

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

El abuso del derecho y la buena fe como límites del derecho de las partes en la contratación estatal¹

ALFREDO F. SORIA AGUILAR

LUIS MINORU YAMADA ALPISTE

Sumilla

Las figuras de abuso del derecho y buena fe pueden aplicarse de manera supletoria en los contratos que deriven de procedimientos de selección bajo el marco normativo del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

1. Introducción

En ciertas ocasiones, la aplicación de una norma puede ser percibida como abusiva o injusta. A nivel literario, Sófocles, uno de los autores más destacados de la literatura clásica griega, describe en su obra *Antígona* los serios cuestionamientos al cumplimiento de una norma decretada por Creonte, nuevo rey de Tebas.

En concreto, el mandato legal, puesto en duda por Antígona, conllevaba una sanción que impedía dar entierro a uno de sus hermanos (Sófocles, 2014 [442 a. C.], p. 67), por considerarse al fallecido como un traidor a la patria.

Este castigo, aplicado después de la muerte del supuesto traidor, era una sanción considerada desmedida y sin precedentes para el pueblo de Tebas, pues, según su tradición, el entierro de los muertos debía cumplir un riguroso ritual que era entendido como un mandato de los dioses. A criterio de Creonte, era

¹ El presente artículo reproduce parcialmente uno anterior de los mismos autores: Soria, A. F. & Yamada, L. M. (2017). El Abuso del Derecho en las Contrataciones con el Estado. *Revista Corpus Iuris*. VI Edición, 69-76. Recuperado de: <https://corpusiuris.pe/2017/09/01/vi-edicion-2017/>

una sanción ejemplar que debía cumplirse, aunque existiera la oposición expresa de su propio hijo (Hemón) y la disconformidad murmurante del pueblo de Tebas.

Para Antígona, el derecho a ser sepultado no debería ser restringido por ninguna norma humana (Sófocles 2014 [442 a. C.], p. 78). En síntesis, esta tragedia griega propone el eventual cuestionamiento a la aplicación de normas consideradas injustas.

Más allá de la literatura, la percepción de una norma como injusta se evidencia, en ciertas ocasiones, en la realidad. Si bien el relato de Antígona propone el cuestionamiento a las normas injustas *per se*, en ciertas ocasiones existen normas que, siendo razonables y justas en la mayoría de los escenarios, conceden derechos cuyo ejercicio resulta cuestionable, o por lo menos discutible, bajo determinados supuestos excepcionales.

En el supuesto específico de casos excepcionales, ¿resulta legítimo que se ejerzan los derechos otorgados por las normas, aunque se afecten los fines más esenciales? Lo cierto es que existen figuras, como el abuso del derecho y el principio de buena fe, que permiten evitar excesos en el ejercicio de los derechos.

La interrogante que surge es si la figura del abuso del derecho, así como el principio de buena fe, resultan aplicables también a la contratación estatal². A continuación, abordaremos este interesante tema analizando específicamente ambas figuras como límites razonables al ejercicio de los derechos otorgados por las normas especiales de la contratación estatal.

2. Las normas en el ámbito de la contratación con el Estado

En el ámbito de la contratación civil, el artículo 1354 del Código Civil consagra el principio de libertad contractual, el cual consiste en que los particulares se encuentran habilitados para establecer libremente el contenido del contrato. La libertad contractual en el ámbito civil no es absoluta, pues lo pactado debe respetar las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Uno de los aspectos o características más importantes de la contratación civil es que lo pactado prevalece incluso respecto de lo que pudiera disponer la ley, salvo que la norma sea imperativa. Por ello, el artículo 1356 del Código Civil establece el carácter supletorio de las normas contractuales al expresar que «Las

² Nos referimos a los contratos que suscribe el Estado para la adquisición de bienes, servicios y contratación de obras, regulados por el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225 (en adelante, Ley de Contrataciones del Estado).

disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la contratación civil, en el supuesto de los contratos que suscribe el Estado³ las normas son imperativas, es decir, de obligatorio cumplimiento para ambas partes. No se trata de un escenario de normas dispositivas o supletorias, como en el supuesto de la contratación civil. Como señala Rubio Correa: «Desde el punto de vista de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria» (2009, p. 99).

Los contratos que se suscriben en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento deben respetar lo dispuesto en la normativa especial y no cabe pactar en contrario, salvo que la propia norma prevea dicha posibilidad. Incluso, en el supuesto de que un contrato suscrito en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no contenga una cláusula relativa a algún tema regulado por dicha normativa, dicho aspecto igual se considerará regulado por la normativa especial, precisamente, por el carácter imperativo de la norma que lo regula.

Así, en el supuesto de que las partes omitan o dejen algún vacío contractual respecto de cualquier aspecto establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, este será cubierto, obligatoriamente, por lo expresado por la normativa especial de contratación pública. Este criterio ha sido reconocido expresamente por la Opinión N.º 096-2011/DTN del OSCE, al expresar que:

Así, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la relación contractual entre una Entidad y un proveedor, que surge a partir de la celebración de un contrato, se encuentra expresamente regulada, desde su perfeccionamiento y ejecución, hasta su culminación; en esa medida, las disposiciones que regulan la ejecución contractual rigen independientemente de si se encuentran consignadas o no en el documento que contiene el contrato celebrado, justamente en atención al carácter imperativo que ostenta la normativa de contrataciones del Estado⁴.

³ Nos referimos a los contratos que suscribe el Estado para la adquisición de bienes, servicios y contratación de obras, regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

⁴ Si bien esta Opinión fue emitida bajo una normativa distinta a la vigente, de igual forma este criterio continúa aplicándose a la fecha.

3. Abuso del derecho

3.1 Nociones generales acerca del abuso del derecho

La teoría del abuso del derecho plantea un nuevo paradigma que establece ciertos límites o restricciones al ejercicio de los derechos en general, pero también en el ámbito de los contratos.

Para la antigua cultura griega, y también para la antigua civilización romana, era impensable la posibilidad de un ejercicio abusivo del derecho. El derecho subjetivo, así como su ejercicio, para los antiguos griegos y romanos, jamás podría concebirse como causante de daños ilegítimos a terceros. Bajo el precepto de «*qui jure suo utitur neminem laedit*» (quien usa de su derecho, a nadie lesiona) los romanos expresaban su confianza en el poder del orden jurídico para producir una sociedad justa.

Por derecho subjetivo entendemos las facultades o atribuciones que se desprenden de la normativa o cuerpos jurídicos, conocidos estos últimos en la doctrina como derecho objetivo. Ambas expresiones, derecho objetivo y derecho subjetivo, no contienen conceptos opuestos sino todo lo contrario: un concepto deriva del otro, son inseparables.

La doctrina se ha encargado de diferenciar con precisión las características del abuso del derecho al señalar que este se presenta cuando, en el ejercicio de un derecho subjetivo, se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica específica.

Como lo ha señalado Jorge Mosset Iturraspe: «los juristas siempre se han preocupado por saber si los derechos subjetivos pueden aplicarse como su titular lo desea o si, por el contrario, se encuentra en manos de los operadores jurídicos establecer cómo se aplican y para qué supuestos a fin de evitar excesos, abusos o daños» (2007, p. 117).

El abuso del derecho nace como una institución jurídica que se contrapone al reconocimiento ilimitado de la libertad y que permite calificar como no admitidas conductas que, pese a no estar expresamente impedidas, no se encuentran acordes con la sana convivencia social. En palabras de Marcial Rubio Correa, «el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas» (1990, p. 35).

3.2 ¿Cabría aplicar la figura del abuso del derecho en el ámbito de la contratación con el Estado?

Como hemos descrito, en el supuesto específico de la contratación con el Estado, las normas son imperativas y, por ende, resultan aplicables de manera obligatoria.

La contratación con el Estado propone un escenario en el que las posibilidades de negociación de los términos contractuales resulten sumamente escasas, toda vez que las distintas entidades del Estado contratan imponiendo las reglas, muchas de las cuales son preestablecidas por las normas imperativas, quedando el contratista en la posición de expresar, o no, su aceptación respecto al íntegro de estas.

La actuación de la Administración Pública se encuentra necesariamente restringida a lo que las normas imperativas establezcan, y no puede alejarse de lo establecido por estas.

No cabe duda de que, en las relaciones contractuales con el Estado, necesariamente regidas por normas de carácter imperativo, cobra especial relevancia la eventual aplicación de la figura jurídica del abuso del derecho. Al respecto, Gustavo Ordoqui Castilla ha sostenido categóricamente que el abuso del derecho «se proyecta tanto en el ámbito del derecho privado como en el derecho público» (2014, p. 707).

En nuestro país, resulta innegable la aplicación de la figura del abuso del derecho, incluso en el ámbito de las relaciones contractuales suscritas por el Estado, pues, desde el plano normativo, la Constitución prevalece respecto de cualquiera de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado. Así lo reconoce incluso el numeral 45.10 del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado:

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

Precisamente, la Constitución Política del Perú, en su artículo 103, establece expresamente que «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Dado que se encuentra reconocida expresamente la figura del abuso del derecho por la Constitución Política del Perú, resulta claro que dicho mandato constitucional de no amparar el abuso del derecho será aplicable también a los

contratos que se suscriben bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. En consecuencia, no hay duda alguna respecto de la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho en el supuesto de que alguna de las partes intente ejercer algún derecho de manera abusiva.

3.3 ¿La autoridad administrativa puede dejar de ejercer un derecho si considera que su ejercicio es abusivo?

La Administración Pública no tiene otra alternativa más que cumplir lo que indiquen las normas que rigen su actuación. La administración se encuentra obligada, bajo responsabilidad, a cumplir la ley.

Las normas sobre contratación pública, en algunos supuestos, establecen un derecho cuyo ejercicio es discrecional. Es decir, confiere a la parte estatal la facultad de ejercer o no un derecho. En estos casos, corresponde a dicha parte evaluar si resulta legítimo y además razonable ejercer un determinado derecho y, finalmente, decidir si lo ejerce o no.

Sin embargo, en otros supuestos, la norma obliga o dispone una aplicación automática e inmediata de esta. En esta situación, la parte estatal no podrá dejar de aplicarla, dado que debe actuar conforme a lo que prescribe la ley, bajo responsabilidad.

En este último supuesto, la parte estatal ejercerá el derecho en aplicación estricta de lo establecido en la ley, pues su actuar se rige de manera estricta por lo previsto en la norma y bajo responsabilidad. En este supuesto, como sostiene Luis Niel Puig: «El sujeto pues, no sólo goza de poderes, sino que, se le imponen deberes que limitan su actuación» (1997, p. 1078). En consecuencia, la parte estatal no tendrá otra alternativa que aplicar la ley, dado que su actuación se rige por el principio de legalidad. La parte estatal actuará de esa forma porque no tiene competencia para determinar la constitucionalidad de una norma, es decir, no puede aplicar el control difuso, conforme ha sido reconocido y desarrollado en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional el 18 de marzo de 2014, correspondiente al Expediente N.º 4293-2012-PA/TC.

3.4 ¿Quién debe determinar el ejercicio abusivo del derecho?

Una vez ejercido el derecho por cualquiera de las partes, en caso su contraparte considere abusiva dicha conducta, podrá cuestionarla en sede arbitral, dado que las controversias en materia de contratación con el Estado no son sometidas al ámbito judicial.

Así, el tribunal arbitral o el árbitro único, según corresponda, deberá analizar y verificar si resulta de aplicación, o no, la figura constitucional del abuso del derecho al caso particular, así como las medidas que corrijan dicha situación, de ser el caso. Así lo prevé la Ley de Contrataciones del Estado cuando, en el numeral 45.10 del artículo 45, antes citado, dispone que las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú y luego por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, manteniendo obligatoriamente ese orden de preferencia, con carácter de orden público.

Resulta claro que la aplicación de la figura del abuso del derecho reviste un carácter excepcional. Como excepción a la regla, podrá aplicarse solamente en aquellos casos concretos en los que se evidencien excesos en el ejercicio de los derechos, tanto por parte de la administración como de los proveedores o contratistas.

4. Buena fe

Aunque la buena fe tiene múltiples aplicaciones y consecuencias, en el ámbito de la contratación, de manera similar a la figura del abuso del derecho, esta opera también como un límite al ejercicio de los derechos de ambas partes. La buena fe es un principio rector que resulta aplicable a todo contrato, pues constituye un principio general del derecho.

Como sostiene Aníbal Torres Vásquez: «Los principios generales del Derecho son las ideas, postulados éticos o criterios fundamentales básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario» (2005, p. 53).

4.1 ¿Corresponde aplicar el principio de buena fe en el ámbito de la contratación con el Estado?

Algunos autores conciben a la buena fe como un principio general de derecho administrativo. Pablo Gallegos Fedriani, por ejemplo, ha expresado que: «El principio general de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho administrativo y es aplicable durante la ejecución de los contratos administrativos» (2014, p. 349). Al respecto, si es que los principios generales del derecho son criterios fundamentales y orientadores del sistema jurídico en general, no sería necesario enfatizar que cada principio general del derecho resulta también aplicable, o que es acogido como principio, dentro de un determinado ámbito del derecho en particular. Por ser un principio general del derecho, el principio de buena fe resulta aplicable tanto al derecho administrativo como a los contratos estatales en general.

Respecto de la aplicación del principio de buena fe a los contratos con el Estado, aunque no se incluya a la buena fe dentro de los principios enunciados en el artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, no debe olvidarse que los principios no siempre se encuentran en una ley.

Un claro ejemplo de que los principios no tienen que estar necesariamente consagrados en la ley es el supuesto de los principios generales del derecho que, en palabras de José María Díaz Couselo «[...] son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria» (1971, p. 79).

La norma no es la única fuente del Derecho. Existen fuentes distintas a la normativa que reconocen la existencia y la aplicación de los principios. Al respecto, para el supuesto específico de la contratación con el Estado, Juan Carlos Morón y Zita Aguilera sostienen que:

Los principios de la contratación estatal tienen diversas fuentes originarias. [...] encontramos algunos principios en materia de contratación que han sido desarrollados por la jurisprudencia y doctrina, pero que encuentran acogida por vía arbitral. Tales son los casos del equilibrio económico-financiero del contrato, la confianza legítima, los actos propios y buena fe contractual. (2017, p. 76)

Si bien la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no establecen norma alguna respecto de la buena fe, eso no significa que la buena fe no aplique a la contratación estatal o que no deba regir el comportamiento de las partes durante todo el *iter* contractual.

Tratándose de un principio general, la buena fe también resulta aplicable al derecho administrativo y a los contratos que suscribe el Estado.

Jesús González Pérez ha sostenido que «Con independencia de su reconocimiento legislativo, el principio de buena fe, en cuanto principio general del Derecho, cumple una función informadora del Ordenamiento jurídico, y como tal, las distintas normas deben ser interpretadas en armonía con él» (1998, p. 84). Por ello, resulta consistente con ese rol fundamental que todo principio general del derecho debe cumplir, pues, como expresa Carlos Fernández Sessarego:

La conciencia jurídica colectiva reclama, en términos generales y más allá de la vigencia de normas específicas dentro del ordenamiento positivo, el que en las relaciones humanas intersubjetivas se vivencien los valores ínsitos en los principios generales del derecho, como el de la buena fe, el orden público y el de las buenas costumbres. La comunidad reclama que exista plena correspondencia

entre estos principios generales, informantes de todo el sistema jurídico, y el real y efectivo comportamiento humano social (1998, pp. 26-27).

El contrato estatal, aunque suene tautológico, es un contrato y, por ende, un acto jurídico. Que el contrato estatal cuente con una regulación especial que establezca un listado de principios particulares o se rija por principios del derecho administrativo, no constituye óbice para reconocer su naturaleza convencional o negocial.

Todo contrato, sea estatal o privado, es vinculante para las partes y debe ser interpretado conforme a lo pactado, pero atendiendo siempre al principio de buena fe.

La buena fe implica una conducta leal de las partes como premisa básica o elemental. En palabras de Manuel De la Puente y Lavalle, «este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente» (1993, p. 85). Sin embargo, comprende más que un actuar leal de las partes. La buena fe obliga a ejecutar los contratos de manera ética, que es un concepto mucho más amplio. Así lo reconoce Juan Carlos Cassagne cuando sostiene que:

[...] la buena fe presupone que tanto la voluntad de la Administración como la del particular o administrado y, en general, los elementos del acto o contrato han sido producto de una conducta recta, leal y honesta. [...] La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista. (2016, pp. 66-67)

Un acto desproporcionado, la falta de cooperación con la contraparte, un comportamiento oportunista, una conducta sorpresiva, un momento inoportuno para tomar una medida, son algunos de los supuestos que pueden afectar el principio de buena fe.

4.2 ¿Quién debe probar la buena fe o la mala fe?

En materia de contratación con el Estado, el reto de los árbitros estará en determinar si existió un acto desproporcionado, oportunista, sorpresivo, inoportuno o una falta de colaboración con la contraparte.

No existe norma que presuma la buena fe o la mala fe. Por ello, como sostiene Manuel De la Puente y Lavalle, cuando «alguien invoque su actuación de buena fe, deberá probarlo. Asimismo, si se imputa a alguien conducirse de mala fe, corresponde al imputador acreditar ésta» (2017, p. 280).

Lo usual es que la controversia surja porque una parte considera que su contraparte ha actuado de mala fe. En tal circunstancia, no bastará que dicha parte

invoque que la contraparte actuó de manera contraria a la buena fe, será necesario sustentar y generar convicción en el árbitro o tribunal arbitral que debe decidir la controversia en la que, conforme a las circunstancias o los hechos del caso concreto, un determinado comportamiento o la omisión de una conducta puede calificarse como una actuación de mala fe.

5. Conclusión

Los contratos estatales cuentan con una regulación especial que no impide la aplicación de figuras como el abuso del derecho o del principio de buena fe, que rige a todo contrato.

Aunque no exista una regulación específica acerca de la posibilidad de aplicar la figura del abuso del derecho o del principio de buena fe, ello no resulta obstáculo para concluir que estas sí resultan aplicables también a la contratación estatal.

A diferencia del personaje de Antígona, cuya tragedia relatamos de manera sucinta en la parte inicial del presente artículo, en la contratación estatal, aquella parte que considere que su contraparte actúa de mala fe o que ejerce de manera abusiva un derecho, tendrá por lo menos la posibilidad de defenderse legítimamente de tales circunstancias. El sistema jurídico le reconoce tal derecho.

Probablemente, no sea una tarea sencilla generar convicción acerca de la mala fe de la contraparte o respecto del ejercicio abusivo de un derecho. Serán necesarios sólidos argumentos, pero también pruebas.

Referencias

- Cassagne, J. (2016). *Los grandes principios del Derecho público*. Madrid: Editorial REUS.
- De la Puente y Lavalle, M. (1993). El contrato en general. En *Biblioteca para leer el Código Civil*, tomo 2 (p. 85). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general*, tomo I. (3.^a ed.). Lima: Palestra Editores.
- Díaz, J. (1971). *Los principios generales del Derecho*. Madrid: Plus Ultra.
- Fernández, C. (1998). *Abuso del Derecho*. (2.^a ed.). Lima: Grijley.
- Gallegos, P. (2014). El *pacta sunt servanda* y los contratos públicos. En AA. VV., *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. (p. 349). Buenos Aires: Ediciones RAP.
- González, J. (1998). El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo. (3.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Morón, J., & Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Colección Lo esencial del Derecho, tomo 9. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Mosset, J. (2007). *Código Civil y normas complementarias*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Niel, L. (1997). Abuso del Derecho. En AA. VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini* (p. 1078). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ordoqui, G. (2014). *Abuso de Derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo*. Lima: Ediciones Legales.
- Rubio, M. (1990). Título preliminar. En *Biblioteca para leer el Código Civil*, volumen III (p. 35). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico*. (10.^a ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sófocles. (2014). *Antígona*. Madrid: Editorial Gredos.
- Torres, A. (2005). Los principios generales del Derecho. En AA. VV., *Principios generales y especiales del Derecho* (p. 53). Lima: Marsol ediciones.