

EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO EN LAS COMPRAS ESTATALES.

Una especial referencia a la definición plasmada por el Tribunal de Contrataciones del Estado¹.

CÉSAR RUBIO SALCEDO

INTRODUCCIÓN

Observamos día a día que las Compras Estatales se van afianzando como un ámbito profesional a ser desarrollado progresivamente en nuestro país; así como una opción transparente de negocio para los comerciantes y empresarios tanto peruanos como extranjeros en beneficio de la sociedad civil. Sin embargo, son pocos los trabajos de investigación que se han realizado respecto al estudio jurídico de la naturaleza, estructura, modalidad, forma y otros aspectos de los procedimientos y actuaciones que la conforman.

Con la finalidad de impulsar el estudio de la Compras Estatales y fomentar su discusión, el presente trabajo de investigación pretende otorgar una propuesta respecto al contenido del otorgamiento de la buena pro y su constitución como un acto administrativo propiamente dicho; considerando para estos efectos lo señalado en la normativa vigente de Contrataciones del Estado, la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

A continuación, procederemos a otorgar algunas definiciones de acto administrativo emitidas por voces autorizadas en la doctrina administrativa, así como la opción legal peruana adoptada para este caso.

CAPÍTULO I: DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1. Definición del acto administrativo

1.1. El acto administrativo según la doctrina administrativa

El profesor español GARCÍA DE ENTERRÍA ha definido al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria:

“(...) ese concepto amplio [de acto administrativo] es una institución más del Derecho Administrativo, no <<la>> institución por excelencia, que tenga que resumir todas las peculiaridades de este Derecho. En un sentido amplio, acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración sometido al Derecho Administrativo. Se distinguiría, por tanto, de la actuación no jurídica (actos materiales); de los actos jurídicos producidos por los administrados, aún siendo propios del Derecho Administrativo (actos del administrado); de los actos jurídicos dictados por la Administración que no están sometidos

¹ Documento publicado en la Revista Jurídica del Perú. Número 102. Agosto 2009. Editorial Gaceta Jurídica: Lima. Ver especialmente las páginas 111 a 126.

al Derecho Administrativo (actos de Derecho Privado, o Procesal, o Laboral, o Constitucional, etc.)

(...) Pero ese concepto amplio es (por el peso de una tradición doctrinal y también porque se busca precisar regímenes unitarios de alguna sustantividad y no vagamente abstractos) desestimado en la doctrina y en la legislación a favor de un concepto más estricto. Por una parte, se excluyen los Reglamentos, que han de integrarse en la teoría de las fuentes y que obedecen por ello a principios muy singulares. En segundo término, se excluyen los actos contractuales para hacer con ellos una teoría propia de los contratos de la Administración, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales –aunque de los mismos pueda ser presupuestos de existencia o de eficacia un eventual consentimiento privado, o también producirse en la formación, aplicación, resolución o liquidación de un contrato-. Finalmente, se independiza también el uso de la coacción administrativa para hacer de la misma una teoría singular, de modo que el acto administrativo se concreta en lo que son declaraciones y no ejecuciones.

(...) La delimitación conceptual que hemos efectuado por sucesivas eliminaciones a partir de la teoría general del acto jurídico en su aplicación al Derecho Administrativo (actos del administrado, contratos, Reglamentos, ejecuciones coactivas, actos sometidos a ordenamientos distintos del Derecho Administrativo) nos permiten concretar ahora una definición positiva del acto administrativo, lo que hacemos sobre una formulación ya clásica de ZANOBINI que corregimos parcialmente.

Acto administrativo sería la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”

2

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II*. Versión Latinoamericana. Lima: Palestra Editores S.A.C. 2006. Ver especialmente la página 585. Aunado a esta definición, GARCÍA DE ENTERRÍA alcanza algunas “notas” que acompañan al acto administrativo:

“De esta definición derivan una serie de notas que han de estudiarse con alguna detención.

- a) *Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales (ejecuciones coactivas, actividad técnica de la Administración). Esto no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto no será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimentalización y de su expresión escrita ordinaria, art. 55.1 LPC) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa (...)*
- b) *La declaración puede ser de voluntad, que será normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto jurídico. En el caso de la Administración la expresión de esos otros estados resulta habitual (...)*
- c) *La declaración en que el acto administrativo consiste debe proceder de una Administración, precisamente, lo que excluye, como ya hemos notado, los actos jurídicos del administrado (que también son actos jurídicos regulados por el Derecho Administrativo, pero sometidos a otro régimen sustancialmente diferentes (...)) El acto administrativo es pues, esencialmente un acto unilateral (...)*
- d) *La declaración administrativa en que el acto consiste se presenta como el ejercicio de una potestad administrativa (...)*
- e) *Hemos precisado que la potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria. Ya sabemos por qué y también nos consta la singularidad de la teoría del Reglamento y las diferencias sustanciales de esta figura con los actos administrativos stricto sensu. Recordemos que no se trata de una simple diferencia cuantitativa (destinatarios generales o indeterminados para el Reglamento, determinados para el acto), sino de grado (el Reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica), mucho más cuando pacíficamente se admite la figura de los actos administrativos generales o que tengan por destinatarios una pluralidad indeterminada de sujetos [art. 59.5º) LPC]: convocatorias, “órdenes generales”, anuncios de licitación, etc...” GARCÍA DE ENTERRIA, Op cit.. Páginas 585 a 587.*

Por su parte, PARADA ha delimitado el concepto de acto administrativo como la resolución de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas y mediante el cual impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados; incluyendo en este concepto el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre dicho acto³:

“A subrayar que todas las definiciones del acto administrativo dan a entender que el destinatario de la manifestación de voluntad de la Administración que incorpora un acto administrativo es siempre un particular, lo que si es históricamente cierto en un sistema centralista como el que han vivido hasta época reciente los países latinos, no lo es tanto en nuestros días. En efecto, en aquel sistema era inconcebible una reacción judicial contra los actos de una Administración por otra de inferior o igual nivel, resolviéndose los enfrentamientos entre Administraciones Públicas por vía jerárquica a través del sistema de conflictos. Pero en la actualidad, y debido al fundamentalismo descentralizador que vivimos, son tan normales los actos de una Administración que tienen a otra por destinataria, como la aplicación a esos actos del régimen de fiscalización contencioso-administrativo, es decir, los pleitos entre Administraciones Públicas del mismo o diverso nivel.

Recogiendo las observaciones precedentes, y de las aclaraciones que seguirán, se propone definir al acto administrativo como “resolución de un poder público en el ejercicio de potestades y funciones administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades, o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa””

Respecto al concepto del acto administrativo, el autor argentino DROMI se adhiere a la definición que describe al acto administrativo como toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa⁴:

“(…) Las decisiones administrativas se expresan a través de operaciones materiales y también mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos.

Tanto el sustantivo acto como el adjetivo administrativo son términos susceptibles de interpretación diversa. Por ello, ni la doctrina ni la legislación brindan un concepto unitario. Si bien en el Derecho Privado, los Códigos definen el “acto jurídico” y el “acto de comercio”, en el Derecho Público no ocurre lo mismo, pues no siempre tenemos Códigos y, cuando los tenemos, no siempre definen el acto administrativo; cuando lo definen, tampoco suelen guardar uniformidad de criterio. Más aún, incluso dentro de un mismo Estado,

³ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Decimoquinta Edición. Tomos I, II y III. Marcial Pons: Madrid. 2004. Ver especialmente las páginas 90 y 91.

⁴ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11 Edición. Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura. Buenos Aires. 2006: 1630 páginas. Ver especialmente las páginas 353 y 354.

suelen darse conceptos distintos a raíz de la diversa organización administrativa local, impuesta por razones de federalismo.

(...) Por la amplitud y extensión de las declaraciones administrativas, no siempre se entiende lo mismo por acto administrativo. La conceptualización del acto administrativo ofrece una serie de alternativas doctrinarias y legislativas en cuanto a sus acepciones, en razón de su alcance:

(...) **1.5. Declaraciones administrativas unilaterales e individuales, con efectos directos:** Este quinto concepto, al que adherimos doctrinariamente, define el acto administrativo como toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa.”⁵

1.2. El acto administrativo según la Ley del Procedimiento Administrativo General

Algunos elementos comunes que delimitan las definiciones antes citadas han sido recogidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias – en adelante, “la LPAG” – ; a diferencia del vacío conceptual del derogado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus modificatorias⁶:

“Artículo 1. - Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta...”

⁵ El autor argentino también describe in extenso su concepción del acto administrativo de la siguiente manera:

“2. Declaración. El acto administrativo es una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual –no material- que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito, y signos convencionales. Se atiende principalmente a la voluntad declarada, al resultado jurídico objetivo, emanado de la Administración con fuerza vinculante por imperio de la ley.

El pronunciamiento declarativo de diverso contenido, puede ser: de decisión, cuando va dirigido a un fin, a un deseo o querer de la Administración (p.ej., una orden, permiso, autorización o sanción), de cognición, cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica (p.ej., certificaciones de nacimiento, defunción e inscripciones en registros públicos) y de opinión, cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación, acto o hecho (p. ej., certificados de buena conducta, salud o higiene).

3. Unilateral. En el acto administrativo la emanación y el contenido de toda declaración dependen de la voluntad de un solo sujeto de derecho: el Estado o ente público no estatal en su caso.

Se excluye del concepto de acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico. La declaración tiene que ser unilateral. Desestimamos la idea de los actos administrativos bilaterales; de ahí que el contrato administrativo no sea un acto administrativo.

(...) **4. Efectuada en ejercicio de la función administrativa.** La función administrativa constituye la nota cualificadora del Derecho administrativo. Por ello no puede estar ausente del concepto del acto administrativo, que es una de las formas jurídicas por las que se expresa la voluntad estatal y pública no estatal.

(...) **5. Que produce efectos jurídicos.** No toda la actividad administrativa produce efectos jurídicos. Por ello, algunos autores clasifican el ejercicio de la actividad administrativa en actos y hechos no jurídicos, en contraposición con actos y hechos jurídicos (...) significa que crea derechos u obligaciones para ambas partes: la Administración y el administrado.”

⁶ El Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-94-JUS y sus modificatorias – especialmente los artículos 38° al 46° - no define expresamente qué se entiende como acto administrativo.

De la misma manera, la norma describe ciertas actuaciones que no pueden ser definidas como actos administrativos propiamente dicho; ya sea porque estamos frente a *actos de administración directa* o frente a *actuaciones materiales de las entidades*:

“Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

(...)

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.”

1.3. Un perspectiva singular: el acto administrativo según la Corte Suprema de Justicia peruana

Mención aparte merece la concepción de acto administrativo adoptada por la Corte Suprema de Justicia, definiéndolo como toda manifestación de juicio, de deseo o de simple conocimiento de la autoridad, siempre que de ellas puedan derivarse consecuencias jurídicas para los administrados, incluyendo de esta manera a las actuaciones materiales de la Administración; alejándose de esta manera de la definición otorgada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, tal como lo señalado el nacional GUZMÁN NAPURI:

“En este orden de ideas, la sentencia materia del presente comentario [CAS. Nº 1831-2006 LIMA⁷] alude a dos connotaciones

⁷ A continuación, se transcriben algunos de los considerandos de la Resolución de fecha 25 de abril del 2007 del Expediente CAS. Nº 1831-2006 LIMA:

“RECURSO DE CASACIÓN

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos veinticinco por Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima – Emape representada por don Carlos Bustamante Jara contra la resolución de vista de fojas doscientos diecisiete, su fecha dos de mayo del dos mil seis, que confirma la resolución número uno del dieciocho de noviembre del dos mil cinco (fojas ciento noventa) que declara improcedente la demanda interpuesta por la recurrente contra el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Consucode, sobre impugnación de Resolución Administrativa.

(...) CONSIDERANDO

(...) *Tercero.- Que, efectuada la anterior precisión, debe tenerse en cuenta que el presente proceso ha sido promovido por la empresa demandante, con la finalidad de que se declare:*

- a) *La nulidad del oficio número 017-2005/GTN de fecha dieciséis de junio del dos mil cinco en el extremo que señala que la exoneración del proceso de selección realizada por Emape, para contratar a la empresa Siemens Sociedad Anónima Cerrada carecería de sustento además, se aprecian indicios de incumplimiento normativo y que no cabe la adopción de medidas que acojan las observaciones realizadas por el Consucode, debiéndose determinar las responsabilidades por dicha contratación.*
- b) *La nulidad del oficio número 022-2005/GTN del doce de agosto del dos mil cinco que declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el oficio anterior.*
- c) *Que se declare que la empresa demandante, al contratar a la empresa Siemens Sociedad Anónima Cerrada cumplió con las exigencias legales para la configuración de la causal de exoneración por tratarse de servicios personalísimos.*

Cuarto.- *Que, en fecha dieciocho de noviembre del dos mil cinco, el Segundo Juzgado Contencioso Administrativo ha declarado liminarmente improcedente la demanda, esta decisión se funda en que la demanda contiene un petitório jurídicamente imposible, pues, según se sostiene, los oficios que son materia de la demanda no constituyen actos administrativos, por tanto no son susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial.*

(...)

Sexto.- *Que, conforme lo dispone el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, son susceptibles de impugnación judicial, las resoluciones administrativas, o más propiamente los actos administrativos que causen*

del concepto del acto administrativo; una estricta o restringida y otra lata o amplia; siendo que por la primera se entiende que el acto administrativo es toda declaración de autoridad que decide una cuestión planteada en sede administrativa; y por la segunda, el acto administrativo no solo está referido a las decisiones de autoridad sino también a todas las manifestaciones de juicio, de deseo o de simple conocimiento de la autoridad, siempre que de ellas puedan derivarse consecuencias jurídicas para los administrados.

Sin embargo, es preciso señalar que esta distinción no proviene de la definición de acto administrativo que la Ley N° 27444 contiene. De hecho, de la lectura de la norma en mención se deduce que el concepto de acto administrativo no se limita a las decisiones propiamente dichas de las entidades, sino que además incluyen declaraciones e incluso certificaciones de la misma. Esta distinción que realiza la Corte Suprema no es clara, y puede llevar a equívocos, al permitir confundir actos administrativos con otras actuaciones que no son tales.

(...) Aquí debe tenerse cuidado, puesto que la Corte Suprema está confundiendo la noción de acto administrativo con el de actuación impugnada, que son dos conceptos distintos. Es evidente que, dado que nos encontramos ante un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, este tiende a ser pertinente ante la mayor cantidad de actuaciones administrativas posibles. De hecho, solo dos actuaciones administrativas no pueden ser materia de impugnación a través del proceso contencioso administrativo. En primer término, la emisión de normas administrativas, actuación que es impugnada a través de la acción popular, conforme al artículo 200 de la norma constitucional. En segundo lugar, las decisiones tomadas por la entidad en el marco de la ejecución contractual en materia de contratación administrativa, situación en la cual se efectúa a través del arbitraje.

Así, el hecho que nos encontremos antes una actuación impugnada no convierte la misma en un acto administrativo...”⁸

estado; es decir, los actos administrativos que hayan sido expedidos en última instancia administrativa, de tal modo que ya no exista posibilidad alguna de impugnar administrativamente lo decidido por el funcionario competente, por lo que solo queda la posibilidad de acudir ante el poder judicial a través del proceso contencioso administrativo.

Sétimo.- Que, coherente con la disposición constitucional, el artículo 1 de la Ley 27444 ha establecido que son actos administrativos: las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta; en contrario, no son actos administrativos: los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios, y los comportamientos o actividades materiales de las entidades administrativas.

Octavo.- Que, sin embargo, el artículo 4 de la Ley 27854, que regula el proceso contencioso administrativo, ha establecido que no solamente son impugnables a través proceso contencioso administrativo los actos administrativos propiamente dichos o cualquier otra declaración administrativa de la autoridad; sino también el silencio administrativo, las actuaciones materiales de la entidad que no se sustentan en acto administrativo e incluso las actuaciones realizadas en ejecución de actos administrativos siempre que transgredan el ordenamiento jurídico, y otras.

Noveno.- Que, con relación al concepto de acto administrativo, que se alude en la ley, debe advertirse que este tiene dos connotaciones; una estricta o restringida y otra lata o amplia; por la primera se entiende que el acto administrativo es toda declaración de autoridad que decide una cuestión planteada en sede administrativa, y por la segunda el acto administrativo no solo está referido a las decisiones de autoridad, sino también a todas las manifestaciones de juicio, de deseo o de simple conocimiento de la autoridad, siempre que de ellas puedan derivarse consecuencias jurídicas para los administrados...”

⁸ GUZMÁN NAPURI, Christian. *El concepto de acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 114. Marzo 2008. Páginas 303 a 309. Ver especialmente página 307.

Luego de haber delimitado la concepción del acto administrativo, creemos necesario establecer los elementos que lo constituyen; como se detalla a continuación.

2. Elementos del acto administrativo

La doctrina jurídica administrativa ha señalado como rasgos comunes de los actos administrativos los siguientes elementos: la *competencia*, el *objeto o contenido*, la *motivación*, el *procedimiento regular*, y la *finalidad pública* que debe perseguir el acto administrativo⁹.

Estos elementos han sido configurados en el artículo 3º de la LPAG, como a continuación se transcribe:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- *Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.*

2. Objeto o contenido.- *Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*

3. Finalidad Pública.- *Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.*

4. Motivación.- *El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*

5. Procedimiento regular.- *Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.”*

Véase que la legislación ha denominado a estos elementos *requisitos de validez*; en tanto que, sin ellos el acto administrativo estaría viciado y en consecuencia, sería la causal de su nulidad de pleno derecho:

⁹ El autor argentino Dromi ha incluido como elementos del acto administrativo además a la *voluntad administrativa*, la *forma* y la *notificación* del acto. DROMI, Roberto. *Op. Cit.* 360 a 379. Por su parte, Ramón Parada incluye como elementos formales del acto administrativo a la *forma*, la *notificación* y la *publicación* de los actos administrativos. PARADA, Ramón. *Op. Cit.* Ver páginas 119 a 137. Finalmente, García de Enterría ha clasificado los elementos del acto administrativo como se resumen a continuación: los *elementos subjetivos* (Administración, órgano, competencia, investidura del titular del órgano), los *elementos objetivos* (la declaración, su contenido y el objeto), y los *elementos formales* (el procedimiento, la motivación y la forma de manifestación) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. Cit.* Ver páginas 591 a 611

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...) 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.”

Cabe resaltar el hecho que esta norma define especialmente al objeto o contenido del acto como aquello que decide, declara o certifica la autoridad; el mismo que deberá estar acorde al ordenamiento vigente y que en ningún caso podrá ser impreciso, oscuro o imposible de realizar:

“Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.1 El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad.

5.2 En ningún caso será admisible un objeto o contenido prohibido por el orden normativo, ni incompatible con la situación de hecho prevista en las normas; ni impreciso, oscuro o imposible de realizar.

5.3 No podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto.

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.”

Asimismo, y respondiendo a un espíritu más bien didáctico, la LPAG ha establecido que la motivación debe consistir en la relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado:

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.”

Luego de haber entregado una aproximación resumida respecto al concepto y elementos del acto administrativo, pasaremos a explicar el otorgamiento de la buena pro como una de las etapas del proceso de selección; y en ese orden, plantearemos algunos lineamientos mediante los cuales, creemos, se puede definir al otorgamiento de la buena pro como un acto administrativo.

CAPÍTULO II: EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO EN EL PROCESO DE SELECCIÓN. LINEAMIENTOS PROPUESTOS PARA SU DEFINICIÓN.

1. El otorgamiento de la buena pro como una de las etapa del proceso de selección

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, “la LCE”) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, “el Reglamento LCE”) hacen reiteradas menciones al otorgamiento de la buena pro¹⁰; el mismo que se instituye como una de las etapas del proceso de selección, como lo manifiesta expresamente el artículo 22° del Reglamento LCE:

“Artículo 22.- Etapas de los Procesos de Selección

Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones establecidas en el presente artículo:

1. Convocatoria.
2. Registro de participantes.
3. Formulación y absolución de consultas.
4. Formulación y absolución de observaciones.
5. Integración de las Bases.
6. Presentación de propuestas.
7. Calificación y evaluación de propuestas.
8. **Otorgamiento de la Buena Pro...**¹¹

¹⁰ Igual situación sucedió con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y sus modificatorias, y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y sus modificatorias.

¹¹ Similar tratamiento le fue brindado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que en su artículo 97° señalaba:

“Artículo 97.- Etapas del proceso

Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones previstas en el presente Reglamento:

- 1) Convocatoria;
- 2) Registro de participantes;
- 3) Formulación y absolución de consultas y/u observaciones e integración de las Bases;
- 4) Presentación de propuestas;
- 5) Evaluación de propuestas; y
- 6) **Otorgamiento de la Buena Pro.**

Siguiendo este orden de ideas, la LCE también establece ciertas reglas a seguir en esta etapa del proceso de selección; tal como lo podemos apreciar en su artículo 30, que transcribimos a continuación:

“Artículo 30.- Presentación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro

La presentación de propuestas y el otorgamiento de la Buena Pro, en los casos que señale el Reglamento, se realizará en acto público en una o más fechas señaladas en la convocatoria, con presencia de notario público o Juez de Paz cuando en la localidad donde se efectúe no hubiera el primero. Los procedimientos y requisitos de dicha presentación serán regulados por el Reglamento.

Las etapas y los actos del proceso de selección podrán ser materia de prórroga o postergación por el Comité Especial siempre y cuando medien causas debidamente justificadas, dando aviso de ello a todos los participantes del proceso de selección. Además, se deberá remitir un informe al Titular de la Entidad explicando el motivo de la prórroga o de la postergación.

La postergación o prórroga no podrá conducir a la Entidad a una situación de desabastecimiento, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Del acto de presentación de propuestas y de otorgamiento de Buena Pro se levantará un acta que será suscrita por todos los miembros del Comité Especial, por todos los veedores y por los postores que deseen hacerlo.

El procedimiento para la presentación de propuestas, el otorgamiento de la Buena Pro y la publicación de resultados a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), se fijarán en el Reglamento.”

Posteriormente, el Reglamento LCE se encargará de otorgar mayor detalle a lo estipulado anteriormente, como se puede apreciar en el artículo 72 de dicho cuerpo legal¹²:

El incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan el desarrollo de estas etapas constituye causal de nulidad de las etapas siguientes del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley y lo retrotrae al momento anterior a aquél en que se produjo dicho incumplimiento.”

¹² El Reglamento LCE también ha establecido reglas para el caso de empate y distribución de la buena pro; según se lee en sus artículos 73º y 74º:

“Artículo 73.- Solución en caso de empate

En el supuesto que dos (2) o más propuestas empaten, el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará observando estrictamente el siguiente orden:

- 1. En Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, a favor de las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia; o*
- 2. En Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, a favor de las microempresas y pequeñas empresas o a los consorcios conformados en su totalidad por éstas, siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia; o*
- 3. A favor del postor que haya obtenido el mejor puntaje económico, en el caso de bienes u obras; o el mejor puntaje técnico, tratándose de servicios; o*
- 4. A prorrata entre los postores ganadores, de acuerdo con el monto de sus propuestas, siempre que el objeto de la contratación sea divisible y aquellos manifiesten su voluntad de cumplir la parte correspondiente del contrato. Este criterio no será de aplicación para el caso de consultoría en general, consultoría y ejecución de obras; o,*
- 5. A través de sorteo en el mismo acto.*

“Artículo 72.- Otorgamiento de la Buena Pro

El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en acto privado.

En la fecha señalada en las Bases, el Comité Especial procederá a otorgar la Buena Pro a la propuesta ganadora, dando a conocer los resultados del proceso de selección a través de un cuadro comparativo, en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenidos por cada uno de los postores.

Una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

El acceso a la información contenida en un Expediente de Contratación se regulará por lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, incluidas las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública allí establecidas o en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano.”

Sin embargo, y como veremos a continuación, existen indicios suficientes mediante los cuales podemos pensar que el otorgamiento de la buena pro debe ser considerado como un acto administrativo propiamente dicho.

2. El otorgamiento de la buena pro como acto administrativo según el Tribunal de Contrataciones del Estado

2.1. La naturaleza del proceso de selección

El proceso de selección es el nombre que se le ha impuesto en el ordenamiento peruano al procedimiento por el que las Entidades del Estado podrán contratar bienes y servicios con proveedores particulares. En otros ordenamientos, recibe otros apelativos o denominaciones, tales como “licitación” o “adjudicación”.

En palabras de LINARES JARA, el proceso de selección o licitación se define como un procedimiento administrativo de carácter especial; a la que le son aplicables las

Cuando el otorgamiento de la Buena Pro se desarrolle en acto privado, la aplicación de los dos últimos criterios de desempate requiere de la citación oportuna a los postores que hayan empatado, pudiendo participar el veedor del Sistema Nacional de Control.”

“Artículo 74.- Distribución de la Buena Pro

En el caso que el resultado del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado hubiere establecido que el requerimiento de la Entidad no puede ser cubierto por un solo proveedor, las Bases deberán prever la posibilidad de distribuir la Buena Pro.

El Comité Especial otorgará la Buena Pro al postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total, en los términos de su propuesta y por la cantidad que hubiese ofertado. El saldo del requerimiento no atendido por el postor ganador será otorgado a los postores que le sigan, respetando el orden de prelación, siempre que las propuestas económicas presentadas no sean superiores al cinco por ciento (5%) de aquella del postor ganador.

En caso que las propuestas económicas superen dicho límite, para efectos de otorgarse la Buena Pro, los postores tendrán la opción de reducir su propuesta para adecuarse a la condición establecida en el párrafo anterior.”

normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a su normativa especial de contratación pública:

“El término licitación, entendido de forma genérica, alude a todos los procedimientos de selección de contratistas. Se debe afirmar, al igual que la doctrina, que se trata de procedimientos administrativos de carácter especial y no de procesos de contratación o de selección.

En resumen, a los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a la normativa especial de contratación pública. Es un error por ello referirnos a los procedimientos de selección como procesos. Los procesos aluden al ámbito judicial o a todos los actos que hacen la contratación, abarcando en consecuencia un iter más amplio que el procedimiento de selección y que comprende entre otros, la definición de necesidades, el planeamiento respectivo, la evaluación de existencia de recursos con los cuales asumir los contratos requeridos, la designación del órgano evaluador y adjudicador del contrato, la elaboración de las especificaciones técnicas, precios de referencia, pliego de condiciones o bases, factores o criterios de exclusión, de selección y adjudicación del contrato y la convocatoria. Luego de los indicado y con la convocatoria, comienza el procedimiento administrativo de selección de contratistas.”¹³

Por su parte, la actual normativa en Compras Estatales ha definido al proceso de selección como *“un procedimiento especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra”¹⁴.*

Adicionalmente, debemos indicar que, desde nuestra perspectiva, el proceso de selección posee ciertas características propias del procedimiento administrativo, según el artículo 29º de la LPAG¹⁵:

- i. es un conjunto de actos y diligencias
- ii. tramitados en las entidades; y,
- iii. su conclusión debe estar ligada a la obtención de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

De lo anterior, se deduce que los principales caracteres de este proceso son:

¹³ LINARES JARA, Mario. *Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración*. Grijley: Lima. 2008: 298 páginas. Ver especialmente las páginas 89 y 90.

¹⁴ Ver definición 42 del Anexo Único – Anexo de Definiciones del Reglamento LCE.

¹⁵ **“Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo**

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

- 1º. Procedimiento administrativo especial: este procedimiento está especialmente normado por la LCE y su Reglamento, así como las demás normas complementarias y conexas¹⁶; dispositivos que rigen sobre las demás normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables¹⁷. Asimismo, y por su misma naturaleza procedimental, podrá aplicable la LPAG de manera supletoria¹⁸.
- 2º. Constitución: conformado por actos administrativos, actos de administración y/o por hechos administrativos. También está compuesto por etapas, como lo hemos señalado anteriormente.
- 3º. Competencia: Debe ser realizado por una Entidad o un órgano debidamente facultado para este efecto. El artículo 24 de la LCE indica que este órganos pueden ser el Comité Especial o el órgano encargado de las licitaciones¹⁹, definiendo sus funciones. De la misma manera, el artículo 31 del Reglamento LCE define las competencias del Comité Especial en la conducción de los procesos de selección²⁰.

¹⁶ El artículo 1 de la LCE delimita los alcances de dicha norma hacia los procesos de contratación de bienes, servicios u obras:

“Artículo 1.- Alcances

La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.”

¹⁷ **“Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación**

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento.”

¹⁸ El artículo II de la LPAG establece la supletoriedad de dicha norma ante procedimientos administrativos especiales:

“Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”

(el resaltado es nuestro)

¹⁹ **“Artículo 24.- Del Comité Especial**

(...) El órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía. En estos casos el Titular de la Entidad podrá designar a un Comité Especial ad hoc o permanente, cuando lo considere conveniente.

El Comité Especial estará integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) deberá pertenecer al área usuaria de los bienes, servicios u obras materia de la convocatoria, y otro al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Necesariamente alguno de los miembros deberá tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. En el caso de bienes sofisticados, servicios especializados, obras o cuando la Entidad no cuente con un especialista, podrán integrar el Comité Especial uno o más expertos independientes, ya sean personas naturales o jurídicas que no laboren en la Entidad contratante o funcionarios que laboran en otras Entidades.

El Comité Especial tendrá a su cargo la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección.

Si el Comité Especial toma conocimiento que en las propuestas obra un documento sobre cuya veracidad o exactitud existe duda razonable, informará el hecho al órgano encargado de las contrataciones para que efectúe la inmediata fiscalización. Ello no suspenderá, en ningún caso, la continuidad del proceso de selección.

En los casos a que se refiere el artículo 32 del presente Decreto Legislativo, los procesos de selección serán conducidos por el mismo Comité Especial que condujo el proceso de selección original.”

²⁰ **“Artículo 31.- Competencias**

El Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso. El Comité Especial es competente para:

- 4º. **Finalidad:** bajo criterios de objetividad, congruencia, proporcionalidad e imparcialidad²¹, este procedimiento tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual el Estado va a celebrar un contrato.

2.2. El otorgamiento de la buena pro como acto administrativo

Hemos afirmado a lo largo del presente Capítulo que el proceso de selección constituye un procedimiento administrativo que tiene como finalidad la selección de una persona natural o jurídica para contratar con el Estado. Corresponderá pues al Comité Especial otorgar la buena pro a la propuesta que obtenga el mejor puntaje²².

Preliminarmente, podemos afirmar que el otorgamiento de la buena pro puede ser definido como el acto concreto de elección que hace la Administración Pública respecto a una persona natural o jurídica cuya propuesta ha obtenido el mejor puntaje en un determinado proceso de selección; constituyéndose a su favor un derecho expectatio mediante el cual podrá contratar con el Estado en un momento posterior. En otras palabras, el otorgamiento de la buena pro es la expectativa real y legítima para contratar con el Estado que obtiene una persona luego de haber pasado por determinadas evaluaciones.

1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación.

2. Elaborar las Bases.

3. Convocar el proceso.

4. Absolver las consultas y observaciones.

5. Integrar las Bases.

6. Evaluar las propuestas.

7. Adjudicar la Buena Pro.

8. Declarar desierto.

9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro.

El Comité Especial no podrá de oficio modificar las Bases aprobadas.

²¹ **“Artículo 43.- Método de evaluación de propuestas**

Las Bases deberán especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como los puntajes, la forma de asignación de éstos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación de éstos.

El Comité Especial determinará los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Se podrá calificar aquello que supere o mejore el requerimiento mínimo, siempre que no desnaturalice el requerimiento efectuado.

El único factor de evaluación económica es el monto total de la oferta.” (el subrayado es nuestro)

²² **“Artículo 71.- Evaluación de propuestas**

La evaluación de propuestas se sujeta a las siguientes reglas:

1. Etapa de evaluación técnica:

a) El Comité Especial evaluará cada propuesta de acuerdo con las Bases y conforme a una escala que sumará cien (100) puntos.

b) Para acceder a la evaluación de las propuestas económicas, las propuestas técnicas deberán alcanzar el puntaje mínimo de sesenta (60), salvo en el caso de la contratación de servicios y consultoría en que el puntaje mínimo será de ochenta (80). Las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas en esta etapa.

2. Etapa de evaluación económica:

El puntaje de la propuesta económica se calculará siguiendo las pautas del artículo 70, donde el puntaje máximo para la propuesta económica será de cien (100) puntos.

3. Determinación del puntaje total:

Una vez evaluadas las propuestas técnica y económica se procederá a determinar el puntaje total de las mismas.

(...) **La propuesta evaluada como la mejor será la que obtenga el mayor puntaje total...**” (el resaltado es nuestro)

Decimos que el otorgamiento de la buena pro constituye un derecho expectatio, en tanto que el ganador de la buena pro, a pesar de tener la propuesta con mejor puntuación, tiene la obligación de cumplir con la presentación de determinados requisitos adicionales a fin de poder suscribir el respectivo contrato con la Entidad: con el otorgamiento de la buena pro, el ganador de la buena pro espera suscribir el contrato con la Entidad del Estado, siempre y cuando cumpla con otros requisitos previstos en como se observa en el artículo 141 del Reglamento LCE²³.

Este derecho expectatio se colige con la obligación de contratar que asumen legalmente tanto la Entidad como el o los postores ganadores de la buena pro; según se advierte en el artículo 137º del Reglamento LCE:

“Artículo 137.- Obligación de contratar

Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos. La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda.

En caso que el o los postores ganadores de la Buena Pro se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.”

Por otro lado, es necesario advertir que el otorgamiento de la buena pro, facultad atribuida al Comité Especial, debe constar en acta debidamente motivada²⁴; motivación conformada por los resultados del proceso, así como un cuadro comparativo, en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenidos por cada uno de los postores; como lo ha determinado el artículo 72 del Reglamento LCE antes mencionado. El cuadro comparativo que

²³ ***“Artículo 141.- Requisitos para suscribir el Contrato***

Para suscribir el contrato, el postor ganador de la Buena Pro deberá presentar, además de los documentos previstos en las Bases, los siguientes:

1. Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, salvo en los contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía y de procesos de selección según relación de ítems, en los que el monto del valor referencial del ítem o sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no superen lo establecido en la normativa vigente para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía, en los que la Entidad deberá efectuar la verificación correspondiente en el portal del RNP.

2. Garantías, salvo casos de excepción.

3. Contrato de consorcio con firmas legalizadas de los consorciados, de ser el caso.

Estos requisitos no serán exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el proceso de selección, con excepción de las Empresas del Estado que deberán cumplirlos.

Luego de la suscripción del contrato y, en el mismo acto, la Entidad entregará un ejemplar del mismo al contratista.”

²⁴ ***Artículo 27.- Designación***

(...) Los acuerdos que adopte el Comité Especial deberán constar en actas, cuyas copias deberán incorporarse al Expediente de Contratación.

Para tal efecto, toda Entidad contará con un libro de actas de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas, o con un libro de actas por cada tipo de proceso de selección, debidamente foliado y legalizado, el mismo que podrá ser llevado en hojas mecanizadas. Facultativamente, también podrá incluir las actas de las Adjudicaciones de Menor Cuantía o contar con un libro de actas para este tipo de procesos de selección. El órgano encargado de las contrataciones será el responsable de la custodia de los indicados libros.”

contiene el orden de prelación, el puntaje técnico y económico de cada uno de los postores resume el desarrollo de todo el proceso de selección.

En este estado, podemos deducir que el otorgamiento de la buena pro tiene los siguientes rasgos característicos:

- i. El otorgamiento de la buena pro es una **declaración de juicio** realizada por un órgano administrativo de la Entidad (Administración Pública).
- ii. Esta declaración de juicio está destinada a constituir un **derecho expectatio** sobre el postor que haya presentado la propuesta con más alto puntaje en un proceso determinado²⁵; prerrogativa por la cual el ganador tendrá la oportunidad de contratar posteriormente con el Estado.
- iii. Esta declaración debe ser emitida por el Comité Especial o por el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad; **órgano competente** para conducir y concluir el proceso de selección antes señalado
- iv. Dicha declaración se realiza en el marco de **normas de contratación estatal**.
- v. Asimismo, el otorgamiento de la buena pro es el resultado de todas y cada una de actuaciones administrativas realizadas dentro de un procedimiento administrativo especial que debe ser llevado regularmente; a saber, el **proceso de selección**.
- vi. El otorgamiento de la buena pro es una decisión que debe estar **debidamente motivada** en razón a la admisión y evaluación de las propuestas realizada por el Comité Especial.

En ese sentido, y después de comparar estos rasgos con lo plasmado en el Capítulo I del presente trabajo de investigación, podemos deducir claramente que el otorgamiento de la buena pro posee la esencia de un acto administrativo; al constituir un derecho expectatio sobre un determinado postor/administrado, además de cumplir con todos y cada uno de los elementos de validez establecidos por el ordenamiento jurídico administrativo para este fin, como lo hemos señalado anteriormente.

Por todos estos fundamentos, es factible concluir que el otorgamiento de la buena pro es un acto administrativo, derivado de un procedimiento regular debidamente conducido por un órgano competente, que debe contar con una determinada, y en el

²⁵ Como un asunto adicional, podemos decir que el otorgamiento de la buena pro constituye *normalmente* el resultado de todo el proceso de selección. No obstante, es posible que no se hayan presentado propuestas o que, luego de realizar la evaluación de las propuestas, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones determine que ninguna de las propuestas es válida para otorgarle la buena pro; por lo que correspondería declarar desierto el proceso; de conformidad con lo estipulado en el artículo 32 de la LCE, que a la letra dice:

“Artículo 32.- Proceso de selección desierto

(...) El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta; y, parcialmente desierto cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente.

La declaración de desierto de un proceso de selección obliga a la Entidad a formular un informe que evalúe las causas que motivaron dicha declaratoria, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente, bajo responsabilidad.

En el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía...”

marco de normas de orden público, otorga la prerrogativa de suscripción de contrato con el Estado al postor cuya propuesta haya obtenido la mayor puntuación²⁶.

A continuación, pasaremos a estudiar la concepción sobre el otorgamiento de la buena pro que el Tribunal de Contrataciones del Estado ha esgrimido en el conocimiento de las causas de su competencia.

2.3. El otorgamiento de la buena pro bajo la perspectiva del Tribunal de Contrataciones del Estado

Hemos señalado que el otorgamiento de la buena pro, además de ser una etapa del proceso, constituye un acto administrativo que contiene un derecho expectatio de contratación a favor del postor que haya obtenido la puntuación más alta en el desarrollo de un proceso de selección. Adicionalmente, se ha logrado determinar que el otorgamiento de la buena pro contiene los elementos de validez exigidos por la LPAG (*procedimiento regular, órgano competente, objeto o contenido, finalidad pública, motivación*).

Tratándose de contratación pública, es pertinente revisar los pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, órgano resolutorio que tiene como una de sus funciones resolver las controversias entre las Entidades, los participantes y los postores durante los procesos de selección^{27 28}.

²⁶ Como nota adicional, debemos indicar que, en determinadas situaciones, el otorgamiento de la buena pro puede convertirse en un acto administrativo sujeto a condición. Por ejemplo, si en un proceso de selección para la ejecución de una obra, la propuesta que ha obtenido el mayor puntaje excede hasta en diez por ciento (10%) el valor referencial del proceso, el otorgamiento de la buena pro dependerá de la disponibilidad o asignación presupuestal adicional debidamente autorizada por el Titular de la Entidad; como lo señala expresamente el artículo 33° de la Ley, que se transcribe a continuación:

“Artículo 33.- Validez de las propuestas

En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases.

Las propuestas que excedan el Valor Referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el Valor Referencial en más del diez por ciento (10%) del mismo.

El Reglamento de la presente norma señalará los límites inferiores en el caso de la ejecución y consultoría de obras.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el Valor Referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad y la disponibilidad necesaria de recursos. (el resaltado es nuestro)

De la misma manera, el artículo 76° del Reglamento advierte que para que se produzca el otorgamiento de la buena pro a propuestas que superen el valor referencial en procesos de selección para la ejecución de obras hasta el límite del diez por ciento (10%) adicional se deberá contar con la asignación suficiente de crédito presupuestario y la aprobación expresa del Titular de la Entidad:

“Artículo 76.- Otorgamiento de la Buena Pro a propuestas que excedan el valor referencial

En el caso previsto en el artículo 33 de la Ley, para que el Comité Especial otorgue la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial en procesos de selección para la ejecución de obras, hasta el límite máximo previsto en dicho artículo, se deberá contar con la asignación suficiente de créditos presupuestarios y la aprobación del Titular de la Entidad, salvo que el postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total acepte reducir su oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial. En los procesos realizados en acto público, la aceptación deberá efectuarse en dicho acto; en los procesos en acto privado la aceptación constará en documento escrito.

El plazo para otorgar la Buena Pro no excederá de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la Buena Pro, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (el subrayado es nuestro)

²⁷ ***“Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado***

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

El Tribunal de Contrataciones del Estado no había determinado de manera clara y precisa la naturaleza y alcances del otorgamiento de la buena pro sino hasta la emisión de la Resolución N° 2172-2008-TC-S1 del 30 de julio del 2008, fecha en la cual ha señalado expresamente que el otorgamiento de la buena pro es la declaración que una Entidad realiza en el marco de las normas de contratación estatal, produciendo efectos jurídicos sobre determinados administrados; constituyéndose de esta manera en un acto administrativo propiamente dicho:

“El otorgamiento de la buena pro es la declaración que una Entidad realiza en el marco de normas de derecho público – la normativa vigente de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – que va a producir efectos jurídicos sobre determinados administrados – admitir y calificar las propuestas presentadas por postores determinados y otorgar la buena pro a la que haya obtenido la mejor puntuación – en el desarrollo de un procedimiento administrativo especial denominado “proceso de selección”. Por tanto, de conformidad con el artículo 1º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias -en adelante, “la LPAG” –, el otorgamiento de la buena pro se configura como un acto administrativo.”²⁹

En ese orden de ideas, el Tribunal de Contrataciones del Estado también ha determinado que este acto administrativo goza de todos y cada uno de los requisitos de validez previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General; como se transcribe a continuación:

“Asimismo, el otorgamiento de la Buena Pro en su calidad de acto administrativo debe cumplir con los requisitos de validez de los actos administrativos, como son: i) ser emitido por el órgano competente – en la mayoría de las veces, el Comité Especial – ; ii) tener un objeto o contenido específico – otorgar la opción de contratar la propuesta que haya obtenido el mejor puntaje –; iii) adecuarse a una finalidad pública – a saber, la contratación de bienes, servicios y obras en las mejores condiciones técnicas al más bajo costo posible –; iv) haber sido emitido en el marco de un procedimiento regular – que será el proceso de selección, con reglas previamente establecidas en las bases administrativas –; y v) contener una motivación debida...”

a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección...”

²⁸ Debe indicarse que en la normativa anterior, que al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se le denominaba “el órgano jurisdiccional” del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

“Artículo 61.- Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.-

El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es el órgano jurisdiccional del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Se organiza en Salas, las cuales están conformadas por tres Vocales. Estos serán nombrados mediante Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por un plazo de tres años renovable.

El número de Salas se establecerá por Decreto Supremo, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.”

²⁹ Resolución N° 2172-2008-TC-S1 del 30 de julio del 2008, mediante la cual se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por TECNOLOGÍA INTELIGENTE S.R.L. contra su descalificación del ítem 7: Kit completo para Gases y Electrolitos Sanguíneos Arteriales del proceso de selección por Adjudicación de Menor Cuantía N° 0829M00781 para la “Adquisición de Insumos de Laboratorio Automatizados para la Red Asistencial Huánuco 2008”.

De esta manera – muy sintetizada, por cierto – el Tribunal de Contrataciones del Estado ha determinado que el otorgamiento de la buena pro es un acto administrativo, el mismo que goza de validez; posición que hacemos nuestra, de conformidad con los fundamentos anteriormente señalados.

Sin embargo, quedan en el tintero otras cuestiones ligadas a los demás actos que conforman en el proceso de selección, los mismos que serán materia de posteriores trabajos de investigación.

CONCLUSIONES

1. El otorgamiento de la buena pro es una etapa del proceso de selección; tal como lo ha señalado expresamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
2. No obstante, el otorgamiento de la buena pro también cuenta con todos y cada uno de los elementos de validez de los actos administrativos establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias.
3. El Tribunal de Contrataciones del Estado ha reconocido expresamente que el otorgamiento de la buena pro constituye un acto administrativo. Sin embargo, es necesario que se definan y clasifiquen también los demás elementos del proceso de selección.