

## **4. El apoyo y difusión a la integración**

**Igualdad de los contratistas andinos  
en las licitaciones nacionales**

*Mario Baca*

**Los mecanismos de flexibilización en la Unión  
Europea, una solución para poder continuar**

*Miguel Martínez*

**El diálogo político como pilar de las relaciones  
entre la Unión Europea y América Latina:  
reflexiones sobre su desarrollo y contenido**

*Michel Levi Coral*

# Igualdad de los contratistas andinos en licitaciones nacionales

**Mario Baca**

Abogado, Universidad de San Martín de Porres de Lima. Asesor de PROVIAS NACIONAL, del Ministerio de Transporte y Comunicaciones del Perú.

*correo electrónico*  
*m\_baca@proviasnac.gob.pe*

La presente ponencia parte de una experiencia concreta, un hecho determinado en el que interactuaron agentes del sector privado y público, en torno a la aplicación del derecho interno peruano frente a normas de carácter supranacional, como la Decisión 439 de la Comunidad Andina de Naciones.

A partir de esta experiencia, cuya explicación procuraré desarrollar de forma que no distraiga más de lo necesario al lector, en la intrincada red de dispositivos legales, procuraré graficar las implicancias y efectos que derivan de la ausencia de sistemas o mecanismos de publicidad, difusión y seguimiento de las Decisiones

de la Comunidad Andina de Naciones que fuera de determinados círculos, no habría llegado en forma óptima al conocimiento o comprensión de los operadores administrativos, situación que dificultó una correcta inserción de la norma supranacional en el contexto legal de los países que conforman la Comunidad<sup>1</sup> y en ese escenario no es posible pretender que algunas decisiones, fundamentalmente aquellas de contenido jurídico administrativo, sean aplicadas debidamente o por lo menos evaluada la posibilidad para su correcta implementación.

Como es común en la mayoría de estados, en el Perú, la adquisición de bienes,

---

<sup>1</sup> En particular el caso peruano.

contratación de servicios<sup>2</sup> y de obras por parte del Estado, se efectúan seleccionando a los proveedores a través de procesos licitatorios. Sobre el particular la Constitución Política del Perú establece en su art. 76°, lo siguiente:

“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 lo señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La Ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

El texto citado, consagra constitucionalmente a la *licitación pública* como el mecanismo de formación de la voluntad para la contratación administrativa, precepto que ha sido desarrollado en la “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” del Perú.

Esta Ley define los mecanismos específicos que implementan el precepto constitucional antes citado, diferenciándose los procesos licitatorios en Licitación Pública,

para la adquisición de bienes y ejecución de obras; y, Concurso Público, para la contratación de servicios de consultoría de obra, de consultoría distintas a las de obras y de servicios en general; además de otras nomenclaturas para procesos de cuantías menos relevantes “adjudicaciones directas” y “de menor cuantía”; denominaciones técnicas establecidas para identificar el tipo de proceso en función al presupuesto involucrado en la operación.

Los procedimientos ordinarios de selección de ofertas no son distintos de un país a otro y salvo por las propias excepciones que contempla cada legislación, dichos mecanismos importan procesos de evaluación a cargo de comités o comisiones evaluadoras<sup>3</sup>, especialmente designados para tal fin y que actúan en forma colegiada. Sobre este particular García de Enterría y Ramón Fernández en su *Curso de derecho administrativo* señalan que: “La selección de los contratistas privados por la administración se ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretendía garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la administración, a través de la competencia, de las condiciones más

<sup>2</sup> Que incluyen los servicios generales, las consultorías de obras bien sea para la realización de estudios de preinversión, proyectos de ingeniería y de supervisión de obras y a otras consultorías distintas a las de obras.

<sup>3</sup> En el caso peruano, la normativa sobre la materia señala que estará compuesto por tres o cinco miembros, a criterio de la entidad, escogidos de entre los funcionario o servidores de las dependencias de contrataciones y adquisiciones y área usuaria y/o por expertos independientes teniendo en cuenta la complejidad de la contratación.

ventajosas para el interés público” (García de Enterría *et al.*, 2006, 766).

Así, los mecanismos específicos de selección en el ordenamiento legal peruano, buscan establecer un orden de prelación entre los competidores, para lo cual se califican las ofertas que, por lo general, se presentan como propuesta técnica y propuesta económica, de manera separada<sup>4</sup>. Así, solo será necesario evaluar aquellas propuestas económicas de los postores cuyas ofertas técnicas hayan alcanzado (i) determinados requerimientos técnicos mínimos; y, (ii) un puntaje mínimo requerido en el pliego de condiciones o bases. En el sistema peruano, el comité evaluador asigna los puntajes en forma discriminada a las propuestas técnica y económica, luego, suma o pondera dichos puntajes y obtiene un puntaje total, estableciendo entonces un orden de prelación y en función a éste adjudica la buena pro.

El tema materia de análisis tiene como contexto la contratación de servicios de consultoría de obra, por lo que cualquier alusión que se haga en el presente escrito a “Concurso” o “Concurso Público”, debe atribuirse al proceso licitatorio en el que participaron proveedores (consultores) de este tipo de servicios.

Con estas notas preliminares, cabe situarse en el contexto legal y en el caso específico.

## **SOBRE LA NORMA COMUNITARIA**

Durante el 94 Período Extraordinario de Sesiones de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, realizada en Lima el 11 de junio de 1998, se adoptó la Decisión 439, que regula el “Marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios en la Comunidad Andina”.

Esta Decisión se inspiró a su vez, en las ediciones IX y X del Consejo Presidencial Andino, realizados en las ciudades de Sucre y Guayaquil, donde se expresaron de manera reiterada las voluntades de los países miembros de liberalizar el comercio intrasubregional de servicios; sobre la base de que la conformación de un Mercado Común Andino de Servicios constituiría un elemento fundamental para la consolidación del proceso de integración subregional.

Sobre esta base, la Comisión emite la Decisión 439, precisando el compromiso de los países miembros de estimular el fortalecimiento y diversificación de los servicios andinos y armonizar las políticas nacionales sectoriales en aquellos aspectos que así lo requieran para lograr una inserción efectiva en el mercado global, consolidándose de esa manera el reconocimiento del pluralismo económico, garantizado por los propios estados miembro.

---

<sup>4</sup> La actual legislación en materia de contratación pública, ha incorporado la “subasta inversa” para la adquisición de bienes estandarizados, en estos casos no hay evaluación de capacidades técnicas, se adjudica al mejor precio.

En lo que concierne a su ámbito de aplicación, el art. 4° de la Decisión 439, materia de comentario, estableció lo siguiente:

“Artículo 4.- El presente Marco General no será aplicable a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.

“La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los países miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los países miembros, mediante Decisión que será adoptada a más tardar el 1° de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los países miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata<sup>5</sup>.

“El presente Marco Regulatorio no será aplicable a las medidas relacionadas con los servicios de transporte aéreo”.

La claridad de la Decisión 439 en cuanto a su objeto, ámbito y eficacia, me releva de mayores comentarios.

## NORMATIVA PERUANA EN CONFLICTO CON LA NORMATIVA COMUNITARIA

El 19 de junio de 1999 se hizo público a través del “Boletín de normas legales” del Perú<sup>6</sup>, la Ley 27143, denominada “Ley de promoción temporal del desarrollo productivo nacional”, cuyo artículo único imponía la obligación de bonificar con un porcentaje<sup>7</sup> específico la sumatoria de los puntajes alcanzados por las propuestas que se presenten en los procesos de selección para la adquisición de bienes. Esta norma sufrió varias modificaciones. Mediante sendos decretos de urgencia<sup>8</sup>, se amplió el alcance de su aplicación a la **contratación de servicios** y se prorrogó su vigencia hasta el 30 de julio de 2002; luego, hasta el 30 de julio de 2005<sup>9</sup>.

En principio, se trató de normas de carácter temporal; no obstante, el año 2005 fue nuevamente modificada, eliminándose el artículo que fijaba su fecha de término,

<sup>5</sup> Resaltado fuera de texto.

<sup>6</sup> Documento oficial de publicación diaria, a través del cual se publicitan las disposiciones que emanan de las distintas reparticiones del Estado, desde leyes nacionales (incluyendo tratados) hasta edictos de ámbito municipal. Generalmente, salvo que la norma en cuestión señale expresamente lo contrario, se presumen vigentes y surten efectos todas las normas y decretos que se publiquen en este medio, a partir del día siguiente de dicha publicación.

<sup>7</sup> Establecido inicialmente en el diez por ciento (10%), luego mediante Decreto de Urgencia 064-2000 publicado el 23 de agosto de 2003 éste fue incrementado al 15% y, finalmente, por Ley 27633, se incrementó a veinte por ciento (20%).

<sup>8</sup> El art. 118, inc. 19 de la Constitución Política del Perú faculta al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias con fuerza de Ley, mediante “Decretos de Urgencia”, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso.

<sup>9</sup> De conformidad con la Ley 27633.

<sup>10</sup> Mediante Ley N° 28267, del 03 de julio de 2005.

con lo que tácitamente el beneficio quedó establecido de modo permanente<sup>10</sup>. En tal sentido el beneficio que otorga la mencionada “Ley de promoción temporal del desarrollo productivo nacional” ya no es tal, pues ha perdido su carácter temporal y en la actualidad se viene aplicando en todos los procesos de selección que convoque el Estado peruano, hasta tanto no se derogue o modifique.

Cabe agregar que con carácter reglamentario se emitieron otros dispositivos de menor jerarquía, de orden eminentemente administrativo que fijaban las definiciones de productos elaborados o servicios prestados en el territorio nacional<sup>11</sup> y los requisitos que debían reunir los bienes y servicios para tener dicha calificación; como (i) que sean suministrados por personas naturales domiciliadas en el país; o, (ii) que sean suministrados por personas jurídicas constituidas, autorizadas o domiciliadas en el país y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio nacional. Y en esa misma línea, otros sectores hicieron lo propio. Es así que el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, estableció los criterios

para determinar el concepto “operaciones sustanciales en el territorio nacional”, señalando que se considerará como personas jurídicas que realicen operaciones sustanciales de servicios en el territorio nacional, a aquellas que tengan más del 50% del total de sus activos fijos ubicados en el país y facturen al menos el 60% de su facturación total, dentro del territorio nacional y que el “domicilio” sería determinado de acuerdo con las normas tributarias vigentes al momento de la presentación de las ofertas<sup>12</sup>.

Como se aprecia, en la definición de los conceptos territorio nacional y actividades sustanciales, la norma reglamentaria fue sumamente detallista, propiciándose la aplicación un criterio claramente preferencial por lo nacional, sin tener en cuenta el precepto establecido en la norma comunitaria.

Dado el carácter promotor que inspiró la dación de la Ley 27143 y las normas que la modifican y regulan, con el sistema de bonificación establecido, se favorecía en la competencia, la posición de aquellos postores que incluían en sus respectivas ofertas una declaración jurada<sup>13</sup> indicando que los bienes o servicios que ofrecían eran

<sup>11</sup> Como el Decreto Supremo N° 003-2001-PCM, mediante el cual se “...establecen disposiciones para la aplicación del D.U. N° 064-2000, sobre calificación técnica y económica obtenida por postores de bienes y servicios elaborados dentro del territorio nacional”.

<sup>12</sup> De conformidad con la Resolución Ministerial N° 043-2001-ITINCI/DM, del 02 de marzo de 2001.

<sup>13</sup> El ordenamiento administrativo en el Perú privilegia la presentación de declaraciones juradas con la presunción de veracidad; por el que a su sola presentación se presumen verificados por quien hace uso de ellos, salvo prueba en contrario, pudiendo entenderse cumplido el requisito o satisfecho determinada condición legal con la declaración del administrado en ese sentido.

producidos o prestados, dentro del territorio nacional, según fuera el caso. Con la sola declaración se entendía cumplido el requisito legal.

En la práctica (incluso actualmente), el mecanismo empleado para la aplicación de esta disposición consiste, como se ha indicado, en la presentación de una “declaración jurada” en la que el oferente señala que produce sus bienes o presta servicios, según sea el caso, **dentro del territorio nacional**, para hacerse acreedor a la bonificación. Y es que como todo proceso licitatorio, el Concurso Público es sumario y el comité evaluador debe procurar llegar al resultado dentro de los plazos previstos en su cronograma, incluso, bajo sanción de nulidad; además, se trata de un procedimiento administrativo especial, por lo que la aplicación del denominado “principio de presunción de veracidad” respecto de las declaraciones juradas que presentan los administrados, es imperativa.

Sobre la presunción de veracidad, Morón Urbina señala que consiste en exigir que la Administración suponga por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en

sus actuaciones, las que se materializan a través de los documentos, informaciones y declaraciones escritas que presentan en los procedimientos en que intervienen, de modo que la propia Administración asume la carga de la prueba sobre la conducta del administrado y aunque el denominado “principio”, constituya una regla jurídica ascendida a tal categoría por los legisladores, en otros países se prefiere hablar de un “principio de buena fe” por cuya virtud se debe presumir que todas las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública están caracterizadas por tal actitud de parte del ciudadano<sup>14</sup>.

## EL CASO

En octubre de 2005 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú, a través de PROVIAS NACIONAL<sup>15</sup>, convocó a un Concurso Público para contratar el servicio de supervisión de las obras de rehabilitación y mejoramiento de una carretera nacional<sup>16</sup>, por un valor estimado de 5.5 millones de nuevos soles (alrededor de 1.5 millones de dólares norteamericanos).

<sup>14</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. 2004. *Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general*. 4ra. ed. Lima. Editorial Gaceta Jurídica. p. 237.

<sup>15</sup> “Proyecto Especial de Infraestructura Nacional”, organismo técnico encargado de la ejecución y mantenimiento de carreteras nacionales.

<sup>16</sup> Concurso Público N° 0032-2003-MTC/20 “Servicio de Supervisión de la Obra: Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera Aguaytía – Pucallpa”.

<sup>17</sup> Hubo un empate entre dos postores que ocuparon el primer lugar, pero en ese caso se decidió por sorteo.

Concurrieron a dicha convocatoria seis postores y entre ellos un Consorcio conformado por dos empresas, una colombiana y otra peruana (en adelante “Consorcio”), que ocupó el quinto lugar<sup>17</sup> en el orden de prelación que al efecto estableciera el comité de evaluación, en función a los puntajes alcanzados por las empresas postoras, asignándose a las propuestas la bonificación del 20% establecida en la norma interna y discriminándose de su aplicación al Consorcio.

Contra la decisión del Comité de Evaluación, el Consorcio interpuso “recurso de apelación”, a efectos de llevar la controversia al conocimiento de la máxima autoridad administrativa de la Entidad que había convocado al proceso, sosteniendo de un lado que le correspondía el beneficio establecido en la norma interna por la prestación de servicios dentro del territorio nacional, toda vez que, aun cuando una de sus integrantes es una empresa colombiana conforme a la Decisión 439, a los postores provenientes de países miembros les corresponde el trato de nacionales para efectos de la contratación de servicios por entidades gubernamentales.

No obstante, también argumentó que la aplicación del principio de trato

nacional que exige la Decisión 439 era incompatible con la exigencia a las empresas prestadoras de servicios de los países miembros de tener más del 50% del total de los activos fijos en el Perú y facturar al menos el 60% de su facturación total dentro del Perú para efectos de acceder al beneficio en el entendido que resultaba “... extremadamente más sencillo...” cumplir con estos requisitos para las empresas peruanas que para las empresas de los demás países miembros.

Dicha impugnación fue desestimada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú<sup>18</sup>, bajo la argumentación de que si bien el Consorcio había presentado una declaración jurada en la cual explican los motivos por los cuales debían ser acreedores al beneficio establecido en la normativa interna, no habían acreditado que el servicio cumplía con las condiciones establecidas en la norma<sup>19</sup>; es decir, ser personas jurídicas que realicen operaciones sustanciales de servicios en el territorio nacional, por lo que no procedía otorgarle la bonificación adicional.

Disconforme con tal pronunciamiento, el Consorcio interpuso recurso de revisión ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante

---

<sup>18</sup> En materia de contratación pública, la normativa peruana garantiza la doble instancia para recurrir contra las decisiones que se adopten en los procesos licitatorios, primero ante la misma entidad que sacó el proceso y en última instancia (recurso de revisión) ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado CONSUCODE, con lo resuelto por este Tribunal se agota la vía administrativa y sólo procede la acción contencioso administrativa en sede judicial.

<sup>19</sup> Decreto Supremo N° 003-2001-PCM y Resolución Ministerial N° 043-2001-ITINCI/DM.



“Tribunal”), alegando que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina había señalado que la norma interna, anterior o posterior, que de algún modo resulte contraria o incompatible con una Decisión, que lo transgreda, desvirtúe o desnaturalice o que simplemente obstaculice su cabal aplicación sería inaplicable. Asimismo, reiteró su posición en el sentido que la aplicación del principio de trato nacional que exige la Decisión 439 resultaba incompatible con la exigencia a las empresas prestadoras de servicios de los países miembros (Venezuela, Colombia, Ecuador o Bolivia) de tener más del 50% del total de los activos fijos en el Perú y facturar al menos el 60% de su facturación total dentro del Perú, para acceder a la bonificación por lo que al desnaturalizar el régimen comunitario andino, las exigencias mencionadas devenían en inaplicables.

Adicionalmente, el Consorcio argumentó que no existía ningún conflicto ni colisión entre la norma interna peruana y la norma comunitaria, puesto que –según sostuvo– los requisitos previstos en la Ley 27143 (norma interna que creó el beneficio) le son exigibles a cualquier empresa extranjera, pero no a aquellas que provienen de un país miembro de la Comunidad Andina.

Como se puede apreciar, el Consor-

cio, en defensa de sus intereses planteó tesis sino opuestas, al menos alternativas, pues mientras de un lado sostuvo la existencia de una incompatibilidad en la exigencia de acreditar el desarrollo de operaciones sustanciales en el Perú con lo expresamente dispuesto en la Decisión 439; por otro, variando sustancialmente de posición, afirmaba que no había colisión alguna entre la norma interna y la Comunitaria; señalando que la acreditación de dichas “operaciones sustanciales” no podía exigirse a los postores de los países miembros de la Comunidad, con lo que incorporaba un elemento nuevo al procedimiento administrativo, que consistía en considerar como “territorio nacional”, para efectos de la aplicación debida de la norma interna, el territorio ampliado que comprenda al de todos los países miembros de la Comunidad Andina.

En este punto es importante tener presente que en el Perú el órgano colegiado que tiene a su cargo administrar justicia en el ámbito administrativo en materia de contrataciones públicas es precisamente el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de modo que su intervención en el caso materia de comentario pronunciándose sobre el “recurso de revisión” era absolutamente relevante, ya que el criterio adoptado por éste vinculaba a todos los entes públicos que en el Perú

---

<sup>20</sup> De acuerdo con el texto de la Resolución N° 062/2004.TC-SU, del 18 de febrero de 2004, la misma que puede ser consultada a texto completo en [www.consucode.gob.pe](http://www.consucode.gob.pe) a través del enlace a “Resoluc. emitidas por el Tribunal”.

tuvieran que contratar servicios.

A efectos de resolver, el Tribunal estableció como punto controvertido “Determinar si corresponde aplicar a [el Consorcio] la bonificación del 20% aplicable a los servicios prestados en el territorio nacional”<sup>20</sup>. Y sobre esa base identificó que la controversia versaba sobre la relación entre una norma comunitaria andina, específicamente la Decisión 439, respecto de la normativa peruana que otorga una bonificación porcentual a quienes calificaban como prestadores de servicios dentro del territorio nacional.

La Resolución del Tribunal aborda el tema haciendo un recorrido referencial sobre las características del órgano tutelar de la Comunidad Andina (Tribunal de Justicia) y de la normativa peruana en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, deteniéndose en el régimen promotor de la Ley 27143 y sus normas complementarias y modificatorias, concluyendo en que por dicha norma se estableció en el Perú un régimen de excepción temporal, sin vocación de permanencia, en cuanto a bienes y servicios, conforme al cual dentro de un plazo que se vencía el 30 de julio de 2005, quienes elaboraban bienes o prestaban servicios en el territorio nacional se beneficiarían con una bonificación del 20% adicional respecto a la sumatoria de sus puntajes técnico y

económico; precisando que en cuanto a la prestación de servicios, no se requería que la persona natural o jurídica que brinde el servicio sea peruana, sino “domiciliada”, en el primero de los casos, y en el segundo, que sea una firma constituida, autorizada o domiciliada en el país y que realice “operaciones sustanciales” en él<sup>21</sup>.

Para el Tribunal la tesis del régimen de excepción era fundamental en el análisis del presunto conflicto entre la norma nacional interna y la supranacional o comunitaria, pues bajo esa consideración previno que “...las normas de excepción en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado corresponden a normas promotoras de ciertos bienes, servicios o sujetos en relación con el mercado en su conjunto, que atendiendo al origen de los recursos públicos tienen como objeto generar beneficios pre-establecidos y considerados por el legislador deseables, ya sean estos referidos a fortalecer a las micro y pequeñas empresas, a las constructoras locales, la producción nacional o los servicios prestados por el país, aún cuando ello implique afectar las reglas generales que regulan la materia, bajo la premisa del trato justo e igualitario y el fomento de la más amplia participación de postores potenciales con independencia de su origen o el origen de sus productos”, relacionando el carácter, hasta entonces, temporal de las normas

<sup>21</sup> [www.consucode.gob.pe](http://www.consucode.gob.pe)

<sup>22</sup> Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

promotoras de las empresas peruanas con lo que previene el Código Civil peruano, cuyo artículo IV de su Título Preliminar<sup>22</sup> precisa que las “normas de excepción”; y esa es la naturaleza que se asigna a la Ley 27143 y sus modificatorias, al menos así fue hasta el año 2004, deben ser interpretadas de modo restringido, precepto que es concordado por el Tribunal con el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú<sup>23</sup>, en cuanto establece el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

Sobre esta base, el Tribunal orientó su análisis hacia la aplicación del *principio de legalidad* contemplado en el Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme al cual 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 tales facultades les fueron conferidas; en este sentido y bajo la perspectiva que planteó el Tribunal, la Administración Pública sólo podía realizar aquello para lo que estaba expresamente facultada; de tal suerte que, a diferencia de los particulares quienes sólo pueden ser obligados a hacer lo que la ley manda e impedidos de hacer lo que ella prohíbe, la administración sólo puede hacer lo que la ley la faculta a hacer, en el

caso particular, aplicar la Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional (Ley 27143 y sus modificatorias) y dejar la aplicación de la norma supranacional (Decisión 439) para la autoridad competente; con tal posición, introdujo el criterio de la falta de capacidad de los tribunales administrativos para ejercer el control difuso de la constitucionalidad o legalidad de las normas de carácter general quedando obligado a ceñirse a ellas, según indica la resolución del Tribunal, a diferencia de los órganos judiciales a quienes, dentro del ordenamiento nacional, les ha sido reservada tal tipo de atribuciones.

Como es evidente, a este punto, el Tribunal ya consideraba que nos encontrábamos ante un eventual conflicto de normas, una de carácter nacional que de modo expreso establece una bonificación especial para las personas naturales domiciliadas y las personas jurídicas que realizan operaciones sustanciales en el territorio nacional, frente a otra anterior y de carácter supranacional, de cuya lectura podíamos inferir que se extendía el criterio de domicilio, trato nacional y operación sustancial a cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina.

La cuestión para el Tribunal consistió entonces en discernir cuál de las normas era preferente respecto de la otra.

Esta situación nos invita a reflexionar

<sup>23</sup> Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional.- (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. (...)

acerca de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno y las soluciones que aporta la doctrina. Sobre el particular y a modo de introducción es oportuno citar a Pastor Ridruejo, en cuanto señala que: “(...) la importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos radica en el hecho que la eficacia del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. Es esencial en este sentido que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho internacional y más aun que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales”<sup>24</sup>.

La Constitución Política del Perú, en su art. 55° precisa que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”; consecuentemente si nos avenimos al criterio aceptado de que las decisiones que se adoptan en el seno de la Comisión, constituyen la implementación del tratado que dio origen a la Comunidad, no cabrá duda de que aquellas, forman parte del derecho nacional (caso peruano).

En doctrina, la incorporación de los Tratados en el derecho interno, se analiza

desde tres fuentes; a saber: **Sistema de recepción automática**, que supone la aplicación de la norma supranacional en el derecho interno sin requerirse ningún acto posterior interno que lo incorpore; es decir, sin requerir de norma interna que facilite la aplicación del derecho internacional; aunque, como lo señala Fabián Novak en *La constitución comentada* no deben entenderse como actos de incorporación los mecanismos administrativos que se sigan para facilitar el conocimiento de la administración o la intervención previa del legislativo para su aprobación interna. **Sistema de recepción formal**, en el que el sistema constitucional exige en forma expresa algún procedimiento interno para que las normas internacionales sean vinculantes en el orden interno; es decir, a partir de leyes del legislativo que las hagan exigibles y aplicables en el ordenamiento interno; y, la **Ausencia de regulación expresa**, que no es el caso peruano<sup>25</sup>.

Para Fabián Novak y García – Corrochano, no cabe duda que los tratados tienen rango de ley a tenor de lo expresamente señalado en el inc. 4 del art. 200° de la Constitución Política del Perú y, por tanto, es inherente a los tratados la calidad de “valor legal”, en la jerarquía del derecho interno; al respecto, los mismos autores

<sup>24</sup> Pastor Ridruejo, citado por Novak Talavera, Fabián. *et al.* 2003. *Derecho internacional público*. 1ra. ed. T 1. Lima. Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 539.

<sup>25</sup> Novak Talavera, Fabián. 2003. “De los tratados”, en: Gutiérrez, Walter (Ed). *La constitución comentada*, 1ra. Ed. T 1. Lima, pp. 757-783.

señalan en *Derecho internacional público* que también otros sistemas otorgan rango de ley a los tratados y no pueden, en consecuencia, contravenir disposiciones constitucionales; no obstante, de presentarse este último supuesto, afirma que la norma convencional sigue obligando internacionalmente al Estado, aun cuando no forme parte de su derecho interno; ocasión en que surge la interrogante de si al equiparar el tratado con una norma con rango de ley, el primero puede ser derogado por una ley dictada posteriormente. Según los autores, la respuesta dependerá del sistema consagrado en cada país; no obstante, en caso de responderse afirmativamente, quedaría abierta la posibilidad de plantear la responsabilidad internacional del Estado infractor<sup>26</sup>.

En el caso materia de análisis, aun cuando el Tribunal no orientó la discusión fundamentalmente en este sentido, es decir, hacia la determinación de la relación jurídica entre el derecho interno y el derecho internacional; subyace al tema la posibilidad comentada por Fabián Novak y García - Corrochano, de considerar tácitamente derogada la norma supranacional (Decisión 439) que data de 1998, en tanto la norma interna (Ley 27143)

fue promulgada con posterioridad; esto es, en 1999, tal posibilidad ha sido discutida fuera de procedimiento, a propósito de los requerimientos de información que en tal sentido ha cursado la Secretaría de la CAN en el ámbito administrativo, pues bajo la teoría del “valor legal” en el contexto de la jerarquía de los tratados en el derecho interno, dicha “derogación tácita”, pondría al Perú bajo el incómodo calificativo de “Estado infractor” acuñado por los autores mencionados, con la responsabilidad que tal situación conlleva.

Retomando el análisis de la Resolución del Tribunal, éste compulsó la norma interna (como aquella de excepción, de carácter temporal<sup>27</sup> que establecía una bonificación especial para los casos en que el postor interesado declare que realiza operaciones sustanciales de servicios en el territorio peruano); con la norma comunitaria (Decisión 439), reconociendo que es directamente aplicable al ordenamiento jurídico nacional, que establece que las adquisiciones de servicios deben sujetarse al principio de trato nacional entre los estados integrantes de la Comunidad Andina.

Consecuentemente, del análisis de ambos sistemas (interno y supranacional)

<sup>26</sup> Novak Talavera, Fabián. *et al.* 2003. *Derecho internacional público*. 1ra. ed. T 1. Lima. Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 328.

<sup>27</sup> Téngase presente que a la fecha de la resolución, 2004, la norma interna tenía expresamente señalada una vigencia hasta el 30 de julio de 2005.

<sup>28</sup> Tomado del numeral 36 de la fundamentación de la Resolución N° 064/2004.TC.SU, del Tribunal.

el Tribunal coligió que correspondía determinar “...si ahí donde la norma legal dice territorio nacional, es decir territorio peruano, puede leerse como “*territorio comunitario*” o, lo que es lo mismo, territorio de Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela”<sup>28</sup>. Tal disquisición llevó al Tribunal a cuestionarse respecto de otros mecanismos legales que, con vocación de permanencia, sí establecen diferencias legales entre postores, por ejemplo, a favor de las micro o pequeñas empresas<sup>29</sup> y a partir de ahí, a analizar lo que denomina la “voluntad del legislador nacional”, determinando que ésta fue la de establecer diversas situaciones de excepción, aun afectando aquellos principios que rigen la contratación pública (trato justo e igualitario), por lo que a su entender una eventual lectura extensiva o análoga que comprenda como “territorio” el de los países miembros de la Comunidad, afectaría necesariamente el carácter restrictivo inherente a las normas de excepción.

Sobre este criterio, el Tribunal definió la existencia de un “...eventual conflicto de normas, una de carácter nacional que de modo expreso establece una bonificación especial para las personas naturales domiciliadas y las personas jurídicas que

realicen operaciones sustanciales en el territorio nacional, frente a otra anterior, que en una posible lectura podría llevar a extender el criterio de domicilio y operación sustancial a cada uno de los países comunitarios andinos”<sup>30</sup>; en consecuencia, ante tal conflicto, el Tribunal optó por dejar establecida su limitación a la facultad de ejercer lo que consideró sería un acto de control difuso de constitucionalidad o legalidad de las normas, precisando incluso que la diferencia entre la naturaleza de la función judicial y la que compete a los órganos administrativos es prevista en los artículos 32° y 36° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al señalar que para el caso de la interpretación prejudicial vinculante su tramitación queda reservada a los jueces nacionales, no así a las autoridades administrativas que puedan conocer una controversia de la materia.

De esta manera el máximo órgano de justicia administrativa en materia de contratación pública del Perú, decretó no tener facultades para pronunciarse sobre el planteamiento del Consorcio, dejando irresuelta una controversia en una decisión ciertamente inédita en la trayectoria del Tribunal, aunque debidamente motivada,

<sup>29</sup> Que en la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado son favorecidas en caso de empate.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>31</sup> El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es un órgano colegiado conformado por tres miembros, de modo que para la adopción de decisiones bastan los votos de dos vocales.

pese a las posiciones discordantes que la enfrentaron, simultáneamente y al interior del propio Tribunal.

Una de esas opiniones discordantes fue la de un magistrado del Tribunal, que emitió un interesante voto en minoría<sup>31</sup>. En efecto, el Vocal Gustavo Beramendi Galdós, emitió su pronunciamiento sobre el particular en los términos siguientes, los que considero prudente reproducir en lo pertinente:

“El vocal que suscribe discrepa, respetuosamente, de la fundamentación de la resolución en lo que se refiere a la aplicación de la normativa comunitaria andina y opina que este Tribunal, como órgano jurisdiccional administrativo en materia de contratación pública, debe emitir un pronunciamiento que establezca el modo en que deben aplicarse las normas de la promoción del desarrollo productivo nacional y las normas comunitarias relativas al trato equivalente a las empresas de países signatarios de los instrumentos jurídicos constitutivos de la Comunidad Andina de Naciones, asunto que ha sido propuesto por el consorcio impugnante (...)

En opinión del vocal que suscribe el presente voto en discordia no estamos en presencia de control difuso de legalidad o constitucionalidad, pues de lo único que se trata es determinar el modo en que deben aplicarse el artículo 4 de la Decisión N° 439 de la Comunidad Andina y las leyes

nacionales Nos. 27143, 27633 y Decreto Supremo N° 003-2001-PCM. (...)

Si, de un lado, el legislador ha determinado que las empresas nacionales deben ser tratadas de un modo preferente concediéndoles una bonificación del 20% sobre la puntuación obtenida y, de otro, existen normas emanadas de organismos supranacionales (cuyos instrumentos constitutivos han sido objeto de aprobación legislativa) que establecen que las empresas provenientes de los países de la Comunidad Andina deben ser tratadas de modo equivalente en todos dichos países, el Tribunal debe decidir, en este caso, el modo en que deben aplicarse ambas normas.

El vocal que suscribe participa del criterio que el adecuado cumplimiento de las normas comunitarias depende en gran medida de la participación de las instancias administrativas, de cuya conducta, que debe ceñirse a ley, depende que el país honre sus compromisos internacionales.

(...) en este caso concreto debe resolverse el relativo a la aplicación del artículo 4 de la Decisión N° 439 de la Comunidad Andina, sin perjuicio de que las instancias responsables analicen los demás casos y propongan las soluciones que se consideren adecuadas<sup>32</sup>.

No es difícil sumarse al criterio del vocal Beramendi, que en breves líneas, a mi entender, estableció el panorama que,

<sup>32</sup> Resaltado fuera de texto.

visto desde la perspectiva que el tiempo concede, resulta ser la ruta que en su momento pudo y probablemente debió tomar el Tribunal en su conjunto. En efecto, si concordamos los criterios descritos en párrafos anteriores sobre la incorporación de los tratados en el derecho interno, la jerarquía de la norma internacional y su relación con la norma interna y los efectos que de ésta pueden derivar, explicados por Fabián Novak y García – Corrochano; con la Resolución dictada en mayoría por el Tribunal, que se declara carente de facultades para pronunciarse sobre la materia sin resolver la controversia, adquiere cada vez más relevancia la frase del vocal Beramendi inserta en su voto en discordia “... el adecuado cumplimiento de las normas comunitarias depende en gran medida de la participación de las instancias administrativas, de cuya conducta, que debe ceñirse a ley, depende que el país honre sus compromisos internacionales”.

Pero los efectos de la Resolución del Tribunal no influyeron exclusivamente en los intereses de las partes en controversia; sino que alcanzó a la administración en general, ya que limitó la capacidad de decisión autónoma de todos los órganos administrativos. Me explico: siendo el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en Perú, el máximo órgano jurisdiccional en materia administrativa sobre contrataciones públicas, a partir de

su Resolución, dictada en este caso el 18 de febrero de 2004, ningún otro órgano administrativo de inferior nivel jerárquico, llámese comité de evaluación o autoridad administrativa, pudo apartarse del criterio establecido por dicho Tribunal, aun cuando no había fijado propiamente un criterio, sino declarado la limitación de considerarse no facultado para decidir respecto de la forma de aplicación de la norma comunitaria en el ordenamiento interno.

En efecto, para los operadores administrativos, discrepar de los conceptos del Tribunal no era ya relevante, precisamente porque si el propio Tribunal consideró no tener la facultad para interpretar la correcta aplicación de normas (interna y comunitaria) concurrentes, menos aún podían los órganos administrativos jerárquicamente inferiores, sustentar decisiones diferentes, ello, en el ámbito de responsabilidades que corresponden a los servidores y funcionarios públicos hubiera sido imputado, sin duda, como una infracción administrativa por los órganos de control.

## CONSECUENCIAS DEL CASO

Perú enfrenta sendas recomendaciones contenidas en los dictámenes N° 03-2006 y N° 06-2006, del 24 de marzo y 13 de julio de 2006, respectivamente; originadas en los procedimientos en fase prejudicial iniciados, en el primer caso,

<sup>33</sup> [http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=41](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=41)



de oficio por la Secretaría de la Comunidad y en el segundo por la República de Colombia<sup>33</sup>.

Ambos dictámenes contienen recomendaciones semejantes en el sentido de solicitar al gobierno del Perú que precise los alcances de su legislación en los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado "...a efectos de conceder el porcentaje adicional del 20% que otorga la legislación peruana a sus nacionales, de forma que se entienda que cubre también a los nacionales de otros países miembros de la Comunidad Andina, si éstos acreditan, en su país de origen o en cualquier otro país miembro, el cumplimiento de los requisitos exigidos en las bases de contratación pública. De esta forma se garantizaría la aplicación efectiva de las obligaciones de Trato Nacional previstas en el ordenamiento andino".

No obstante la claridad de las recomendaciones contenidas en ambos dictámenes, nos quedan algunas dudas respecto de la participación de postores andinos en los procesos de selección de ofertas que se convocan en el Perú, no por el derecho que sin duda tienen de participar de dichos procesos, sino porque en el caso estudiado no habrían agotado los mecanismos previos, que pudieron permitirles conocer el criterio de los operadores administrativos peruanos sobre la procedencia de la aplicación del beneficio instituido en la norma

interna; ni posteriores, pues no accionaron judicialmente contra la Resolución del Tribunal.

En efecto, la legislación de la materia, en discrepancia de lo que se señala expresamente en dichos dictámenes, sí permite cierto margen de modificación de las bases de licitación; es decir, del pliego de condiciones, pues dicho instrumento no es completamente rígido ni de adhesión plena. Por el contrario, las normas sobre contratación pública del Perú, precisan la forma en que interactúan, durante la etapa previa a la selección misma, el comité de evaluación que elaboró las bases y los participantes o interesados. La relación se establece, específicamente, a través de mecanismos de formulación de "consultas" sobre aquellos aspectos ambiguos o imprecisos que contengan las bases y luego de "observaciones" que pudieran plantear dichos participantes cuando las Bases contienen estipulaciones contrarias a derecho. Es más, respecto de las "observaciones" incluso pueden ser llevadas al seno del Consejo Superior de Contrataciones<sup>34</sup>, que en su calidad de órgano rector en la materia, emite un pronunciamiento definitivo sobre el cuestionamiento pre proceso, cuyo efecto material se traduce en la modificación del pliego de condiciones o bases.

A mi entender, las empresas que el año 2004 y los años posteriores se han

---

<sup>34</sup> Organismo del que forma parte el Tribunal.

visto perjudicadas por el establecimiento de un criterio administrativo de máxima instancia, que se declaró no facultado para pronunciarse sobre la aplicación de dos normas aparentemente contradictorias, pudieron articular los mecanismos de “consultas” y “observaciones” a las bases de los procesos siguientes y propiciar por lo menos un nuevo debate sobre la materia, no obstante y pese a que tal posibilidad está prevista, han preferido canalizar su protesta a nivel de gobierno, lo que constituye una vía indirecta desde la perspectiva de la norma nacional. Con el mismo criterio, pudieron recurrir ante el poder judicial para cuestionar la sentencia administrativa que les era lesiva.

## CONCLUSIONES

El ámbito estrictamente académico permite hacer una apreciación crítica respecto del caso comentado con tanta amplitud, esa experiencia facilita, independientemente de los elementos jurídicos y procesales, el desarrollo de otros criterios que son, en parte, objeto de esta ponencia. De un lado, identificar el origen del problema concreto; y de otro, aportar algunas ideas de quien de una u otra manera, con más dudas que certezas, se ha visto vinculado al caso por el quehacer profesional, en pro de alcanzar mayor eficiencia y compromiso en el desarrollo

de una cultura de respeto y cumplimiento de las normas comunitarias.

Cuando en el Perú, en 1999 se legisló en materia económica estableciendo prerrogativas para los proveedores locales que participaban en procesos licitatorios convocados por el gobierno, sin tomar en cuenta, o con prescindencia, de la normativa comunitaria (Decisión 439); se gestó aquella situación jurídica en la que no se ha tenido claro si las normas (interna y comunitaria) se complementan o son contrarias.

El Tribunal administrativo que estuvo en posición de dirimir la controversia, optó, para unos con celo excesivo y para otros de manera prudente, por extraer de su competencia el conocimiento de la materia bajo un argumento legal sustentado y verosímil, pero que perdía consistencia cuanto más énfasis poníamos a la revisión del voto en discordia del vocal Beramendi, cuya opinión no deja de ser ilustrativa, aunque no de aplicación obligatoria.

Los demás operadores administrativos, que nos mantuvimos a la expectativa de una Resolución del Tribunal, de aquellas que ya lo han hecho característico por su claridad y certeza<sup>35</sup>, debimos conformarnos con el fallo y quedamos formalmente vinculados al criterio fijado en la Resolución dictada en mayoría, imposibilitados formalmente de arrogarnos facultades que el máximo órgano

<sup>35</sup> Sobre distintos aspectos en materia de contratación pública pueden revisarse distintas resoluciones en [www.consucode.gob.pe](http://www.consucode.gob.pe)

jurisdiccional administrativo no reconocía para sí; consecuentemente trasladamos, o recomendamos trasladar, a las bases de las futuras licitaciones, el criterio hasta ese momento empleado, sin poder aplicar nuestra propia interpretación y contribuyendo a mantener el estado de cosas; dejando para la discusión interna, no solo el voto en discordia reiteradas veces aludido, sino la especulación sobre el impacto que en el ámbito de la Comunidad, podía llegar a tener una situación de esta naturaleza.

Con esa inquietud, procuramos analizar en primer término, las razones por las que los operadores administrativos no estábamos preparados para afrontar una situación como la presentada con la participación de una empresa de origen Andino a una licitación, que reclamaba ser tratada como nacional; de otro lado, las razones por las que romper el paradigma de entender territorio nacional exclusivamente a aquél que está delimitado por la frontera de nuestro país, era tan difícil, como complejo era comprender en la práctica y frente a un caso palpable, más allá de la teoría, el sentido de ser miembro de una Comunidad.

En lo particular el enfoque del problema para efectos de esta ponencia se ha orientado a revisar los mecanismos de publicidad, conocimiento, comprensión y control (entendido como seguimiento) de las decisiones de la Comunidad; sobre todo de aquéllas cuyo contenido jurídico administrativo exige mecanismos de

implementación mucho más efectivos que aquellas de contenido estrictamente arancelario.

Y cuando me refiero a mecanismos de publicidad (o difusión) adecuados, lo hago con el ánimo de destacar la importancia de que la “publicidad” de la norma comunitaria se entienda en el sentido más amplio posible; es decir, considerada como la oportunidad de que las decisiones de la Comunidad sean conocidas y fundamentalmente comprendidas, sino interiorizadas, por los distintos actores de la sociedad, desde estudiantes de derecho, economía o relaciones internacionales, hasta los funcionarios o servidores públicos de todas las reparticiones del Estado, pasando por los profesionales que desde el sector privado se encuentran vinculados al quehacer público.

Recientemente, a propósito de esta ponencia, consulté telefónicamente a la Sede de la Secretaría de la CAN en Lima sobre los mecanismos de publicidad y difusión de las decisiones, recibiendo como respuesta una remisión a la página web y una breve y muy gentil explicación que me informaba que ésta se hacía a través de los “mecanismos habituales”; esto es, así me lo explicaron, mediante comunicaciones que se cursan a los estados miembros, por intermedio de sus representantes acreditados ante la Secretaría y a través del Boletín de la CAN, como medio oficial de difusión de la normativa Andina.

La experiencia del caso que motiva esta ponencia, me permite afirmar que

dichos mecanismos de “publicidad”, no son suficientes si de lo que se trata es de procurar que la normativa comunitaria transite por el ordenamiento interno de cada país y se inserte en él con la mayor fluidez posible, para lo cual considero que es importante analizar la posibilidad de implementar otros mecanismos de distribución y asimilación de las Decisiones que cumpla con la finalidad de publicitar y difundir tal como ésta se ha conceptualizado en párrafos anteriores, el conocimiento, comprensión y alcances de tales normas.

Al efecto, se han considerado acciones en dos sentidos:

Uno de ellos es propiamente estableciendo adecuados mecanismos de publicidad o difusión; a decir:

**Difusión en el ámbito oficial**, auspiciados y promovidos por los estados; a través de sus mecanismos habituales de publicidad de normas legales (diarios o boletines oficiales), de modo que éstas incorporen los textos de las decisiones y/o resoluciones que se emiten en el marco del Acuerdo de Cartagena.

En efecto, con las particularidades propias de cada sistema, casi todos los países cuentan con sistemas más o menos homogéneos a través de los cuáles dan a conocer—hacen pública en forma diaria— la expedición de normas legales de distinto orden, desde leyes nacionales, hasta disposiciones de menor jerarquía. En tal sentido, una forma de incorporar las normas de carácter supranacional; particularmente,

las decisiones de la CAN, al ordenamiento legal interno, es hacerlas públicas en forma inmediata a su dación, tal como se hace con las leyes y otras disposiciones administrativas nacionales.

**Difusión en el ámbito académico**, propiciando el análisis y estudio de las decisiones en las universidades y colegios profesionales, fundamentalmente de aquéllas cuyo contenido en el contexto de la normativa interna de cada país, pueda, como en el caso peruano, resultar controversial. En efecto, si las universidades tienen una responsabilidad, ésta es llevar al gabinete y al aula el acontecer social para que sea analizado y explorado de modo que el futuro profesional o el graduado que se perfecciona, tenga familiaridad con el efecto vinculante, por ejemplo, de las decisiones de la Comunidad.

No basta que se enseñe “derecho comunitario” de manera abstracta o ajena a nuestra realidad, pues si como alumnos no llegamos a comprender que el sistema funciona y de qué manera lo hace, como profesionales no podremos advertir oportunamente los casos en que dicho sistema se vea afectado.

Igual responsabilidad les alcanza a los colegios profesionales, que al margen de aspectos gremiales son responsables de que los profesionales que aglutinan se mantengan actualizados, debiendo convertirse en atentos vigilantes del escenario normativo, interno y comunitario, y como tales promotores del debate.

**Difusión en el ámbito administrativo para el cambio normativo**, para que las reparticiones públicas revisen su reglamentación o normas sectoriales, adecuándolas a las disposiciones supranacionales cuando pudieran contravenirlas; pues no cabe duda que son las instancias administrativas, las que deben hacer efectiva la norma comunitaria.

En este contexto, postulo la necesidad de que se debatan al interior de la administración, las implicancias de las decisiones en el contexto de la normativa existente, para la adopción de criterios de aplicación de las normas o, por lo menos, para el planteamiento de consultas a las instancias decisorias de la administración, incluso, considerando la adaptación de la normativa interna a la exigencia supranacional.

El otro sentido en el que considero recomendable explorar la posibilidad de implementar acciones es, más que un planteamiento concreto, una aspiración. Creo que los operadores administrativos deben asumir un rol activo y determinante para hacer que las disposiciones o decisiones comunitarias, pasen de declarativas a fácticas,

sobre todo cuando por su contenido, tal condición sea necesaria para la adecuada aplicación de la norma supranacional, de modo que los miembros de la Comunidad perciban los efectos jurídicos, económicos y sociales que éstas entrañan.

En esta misma línea de pensamiento, son fundamentales las acciones de “control” o “seguimiento”; por ejemplo, de parte de la Secretaría de la CAN, que permita monitorear los mecanismos de implementación que adopten los países miembros, respecto de las decisiones. Puedo asegurar que no es ocioso preguntarse, ¿cuánto habrían contribuido, en pro de evitar las controversias que ahora involucran, incluso a dos países<sup>36</sup>, tener implementado un mecanismo de seguimiento en capacidad de advertir oportunamente los eventuales efectos derivados de la expedición de normas internas de cuya interpretación se podía percibir su impacto en el contexto sub regional; con el marco jurídico de la Decisión 439 y la salvedad de su aplicación inmediata? La respuesta se encuentra expuesta en el caso comentado.

Las opciones planteadas en los párrafos anteriores, no son sino, un modesto

<sup>36</sup> En el caso que inspira esta ponencia uno de los dictámenes de la Secretaría tiene como quejoso a la República de Colombia y como quejado a la República del Perú. Una de las más importantes críticas a las teorías de los economistas clásicos la hizo la escuela de los institucionalistas, cuyo representante más destacado y original era Thorstein Veblen (Winsconsin 1857 - 1929), un filósofo norteamericano de ascendencia nórdica que cuando era joven hizo un trabajo sobre John Stuart Mill. En palabras de Alberto Supelano, Veblen criticó la plutocracia, el consumismo y el sabotaje industrial por parte de los propios industriales y, por este camino, sentó las bases de una teoría evolutiva de las instituciones económicas. Véase la “Presentación” que Alberto Supelano hace de sus ensayos. En Veblen, Thorstein, *Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos*, Selección y Traducción de Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 10 y ss.

aporte y propuesta de acciones que resultan al menos recomendables y probablemente lógicas luego de la ocurrencia de un conflicto de intereses cuya relevancia trasciende lo estrictamente jurídico y patrimonial; que no queda exclusivamente en el ámbito del interés privado de una u otra empresa; sino que pone a prueba la eficacia de nuestro sistema comunitario para afrontar y solucionar no solo el hecho controvertido; sino, antes que eso, la falta de conexión entre la normativa andina, el derecho interno y el criterio de los operadores administrativos, es esa la fisura que debemos curar y creo no equivocarme al considerar que la evaluación de las implicancias de un cambio en la política de publicidad de las normas de la Comunidad, es necesario y compete a la Comisión.

Con cierto pudor por adentrarme en un tema que excede mi especialidad, no puedo dejar de contemplar el reto que representa para la Comunidad, enfrentar, como bloque, un eventual acuerdo comercial con la Unión Europea. Ante tal posibilidad cabe analizar si la Comunidad Andina llega al nivel de competitividad que le permita afrontar ese desafío; para ello la calidad de sus instituciones y la consolidación de un marco legal uniforme y respetado por todos, en el ámbito comunitario es fundamental, con esta inquietud concluyo la ponencia, y dejo impresa una preocupación en tal sentido, compartiendo con el lector la apreciación de Andrés Oppenheimer sobre los bloques

regionales en el siglo XXI, en su investigación periodística *Cuentos chinos: el engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina*:

“La supranacionalidad es una necesidad económica, porque América Latina nunca va a poder competir con el bloque europeo, o asiático, a menos que tenga una economía de escala (...)

“El mundo se está dividiendo en tres grandes bloques de comercio: el de América del Norte y Centroamérica, que representa alrededor del 25 por ciento del producto bruto mundial, el de la Unión Europea, con un 16 y el de Asia, con un 23, aunque su proceso de integración recién se está iniciando. (...)

“En este contexto, los países de América Latina cuyas exportaciones no tengan acceso preferencial a alguno de estos tres grandes bloques de comercio mundiales quedarán marginados, y serán cada vez más pobres. Quedarse encerrados en la región, o crear un bloque puramente regional, será autocondenarse a la pobreza, porque el lugar que ocupa América Latina en la economía mundial es muy pequeño. La región apenas representa el 7,6 por ciento del producto bruto mundial, y el 4,1 por ciento del comercio mundial. O sea, casi nada. Y cada día que pasa sin que se integre a un mercado más grande, su presencia en el comercio internacional será menor (...). El mercado de América Latina será demasiado pequeño -y arriesgado- para justificar grandes inversiones extranjeras. De no integrarse a un bloque

más grande, la región continuará rezagada. Como en el juego infantil de las sillas, si América Latina no se inserta en uno de los grandes bloques mundiales, se quedará sin un lugar donde sentarse” (Oppenheimer, 2005, 36-37).

Lima, agosto de 2006.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

### Libros:

- Del Pozo, Claudia. (2005). *Control difuso y procedimiento administrativo*. Lima. Palestra Editores.
- Dormí, Roberto. (2005). *Derecho administrativo*. 1ra. Ed. Lima. Gaceta Jurídica.
- García de Enterría, Eduardo. *et al.* (2006). *Curso de derecho administrativo*. 12ma. Ed. Lima – Bogotá. Palestra – Temis.
- Morón Urbina, Juan Carlos. (2004). *Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general*. 4ta. ed. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- Novak Talavera, Fabián *et al.* (2003). *Derecho*

*internacional público*. 1ra. ed. T. 1. Lima. Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Oppenheimer, Andrés. (2006). *Cuentos chinos: el engaño de Washington, la mentira populista y la esperanza de América Latina*. 9a. ed. Buenos Aires. Editorial Sudamericana

### Obras colectivas:

- Novak Talavera, Fabián. (2003). “De los tratados”, en: Gutiérrez, Walter (ed). *La constitución comentada*. 1ra. ed. T. 1. Lima, pp. 757-783.

### Publicaciones periódicas:

- Castro Ausejo, Sheyla. (2006). “Control difuso: ¿protesta de la administración?”, en: *Revista de Derecho Administrativo: Círculo de Derecho Administrativo*. núm 1, pp. 217-244.

### Páginas institucionales en Internet:

- Comunidad Andina de Naciones: <http://www.comunidadandina.org>
- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Perú: <http://www.consucode.gob.pe>

Baca, Mario.

“Igualdad de los contratistas andinos en licitaciones nacionales”, en *Oasis 2006-07*, núm. 12, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Externado de Colombia, pp. 453-474.