

La Contratación del Estado en el Perú

(un caso lamentable de vacío jurídico)

Alberto Bustamante Belaunde

Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la PUC.

Es probable que la muy discutida -e históricamente cuestionada- distinción clásica entre Derecho Público y Derecho Privado se encuentre en la base de una de las deficiencias más significativas que padece nuestra institucionalidad legal: un régimen jurídico adecuado para la contratación del Estado. En principio definible como una contratación en la que interviene como parte el Estado -a través de cualesquiera de sus poderes, instituciones o administraciones- nuestro problema consiste, precisamente, en que tal régimen jurídico no ha sido definido en términos adecuados, en el mejor de los casos, o prácticamente no existe, en el peor.

La contratación del Estado ha sido tradicionalmente examinada a la luz del malhadado maniqueísmo Derecho Público versus Derecho Privado. Y se ha señalado, entonces, que el contrato en que interviene el Estado -también llamado "contrato administrativo"- se encuentra dentro de la esfera del "Derecho Público", destacándose que el Estado, gracias a su "ius imperium", es una parte relativamente privilegiada en dicha relación contractual.

Planteada la dicotomía, cuando las vicisitudes del mundo moderno forzaron al Estado a sujetarse al "Derecho Privado" en algunas de sus relaciones jurídicas, nuestra jurisprudencia siguió escarbando ya no en el maniqueísmo de la relación Derecho Público versus Derecho Privado, sino, peor aún, en la densidad conceptual de la denominada "doble personalidad del Estado". Según esta tesis, existen circunstancias en que el Estado se comporta contractualmente como cualquier particular, mientras que hay otras en que asume una relación contractual privilegiada, característica del "ius imperium" inherente al Derecho Público. Así, los fundamentos de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 12 de setiembre de 1967, y especialmente los del voto singular del Vocal Portocarrero Olave, impidieron que el Estado hiciese valer sus

atributos de imperio en una relación jurídica típicamente "privada", es decir, la contratación de un músico de la Orquesta Sinfónica Nacional, a quien se tuvo que reconocer todos sus derechos como co-contratante en el impoluto universo del "Derecho Privado".

Y es que si de regímenes jurídicos queremos hablar, debe decirse con toda claridad que algunas normas constitucionales vagas e imprecisas, así como sucesivas (repetidas o contradictorias) leyes presupuestales que han definido cuándo se debe licitar y cuándo no, y, para terminar, un excesivamente modificado Reglamento Unico de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) o un reciente Reglamento Unico de Adquisiciones (RUA) -los dos últimos evidentemente redactados por ingenieros-, no han definido, ni siquiera en sus términos básicos, cuál es, realmente, el estatuto al que deben sujetarse quienes contraten con el Estado. No existe orgánicamente tal estatuto, y las contrataciones del Estado se regulan por un sinfín de normas de diversa jerarquía y dudosa vigencia, normas que deambulan todavía en la dicotomía Derecho Público versus Derecho Privado y que en modo alguno conforman un cuerpo orgánico y homogéneo de utilidad para la resolución de varios conflictos de Derecho.

En un caso concreto, esa falsa dicotomía parece haber entrampado a la Southern Perú Copper Corporation (en adelante SPCC). Esta empresa ha demandado al Supremo Gobierno por incumplimiento contractual del Convenio Bilateral de Cuajone (en adelante "el contrato"), en el que intervinieron los Ministerios de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, el Banco Central de Reserva del Perú y la SPCC, el 19 de diciembre de 1969. Según la SPCC, sus controversias con el Estado peruano giran en torno a la fecha en que se produjo la recuperación de las inversiones efectuadas por SPCC y al saldo de dinero que SPCC tiene el derecho a remesar al

exterior desde que se produjo la recuperación. Solicita al Juzgado que, en consecuencia, decida y declare que en el mes de julio de 1987 se produjo la recuperación total de las inversiones efectuadas por SPCC y que, al producirse la recuperación, existe un saldo remanente de US \$16'712,960, que SPCC tiene derecho de remesar al exterior según el contrato. Solicita al Juzgado, también, que ordene se expida la Resolución Ministerial que declare que la recuperación de la inversión se produjo en la fecha indicada; que existe un saldo remesable de US \$16'712,960; y que desde la fecha de recuperación se dio inicio al periodo de estabilidad tributaria de seis años pactado en el contrato.

Los fundamentos de la demanda inciden especialmente en la naturaleza privada de la relación contractual que vincula a SPCC con el Estado. Sostiene que el Gobierno, dentro de las facultades otorgadas por ley, actuó voluntariamente y negoció las "condiciones, términos, beneficios y situaciones específicas propias y particulares para la explotación de Cuajone". Dice: "Las obligaciones que solicitamos de nuestra contraparte no son actos discrecionales de derecho administrativo que el gobierno puede o no cumplir", fundamentando que en julio de 1987 se recuperó la inversión en la doble circunstancia de que en tal fecha se había recuperado efectivamente la inversión, de un lado, y de que, mediante Decreto Supremo, se había extendido de diez a once años el periodo en que, en el contrato inicial, se había previsto tal contingencia, de otro lado.

No sería procedente referirse a "entrapamiento" en este caso concreto, si SPCC, antes de recurrir a los tribunales de justicia, no hubiese librado varias batallas administrativas contra igual número de informes evacuados por la Dirección General de Contribuciones, recogidos en muchos casos por actos administrativos o resoluciones fundamentadas en ellos. El "entrapamiento" es aún más visible si se considera la fecha en que SPCC considera se produjo la recuperación de la inversión, julio de 1987, que hubiera constituido un imposible jurídico de no haber mediado un Decreto Supremo calificado por la propia SPCC como "unilateral" en la demanda misma, que extendió de diez a once años el período en que era posible la recuperación de la inversión.

Para señalarlo en otros términos, examinada la demanda en abstracto, parecería perfectamente viable, planteada que fue, en efecto, como una acción judicial dirigida a exigir el cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas por su contraparte, es decir, el Estado. La trampa en que una inexplicable deficiencia de nuestro siste-

ma institucional hizo caer a la SPCC consistió, precisamente, en que esta última no se limitó a demandar el cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas, sino que lo hizo en el interior de la dicotomía teórica Derecho Público versus Derecho Privado, enfatizando que su relación con el Estado había sido de Derecho Privado y no de Derecho Público. Al haberse enfangado en esa dicotomía maniquea, no va a faltar el formalista que aduzca que quien ya se comportó como sujeto de una relación de Derecho Público -administrado que libró una intensa batalla administrativa contra informes y actos administrativos- no puede luego, en el plano judicial, solicitar que se declare su derecho mediante Resolución Ministerial (porque bastaría, en todo caso, el mandato judicial), invocar una suerte de inmunidad privatista y olvidar, inclusive, que fue gracias a un Decreto Supremo -que la propia demandante denomina "unilateral"- que la extensión de diez a once años hizo posible, según sus propios criterios y cifras, la recuperación de la inversión en el mes de julio de 1987.

He insistido en calificar de "entrapamiento" a un factor institucional externo a la voluntad de la SPCC, que se vio obligada a adecuarse a los términos tradicionales de discusión del anquilosado Derecho Administrativo peruano. Y no por falta de imaginación de sus abogados, ciertamente, sino porque, sin duda, su salida era la única posible ante las deficiencias de un régimen jurídico, si acaso existe, en materia de contratación del Estado. Y los magistrados que resuelvan la causa, al apreciar el entrapamiento al que se ha visto sometida la demandante, deben considerar el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que establece:

"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o por deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

En otras palabras, más allá de que SPCC se vio efectivamente entrapada por la deficiencia institucional que he descrito, no puede negarse que, en el fondo, su pretensión es amparable desde el punto de vista de la justicia.

Trascendiendo el caso concreto examinado, puede sostenerse que esa deficiencia institucional va a continuar siendo un dolor de cabeza: a falta de mecanismos legales concretos, no queda más remedio que recurrir a los paradigmas conceptuales clásicos.

No puede pensarse que la deficiencia que

he intentado describir en estas líneas es exclusivamente solucionable con el diseño legal de un nuevo régimen jurídico para las contrataciones del Estado. Como le está ocurriendo a la SPCC, hay cientos de litigantes que, entrampados por el maniqueísmo legatario de dicha deficiencia institucional, han emprendido la difícil pero comprensible aventura de seguir distinguiendo entre Derecho Público y Derecho Privado, que es un tema que evoca irremisiblemente al tema del sexo de los

ángeles. Todos esos litigantes, a falta de una reforma legislativa de gran calibre, están esperando, al menos, que los tribunales de justicia no bendigan sentencias manifiestamente reñidas con las pautas básicas del Derecho Común, de las que el Derecho Administrativo sólo desprende, como diría García de Enterría, algunas modulaciones y adecuaciones perfectamente plasmables en un estatuto legal consistente. Hacia ello debemos caminar.



Marinera