina*. Mendoza, Argentina: Ediciones Dike, 2011.

BETANCORT RODRÍGUEZ, ANDRÉS. *Las administraciones independientes: Un reto para el estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, 1994.

BLANQUER, DAVID. *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid: Civitas, 1998.

BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. "La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos", *Revista de Administración Pública*, n.º 149, mayo-agosto, 1999.

CARMONA SANTANDER, CARLOS. "Tres problemas de la potestad reglamentaria: Legitimidad, intensidad y control", *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 2001.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general en la LNPA y en el RNLPA", *Recursos Judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, julio, 1993.

- COSCULLUELA MONTANER, LUIS. *Manual de Derecho Administrativo*, 25.º ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2014.
- CRETILLA JR., JOSÉ; *Diccionario de Direito Administrativo*, 5.º ed., Río de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- DIEZ, HORACIO PEDRO. Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo. *Abeledo Perrot. Cuadernos de la Universidad Austral*, n.º 2, 1998.
- DIEZ SASTRE, SILVIA. "El precedente administrativo: concepto y efectos jurídicos", en JOSÉ LUIS BENAVIDES (comp.), *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- DOMENECH, GABRIEL. *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. "La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América", *Revista Vniversitas*, n.º 106, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, pp. 177-205.
- FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. "Las autoridades administrativas independientes en Francia", *Revista Vniversitas*, n.º 107, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 347-372.
- FERNÁNDEZ ROJAS, GABRIEL. "Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España", *Revista Vniversitas*, n.º 109, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 419-460. GARCÍA GARCÍA, MARÍA. "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria". *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 37, Barcelona: Escuela de Administración Pública de Catalunya, 2008, p. 441.
- GARCÍA ENTERRIA, EDUARDO. "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, n.º 30, septiembre-diciembre, 1959.
- GARCÍA ENTERRIA, EDUARDO. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1981.
- GARCÍA LLOVET, ENRIQUE. "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n.º 131, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- GRECCO, CARLOS MANUEL. *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. *La interpretación administrativa en el derecho chileno*, Santiago: Thomson Reuters, 2014.

- LAVILLA RUBIRA, JUAN JOSÉ. *La participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, 1.ª ed., Madrid: Civitas, 1991.
- MAGIDE HERRERO, MARIANO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid: INAP, 2000.
- MEILAN GIL, JOSÉ LUIS. *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.
- MELERO ALONSO, EDUARDO. *Reglamento y disposiciones administrativas: Análisis teórico y práctico*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005.
- MORELL OCAÑA, LUIS. *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996.
- MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, 11.º ed. actualizada y revisada, Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. 1, Madrid: Civitas, 2004.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2.ª ed. revisada y actualizada, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- POMED SÁNCHEZ, LUIS ALBERTO. "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, n.º 132, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ROSADO PACHECO, SANTIAGO (coord.). *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, España: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- RUBIO CORREA, MARCIAL. *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, 2.ª ed. corregida, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1985.
- SALA ARQUER, JOSÉ MANUEL. *El Estado neutral: Contribución al estudio de las administraciones independientes. Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo* (coord. por Manuel Aragón Reyes), Madrid: Aranzadi, 1985.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1, 3.º ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- SARMIENTO, DANIEL. "El Soft Law Administrativo". *Un Estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas, 2008.

SILES VALLEJO, ABRAHAM. "El control de constitucionalidad mediante el proceso de acción popular, según el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Constitucional". Disponible en línea: <http://ius360.com/publico/constitucional/el-control-de-constitucionalidad-mediante-el-proceso-de-accion-popular-segun-el-primer-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-constitucional/>. [Consultado el 1.º de junio de 2017].