



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA DEFENSA MEDIANTE CONTRATOS DE GOBIERNO A GOBIERNO

César Ramírez-Rojas

Piura, agosto de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Ramírez, C. (2015). *Adquisiciones de bienes y servicios para la defensa mediante contratos de gobierno a gobierno*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

**CÉSAR ALFREDO RAMÍREZ ROJAS**

**ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS PARA LA  
DEFENSA MEDIANTE CONTRATOS DE GOBIERNO A  
GOBIERNO**



**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Tesis para optar el título de abogado.**

**2015**

## **APROBACIÓN**

Tesis titulada “Adquisiciones de bienes y servicios para la defensa mediante contratos de gobierno a gobierno”, presentada por César Alfredo Ramírez Rojas en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado. Aprobada por el Director de Tesis Dr. Víctor Sebastián Baca Oneto.

---

Director de Tesis

## **Agradecimiento**

A Él, por sostenerme.

A mi esposa y mi hijo, mis luceros.

A mis padres, mis amigos.

A las mujeres de mi familia, por su apoyo incondicional.

A mis buenos amigos.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL</b>	3
1.1. Noción de contrato	4
1.2. Noción de contrato público	5
1.2.1. Sometimiento a la legalidad	5
1.2.2. Concepción del contrato público	8
1.2.3. Necesidad de procedimiento	14
1.2.4. Un breve repaso de las modalidades de selección para la contratación de bienes, servicios y obras	16
<b>CAPÍTULO II: FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	23
<b>CAPÍTULO III: LOS BIENES Y SERVICIOS PARA LA DEFENSA</b>	29
<b>CAPÍTULO IV: LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN GTG PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL PARA LA DEFENSA EN EL MERCADO EXTRANJERO</b>	41
4.1. El mercado europeo	43
4.2. El caso español	47

<b>CAPÍTULO V: MODALIDAD DE CONTRATACIÓN GTG PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL PARA LA DEFENSA EN EL PERÚ</b>	51
5.1. Antecedentes normativos de los Contratos GTG	52
5.2. Análisis de la legislación vigente	61
5.3. Una necesaria referencia a los tratados internacionales y sus implicancias	62
5.3.1. Definición y alcance	62
5.3.2. Aprobación de tratados sobre defensa nacional	65
5.3.3. Los convenios de cooperación técnica	67
5.3.4. El Contrato GTG	68
5.4. La relación entre el Estado peruano y la tercera empresa	70
5.5. Un mecanismo de control de las adquisiciones de defensa: la auditoría de costos y precios de los contratos	76
<b>CONCLUSIONES</b>	81
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	85

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el marco normativo aplicable a una específica forma de contratación por parte del Ministerio de Defensa (“MINDEF”): la contratación de bienes y servicios a través de la modalidad de convenios de cooperación entre gobiernos (“Contratos GTG” o “Contrataciones GTG”).

Como punto de partida es preciso señalar que la falta de claridad con relación a la regulación de los mecanismos de contratación que aquí comentaremos acarrea una problemática a todas luces preocupante. Prueba de ello es que la prensa suele situar en el ojo de la tormenta aquellas contrataciones de bienes por parte del MINDEF aduciendo la existencia de “corrupción” o “falta de transparencia”.

La preocupación se ha centrado en la verificación del cumplimiento de los presupuestos básicos que hayan asegurado que dicha contratación se haya realizado no sólo eficazmente, sino sobre todo con un minucioso respeto al “bolsillo del pueblo”, pues no queda duda que el Estado requiere de ciertos bienes, servicios u obras para la satisfacción de sus necesidades y para ello emplea fondos públicos, esto es, dinero recaudado y obtenido de los ciudadanos.

En esa línea dedicaremos este trabajo al estudio de la Contratación GTG partiendo de la perspectiva doctrinal y legislación comparada. En ese sentido, reflexionaremos sobre la idoneidad de la regulación actualmente existente sobre dicha modalidad de contratación, a fin de identificar mecanismos de optimización de la regulación peruana aplicable a dicha figura.

Así, en el primer capítulo haremos un repaso de lo aportado por la doctrina sobre la contratación pública a fin de identificar elementos esenciales de ésta que se replican en la modalidad contractual que nos ocupa. Ello nos llevará a encontrar en el siguiente capítulo el fundamento normativo de la contratación pública para determinar las directrices aplicables a la actividad contractual del Estado.

El tercer capítulo denominado bienes y servicios para la defensa lo dedicaremos al análisis y descripción de tales bienes. Ello nos permitirá identificar la necesidad de delinear ciertas matizaciones en las adquisiciones de dichos bienes y servicios.

Nuestro cuarto capítulo estará destinado a presentar la regulación comparada (caso español) aplicable a la Contratación GTG. Este ejercicio nos permitirá encontrar ciertos puntos de contacto con nuestra legislación, la cual analizaremos al detalle en el capítulo V de este trabajo.

Como se verá, el sector defensa tiene ciertas particularidades que lo hacen quizá un flanco atractivo para miradas atentas dispuestas a desentrañar cualquier tipo de argucia de los funcionarios de turno. En este escenario, la intención de este trabajo es colaborar con la comprensión de dicho sector y la dinámica contractual propia de éste.

# CAPÍTULO I

## MARCO CONCEPTUAL

El Estado interviene en la dinámica económica a través de la contratación actuando como demandante de bienes, servicios y obras<sup>1</sup>. Esta especial intervención estatal requiere de un marco regulatorio que permita delinear su actuación manteniéndola sometida a la legalidad. De este modo se consigue proteger los intereses generales y proscribir la actuación arbitraria y el uso indebido de fondos públicos.

La doctrina no ha sido ajena a este fenómeno y ofrece un marco conceptual que resulta útil para la delimitación de la figura del contrato público. Así, antes de aterrizar en el análisis de la figura contractual que nos ocupa conviene repasar el marco conceptual aplicable a la contratación pública. Esto nos permitirá identificar qué aspectos de un contrato público se encuentran presentes en las adquisiciones GTG. Para ello partiremos de la conceptualización básica de contrato, para luego delinear la figura del contrato público.

---

<sup>1</sup> RETAMOZO, A., *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios*, Jurista Editores, Lima, 2011, Pág. 47-48.

## 1.1. Noción de contrato

Desde la doctrina administrativista se reconoce al contrato como un supraconcepto que abraza tanto los contratos privados como públicos<sup>2</sup>. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de reconocer que su desarrollo tuvo origen en la doctrina civilista. Desde allí, podemos definir al contrato (en general) como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales<sup>3</sup>.

El contrato es una especie de negocio jurídico, cuyas peculiaridades radican principalmente en la pluralidad de partes y en la patrimonialidad de su objeto, siendo, en el Derecho Civil, la más importante manifestación de la autonomía privada<sup>4</sup>. Ésta a su vez es un poder jurídico basado en la libertad humana para la regulación de los intereses privados y por tanto, determinante para que las relaciones y situaciones jurídicas queden comprendidas dentro del ámbito del Derecho Privado<sup>5,6,7</sup>.

---

<sup>2</sup> MEILÁN, J., «Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66, 2011, Pág. 229.

<sup>3</sup> De acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es así que la noción legal de contrato implica, en concordancia con la doctrina, la confluencia de voluntades, siendo que ésta apunta a la regulación de una relación jurídica patrimonial.

<sup>4</sup> ROPPO, V., *El contrato*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, Pág. 30, 48 y ss.

<sup>5</sup> BAENA, M., *Curso de las Obligaciones*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, Pág. 57 y ss.

<sup>6</sup> Como bien explica Fernández Sessarego al referirse a la opinión doctrinal de Castro y Bravo, la autonomía privada se sustenta en la esfera de libertad de la persona. Así, poder de autodeterminación o autarquía personal son expresiones que se fundamentan en la libertad personal. De esta manera, la libertad es el sustento de la autonomía privada. FERNÁNDEZ, C., «Reflexiones en torno a la “autonomía de la voluntad», *Doctrinas Magistrales Nacionales*, Coord. CANTUARIAS, F., Revista Jurídica Thomson Reuters, 2012, Pág. 69 y ss.

<sup>7</sup> Por su parte el artículo 1354 del Código Civil Peruano determina uno de los aspectos de la autonomía privada, que es el de la libertad contractual- denominada también libertad de configuración interna- la cual consiste en la determinación por los contratantes del contenido del contrato que han convenido celebrar.

Así, los privados pueden dictar normas que regulan sus propias conductas, siendo soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí dentro de los cauces del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

En tal sentido, no podemos negar la existencia de claras diferencias entre los contratos suscritos entre privados y aquellos en los que participa una Administración Pública (“AP”). Como señala ROPPO, la más grande diferencia estructural entre tales contratos radica en el peculiar modo de formación de las decisiones de los entes públicos. A su entender, “*los acuerdos de los entes públicos, a través de los cuales se forma su voluntad de contratar, dan lugar a un procedimiento administrativo formado por una serie de actos administrativos que encuentran su regulación en el Derecho Administrativo*”<sup>9</sup>.

Por tanto, si bien partimos de la noción general de contrato, lo cierto es que tal noción es trasladable con ciertos matices, propios de la presencia de una AP, al ámbito administrativo. De esta manera, no se puede perder de vista la diferencia de tratamiento que importa la existencia de voluntad y libertad por un lado, para el caso de los particulares y la sumisión al principio de legalidad y al interés público para el caso de las entidades públicas, como se explicará más adelante.

## **1.2. Noción de contrato público**

### **1.2.1. Sometimiento a la legalidad**

Como punto de partida resulta necesario advertir que la AP cuando contrata no lo hace al margen de su vinculación positiva con el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 45 de

---

<sup>8</sup> Por lo demás, así lo reconoce la propia Constitución, conforme a la cual (artículo 2.24) toda persona tiene derecho a la libertad cuya consecuencia es que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Esta es precisamente la noción de libertad individual que explica cómo es que las personas pueden actuar a su arbitrio dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Aplicando lo anterior al terreno contractual, tenemos que el artículo 2.14 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Así, podemos concluir que la autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular dentro del o remanimiento jurídico sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí.

<sup>9</sup> ROPPO, V., *El contrato*, cit., Pág. 82 y ss.

la Constitución Política del Perú (“CP”), “*quienes ejercen el poder lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen*”<sup>10</sup>.

En otras palabras, nuestro ordenamiento recoge el principio de legalidad, conforme al cual la AP se encuentra vinculada de manera positiva al ordenamiento y por tanto, su actuación necesariamente debe encontrar un fundamento normativo. De esta manera, la AP debe actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico.<sup>11</sup>

Sobre la base de ese presupuesto encontramos que la AP en sentido estricto, no goza de autonomía negocial<sup>12</sup>, conforme ésta es entendida por la doctrina civilista a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior. Ello debido a que su actuación se enmarca en la habilitación que el propio ordenamiento le confiere y bajo la consideración de que los recursos de los que hace uso no pueden ser utilizados de cualquier modo, sino solo eficientemente.

Sobre el particular, SANZ señala que “*incluso el ejercicio de poderes discrecionales tampoco puede ser calificado como de libre*

---

<sup>10</sup> Disposiciones similares han sido recogidas por nuestra carta magna en relación con las funciones del Presidente de la República como cabeza del Poder Ejecutivo (artículo 118, incisos 1, 8, 9 y 10), así como a la prohibición del abuso de derecho (artículo 103).

<sup>11</sup> CANOSA, A., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Pág. 226-227. En similar sentido, MARTIN, R. MARTIN, R., «Administración Pública y procedimiento administrativo general. Razones para su vinculación», *La Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez Años después*, Coord. ZEGARRA, D Y BACA, V., Palestra, Lima, 2011, Pág. 45. Martín se refiere al sometimiento a las normas emanadas del legislativo y reglas que integran el sistema normativo en general.

Comadira, por su parte, se refiere al Principio de Juridicidad al referirse a la vinculación positiva de la AP. COMADIRA, J., «Algunos aspectos de la Licitación Pública», *Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral- Facultad de Derecho*, 2 ed, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 376.

<sup>12</sup> EXPÓSITO, J., «El deber de selección objetiva», *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 399. Para Expósito, las limitaciones de la AP obedecen a la función administrativa y de la contratación estatal como expresión fundamental de dicha forma de función del Estado.

*disposición, porque la Administración no disfruta de autonomía de la voluntad: en todo caso, está vinculada positivamente a la Ley*<sup>13</sup>.

Sumado a lo anterior y como consecuencia de esa vinculación positiva al ordenamiento, la AP cuando contrata no se ve desprovista de sus potestades. El uso de esas potestades entonces, tiene también un reflejo en el ámbito contractual de modo tal que la contratación pública adquiere un carácter distinto al de la contratación privada<sup>14</sup>.

La importancia de encontrarnos frente a una potestad, a decir de BACA ONETO, radica en que *“a diferencia de los particulares, la Administración no puede contratar porque quiere, sino que necesariamente ha de hacerlo para perseguir el interés general, y si no lo hiciera, el contrato resulta inválido, por tener viciada su causa”*<sup>15</sup>.

Consistiendo en el ejercicio de potestades, el contrato se “unilateraliza” en su origen o constitución. En esta faceta de actuación, la AP, en tanto ejercita potestades públicas, produce efectos jurídicos mediante la adjudicación y suscripción de contratos con los administrados. La voluntad o aceptación de los administrados confluye dentro del proceso de formación de la “voluntad” administrativa. Se trata de un proceso de sinergia entre la unilateralidad del acto administrativo que supone la determinación del contratista, y la voluntad del administrado de contratar con la entidad, la cual, de alguna manera, ya se ha puesto de manifiesto mediante su participación en un proceso de selección

---

<sup>13</sup> SANZ, I., «Algunos Problemas de la regulación de los contratos públicos en el derecho peruano», *Derecho Administrativo (Ponencias presentadas al Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo)*, Coord. ZEGARRA, D., Jurista Editores, Lima, 2004, Pág. 649 y ss. En el mismo sentido, DANÓS, J., «El régimen de los contratos estatales en el Perú», *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Coord. ZEGARRA, D., Palestra, Lima, 2007, Pág. 93 y ss.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ, J., «La causa jurídico pública de los contratos público», *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Lima, 2010, Pág. 681.

<sup>15</sup> BACA, V., «Lección 14: Los contratos públicos (en especial aquellos regulados en la LCE)», *Notas al Curso de Derecho Administrativo.*, Piura, 2009, Pág.

en el que potencialmente, será adjudicatario. Así las cosas, la voluntad del privado se integra con el acto unilateral de la AP y da lugar a una relación bilateral<sup>16</sup>. Es sobre todo a la primera de estas fases a la que dirigiremos nuestro análisis pues está ligada a la determinación de la contraparte del Estado y es allí donde se verifica una mayor incidencia de la sumisión a la legalidad.

### **1.2.2. Concepción del contrato público**

Habiendo entendido que la AP no contrata en virtud de una voluntad negocial sustentada en el libre albedrío, corresponde delimitar conceptualmente su actividad contractual.

Como punto de partida, consideramos pertinente repasar las diversas formas de concebir la actividad contractual de la AP. Esto nos permitirá identificar elementos comunes entre las distintas formas de comprender la actuación de la AP como contratante.

El mundo anglosajón concibe de una manera peculiar la contratación por parte de la AP. La contratación se articula sobre la base del derecho privado (civil, comercial) y la elaboración o negociación de grandes pliegos contractuales suscritos con los privados. En pocas palabras, bajo la concepción tradicional anglosajona no se ha establecido un régimen especial para los contratos que celebra el Estado, ya sea para el procedimiento previo de selección como tampoco respecto de la relación contractual en sí misma. Respecto de ésta última, por tanto, no existiría un régimen exorbitante de Derecho público y en

---

<sup>16</sup> MARTÍNEZ, J., «La causa jurídico pública...», cit., Pág. 681. Para el citado autor, el común de los contratos públicos no se constituyen por el consentimiento de las partes, sino por un acto administrativo unilateral de la Administración. No obstante, reconoce también la estructura bilateral de la relación jurídica surgida como correlato del acto de constitución. En similar sentido, BACA, V., «Lección 14: Los contratos públicos...», cit., Pág.4.

Contra esta postura, sosteniendo la bilateralidad de los actos administrativos, incluyendo la formación de contratos administrativos, véase GÜECHA, C., «El contrato como acto administrativo: Una nueva teoría que determina su control de legalidad», *Principia Iuris*, 14, 2010, Pág.29.

consecuencia, no se reconoce la existencia del contrato administrativo<sup>17</sup>.

No obstante, en los últimos años, por exigencia del Derecho comunitario, se ha ido introduciendo (también en el Derecho anglosajón) una regulación especial aplicable a los procedimientos de selección de contratistas en los cuales se aplica el Derecho Administrativo. Además, aunque no corresponde entrar a esta discusión en un trabajo como éste, no faltan autores que sostienen que incluso en Inglaterra o en Estados Unidos existe un régimen especial para la ejecución de los contratos en los que es parte la AP, pues están plagados de particularidades e inmunidades que escapan al derecho común<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, como advierte ARIÑO, todas estas particularidades en pro de las *royal prerogatives* y *statutes speciales* vienen conduciendo al mundo anglosajón hacia un proceso inexorable de progresiva publicación de los contratos estatales, sobre todo, en lo referido al procedimiento de selección del contratista.<sup>19</sup>

Un criterio similar contempla el mundo germano al considerar que el Estado, cuando contrata, lo hará siempre como lo haría cualquier particular, sometido al derecho privado. En este caso, la noción del llamado contrato público está vinculada no a los contratos por los cuales la AP adquiere bienes o servicios en el mercado, sino más bien a los supuestos de acuerdos procedimentales o contratos sobre actos o potestades; es decir, a los casos en los cuales la AP celebra un contrato en el marco de una

---

<sup>17</sup> ARIÑO, G., «El régimen de la contratación pública en el derecho europeo», *Reforma al régimen de contratación estatal*, Coord. DE VIVERO, F., Universis de los Andes, Colombia, 1997, Pág. 129 y ss.

<sup>18</sup> ARIÑO, G., «El régimen de la contratación...», cit., Pág. 129 y ss.

En la misma línea, Meilán señala que en el sistema norteamericano se han justificado intervenciones sobre contratos si se considera necesario para el buen gobierno (*the principle of government effectiveness*) sobre todo en el ámbito de las *public utilities* (lo que conocemos nosotros como servicios públicos). MEILÁN, J., «Teoría del Contrato Administrativo: origen, Evolución Histórica y Situación Actual», *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 529.

<sup>19</sup> MEILÁN, J., «Una concepción iusadministrativista...», cit., Pág. 226.

relación de Derecho público. No obstante, al igual que en el caso inglés, las exigencias del Derecho comunitario han llevado a introducir unas reglas especiales para el procedimiento de selección de contratistas, al tiempo que las potestades o prerrogativas en la ejecución de los contratos (en especial el caso de las obras) no son del todo desconocidas en dicho ordenamiento<sup>20</sup>.

Así, como puede verse, lo cierto es que, no obstante la proclamada aplicación del derecho común a los contratos de la AP en el mundo anglosajón y en el mundo germánico, la realidad es que éstos, por influencia de la normativa comunitaria y las nuevas tendencias contractuales concebidas en el seno de organismos internacionales, se vienen sometiendo a un régimen jurídico de Derecho público que se ha ido elaborando progresivamente y que se aparta del modelo tradicional del Common Law<sup>21</sup>.

Por otro lado, tenemos el modelo franco-español, del cual somos herederos. Este modelo admite una diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados de la administración<sup>22</sup>. La figura del contrato administrativo a decir de la doctrina, responde a una especial importancia política y coyuntural para la vida del Estado y de la sociedad. Es una figura histórica en constante renovación y actualización y por tanto, mutable por naturaleza. Surge, en su momento, como una forma de brindar especial protección a algunas operaciones contractuales de modo que éstas no se vieran afectadas por las rígidas garantías del derecho común.

Es por ello que para algunos la figura del contrato administrativo es equiparable a una figura intermedia entre el puro

---

<sup>20</sup> MEILÁN, J., «Una concepción iusadministrativista...», cit., Pág.527. Meilán sostiene que los contratos de Derecho Público en el Derecho alemán se definen por su objeto: crear, modificar o extinguir una relación jurídica pública.

<sup>21</sup> MEILÁN, J., «Una concepción iusadministrativista...», cit., Pág.225. Meilán se refiere al Derecho Comunitario como *meeting point* de la tradición jurídica anglosajona y francesa de la contratación pública.

<sup>22</sup> Sobre esta diferenciación se pronuncian los autores antes citados como ARIÑO, MEILÁN, BACA e incluso CASSAGNE. Igualmente, Véase: MATOS, I., «¿Contrato administrativo o contrato privado de la administración?», *Gaceta Judicial*, 2010, Pág. 1-14.

acto administrativo -y las prerrogativas que este entraña- y el contrato civil, dotado del poder de irrevocabilidad<sup>23</sup>.

Hablaremos de contrato administrativo cuando la AP procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa que se incorpora al fin u objeto del contrato, proyectándose en su régimen sustantivo (ejercicio de *ius variandi*, prerrogativas exorbitantes, etc.)<sup>24</sup>. Es así que parte de la doctrina reconoce al contrato administrativo como la *categoría principal de la contratación pública*.<sup>25</sup>

De otro lado, encontramos al contrato de la administración regido parcialmente por derecho privado. Su característica definitiva es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante de derecho común, bajo el cual no procede la ejecutoriedad, la aplicación y ejecución de sanciones en sede administrativa, o la sustitución directa del contratista, entre otros supuestos<sup>26, 27</sup>.

Sin perjuicio de las distinciones de tratamiento antes acotadas, consideramos que es posible identificar elementos comunes en todas las concepciones y planteamientos antes expuestos. En primer lugar, siempre existirá una AP de por medio

---

<sup>23</sup> MEILÁN, J., «Teoría del Contrato Administrativo: origen...», cit., Pág. 533.

<sup>24</sup> CASSAGNE, J., *El Contrato Administrativo*, 2da ed, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 13.

<sup>25</sup> CASSAGNE, J., *El Contrato Administrativo...cit.*, Pág. 14. MAIRAL, H., «La teoría del contrato administrativo», *Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral- Facultad de Derecho*, 2 ed, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 251. Para Mairal, la doctrina del Contrato Administrativo entraña una cierta peligrosidad debido a su indeterminación y la posibilidad de otorgar facultades ilimitadas a la AP con las posibles consecuencias que ello supone.

<sup>26</sup> CASSAGNE, J., *El Contrato Administrativo...cit.*, Pág.39.

<sup>27</sup> Respecto de este punto, conviene tomar en cuenta lo dicho por ARIÑO al referirse al fenómenos de la huida al Derecho Privado y la necesidad de flexibilización de las normas administrativas: “Desde un punto de vista más amplio, frente a la privatización del Derecho Público, se deber lograr la modernización y flexibilidad de las técnicas de Derecho Administrativo, manteniendo los principios básicos que durante siglos dan sido garantía de sometimiento al Derecho a los poderes públicos”. Por tanto, incluso recurriendo a formas privadas, no puede obviarse la aplicación de normas jurídico públicas a la fase previa al surgimiento de la relación contractual (que usualmente acoge formas privadas)”. ARIÑO, G., *Principios de Derecho Público Económico*, ARA Editores, Madrid, 2004, Pág. 110.

y, en segundo lugar, la adquisición para la satisfacción de sus necesidades, ya sean estas propias de su objeto y fin público específico o no. Ello justifica la adopción de una supra categoría funcional: el contrato público. Así, para BACA, refiriéndose a la legislación española, resulta pertinente acudir como criterio orgánico a la figura del contrato público<sup>28</sup>, incluyendo dentro de ella a la figura del contrato administrativo y a los contratos privados de la administración.

Toda esta disquisición teórica no obstante, desemboca en una conclusión. En el terreno de la contratación pública, entendiendo ésta como comprensiva de los contratos administrativos (en los que la AP haría uso de sus facultades o prerrogativas) y de los contratos regidos parcialmente por el Derecho Privado, lo importante es la sumisión de la AP al principio de legalidad y la consecuente identificación de una zona común de la contratación pública a la cual resultan aplicables los principios y criterios del Derecho Administrativo.

Como señala ARIÑO, lo trascendental es la sumisión de la AP a un régimen jurídico específico cualquiera que sea la regulación que dé cobertura a su actividad contractual. En otras palabras, identificamos un núcleo al que resulta siempre aplicable el Derecho Administrativo: procedimiento de conformación e integración de la voluntad de la entidad, previa habilitación de gasto, etc., ya sea que nos encontremos ante contratos privados de la AP o contratos administrativos propiamente dichos<sup>29</sup>. Es precisamente en esta fase,

---

<sup>28</sup> BACA, V., *La invalidez de los contratos públicos*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, Pág. 101. Para Coviello, la noción de Contrato Público es hoy común en los ordenamientos europeos, en el Derecho norteamericano y en los modelos de contratos de los organismos internacionales. A decir de este autor, “*se trata de una expresión que no sólo comprende los típicos contratos administrativos, sino también aquellos que se rotulaban de “Derecho privado de la administración” (en realidad la denominación correcta sería “contratos regidos parcialmente por el Derecho privado”, porque el componente iuspublicístico nunca dejará de estar presente)*”. COVIELLO, P. «El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variando?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011, Pág.170.

<sup>29</sup> BERMÚDEZ, citando a ARIÑO. BERMÚDEZ, M., «Los procesos de selección», *Reforma al régimen de contratación estatal*, Coord. DE VIVERO, F., Universidad Los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997. Pág. 75y ss. y COVIELLO, P. «El contrato administrativo...», cit., Pág.170. COVIELLO cita jurisprudencia de los Tribunales

que importa necesariamente el uso de potestades, que la AP se encuentra ligada en mayor medida a una vinculación positiva al ordenamiento.

Ello nos devuelve a la reflexión inicial sobre la ausencia de voluntad negocial y autonomía privada de la AP pues las entidades públicas no son sujetos de libertad. Ello se traduce en el campo de las contrataciones también en la sumisión a la legalidad, así, pese a la existencia de márgenes de discrecionalidad administrativa para la concreción del objeto del contrato, *“los parámetros en que esta discrecionalidad contractual-que no libertad- ha de moverse, (...) no son extrínsecos (...) sino intrínsecos, exigencia positiva de las decisiones que al respecto adopte la Administración”*<sup>30</sup>.

En síntesis, a nuestro entender y tomando como sustento las opiniones de los autores antes citados, es posible trasladar a nuestro ordenamiento la figura del contrato público como formulación genérica que comprende tanto a los contratos administrativos propiamente dichos, así como a todas aquellas fórmulas contractuales híbridas que, en cierto modo, aplican el derecho civil o común a la relación jurídica que entabla la AP.

Del mismo modo, es posible concluir que en cualquier escenario contractual en el que se encuentre la AP para la adquisición de bienes, servicios y obras, existirá un núcleo duro de Derecho Administrativo que dibuja la actuación de la entidad contratante condicionando de esa manera la actividad contractual de tal entidad en pro de los intereses generales y del bien común. En este específico escenario cobra trascendencia nuevamente el principio de legalidad y la sumisión a las directrices básicas para la contratación. De este modo se garantiza la mejor contratación posible. Ello, sin perjuicio de la opción por formas jurídico-privadas para regir la relación jurídica creada con la contraparte.

No obstante, en línea con lo explicado en el apartado anterior, la existencia de potestades y el carácter unilateral de las mismas se

---

argentinos que da cuenta de la necesidad de sumisión a la legalidad cualquiera que sea la forma contractual de la que se valga el Estado.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ, J., «La causa jurídico pública de los contratos públicos...», cit., Pág. 695.

condicen con la participación de una AP y justifican la necesidad de un régimen específico de elección de la contraparte.

Para el caso que nos ocupa, especial atención merecen aquellos contratos denominados prestacionales, subclase de los contratos de intercambio (en los que la AP requiere de ciertos bienes o servicios para satisfacer sus necesidades a cambio de una contraprestación) los cuales se incluyen dentro de la categoría de contratos de subordinación, respecto de los cuales se predica la presencia de dos sujetos en situaciones distintas, uno en ejercicio de potestades públicas y otro desprovisto de ellas<sup>31</sup>.

Son estos contratos prestacionales los que engloban las adquisiciones de bienes, servicios y obras. En estos contratos tiene lugar una relación entre la AP y un privado en la que el privado se obliga a una prestación en favor de la AP, que ejerce una potestad de justicia distributiva, y esta prestación consiste en proveer bienes, servicios u obras a cambio de un precio o retribución.

### **1.2.3. Necesidad de procedimiento**

Otro de los elementos que permite marcar la diferencia entre la contratación privada y la contratación pública, además de la ausencia de libre albedrío, es que la AP cuando contrata no ejercita una actuación de justicia conmutativa, sino de justicia distributiva pues corresponderá a la AP la asignación de bienes comunes (de la comunidad)<sup>32</sup>.

En efecto la AP ejercerá una potestad de distribución de cosas públicas, de oportunidades o de ventajas públicas, y por tanto, deberá ceñir su actuación a los principios de justicia distributiva, lo que significa que no podrá hacer depender su decisión de acuerdos particulares con ninguna de las personas con derechos o intereses legítimos sobre esa distribución en condiciones de igualdad<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> BACA, V., «Lección 14: Los contratos públicos...», cit., Pág.3.

<sup>32</sup> CASSAGNE, J., *Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, Pág. 87-90.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ, J., «La causa jurídico pública de los contratos públicos...», cit., Pág. 685.

Así, el ejercicio de justicia distributiva a nivel de la contratación pública justifica la necesidad de un procedimiento previo que garantice las mismas condiciones para todos aquellos que se encuentran en la misma posición de contratar con la AP.

Desde la doctrina peruana, SALAZAR<sup>34</sup> ha advertido la necesidad de someter a determinados procedimientos la contratación de bienes, servicios y obras, tomando en cuenta precisamente que en estos escenarios la AP hace uso de fondos públicos. Su reflexión por tanto, está ligada a lo que venimos comentando: el ejercicio de una potestad de justicia distributiva, de reparto de cosas públicas.

Así, la AP siguiendo los procedimientos normativamente establecidos, después de un análisis minucioso de conveniencia, adjudica un contrato y suscribe el mismo con el postor que ha presentado la mejor oferta. No obstante, escoge al mismo dentro de una gama de posibles contratistas que se encuentran en igual predisposición y con igual derecho (en abstracto), para suscribir un contrato con el Estado. Nótese que, en principio, esta premisa es trasladable a la Contratación GTG en la medida que el proceso previo de selección y determinación del contratista se encuentra sujeto a la normativa nacional, como veremos. No obstante, las especiales características del mercado de defensa y más aún la complejidad de los bienes y servicios involucrados podrían justificar la relativización de estos procedimientos previos en pro de la satisfacción de intereses superiores.

Esta necesidad de procedimiento nos lleva a tocar otro tema de relevancia: las modalidades de selección y la seleccionabilidad del contratista.

---

<sup>34</sup> SALAZAR, R., “ Introducción a la contratación estatal. Curso Compras Estatales Eficientes en OSCE”, En:[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1\\_m1%282%29.pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1%282%29.pdf) (último acceso: 07 de abril de 2015), Pág. 19 y 26.

#### **1.2.4. Un breve repaso de las modalidades de selección para la contratación de bienes, servicios y obras**

Existe un núcleo duro de la contratación pública al cual, irrefutablemente, le resultarán aplicables las disposiciones del Derecho Administrativo. Nos referimos concretamente a la fase preliminar de la contratación, a la fase *in fieri* o de formación de la “voluntad” de la AP. Por tanto, resulta relevante revisar las principales formulaciones para la determinación de la voluntad administrativa sobre la base de criterios o modalidades de selección de su contraparte.

En principio cabe advertir que el diseño y formulación de los procedimientos de selección entrañan una lucha oculta entre los principios de seguridad jurídica y flexibilidad de las normas. Así, el primero supone el rigorismo característico de las AP burocrática, mientras que el segundo nos conduce hacia un Estado más dinámico. Esta pugna tiene como escenario a la transparencia como principio fundamental que rige toda actuación estatal<sup>35</sup>.

Por tanto, las modalidades y procedimientos de selección deben constituir mecanismos que permitan satisfacer adecuadamente las necesidades de las entidades sin que ello implique un sacrificio de la transparencia y mucho menos de la eficacia<sup>36</sup> que se requiere para dotar de agilidad al Estado.

Esta tensión es la que ha llevado a para parte de la doctrina a sostener que la necesidad de procedimiento como regla general entraña una elección legislativa entre la libre determinación del

---

<sup>35</sup> FARRANDO, I., «La Licitación Pública. Entre el poder y los ciudadanos ¿Tensiones permanentes? (Algunos Lineamientos sobre el nuevo régimen del D 893/12 en Argentina)», *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 196 y 197.

<sup>36</sup> SANZ, I., «Eficacia en la Contratación Administrativa», *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Coord. ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Lima, 2010, Pág. 712. Para Sanz, “la actuación pautada, procedimentalizada, constituye no sólo una garantía de la legalidad de la actuación (...) sino también de su oportunidad, de tal forma que el procedimiento sirve para lograr la adecuación a los intereses generales.

contratista<sup>37</sup> y el requerimiento de procedimiento previo de selección<sup>38</sup>.

En nuestra opinión, no es posible asumir como regla la libre determinación del contratista. Para ello, se debe partir de dos premisas: (i) la teoría general sobre la base de la cual la AP ejerce una actividad de justicia distributiva al contratar, y; (ii) la inexistencia de libre albedrío por parte del Estado. Asumir la libre determinación como regla implica: (i) equiparar la actuación de la AP a la de los privados quienes ostentan ontológicamente libertad de determinación (incluso sobre su propio patrimonio; y, (ii) desde el punto de vista de la eficacia de la administración, favorecer la germinación de la semilla de la corrupción en Estados en los cuales los criterios de moralidad y fidelidad de los funcionarios públicos y contratistas no se ha afianzado aún.

Para COMADIRA la dicotomía se presenta entre la libre elección y la seleccionabilidad, siendo que la primera excluye la selección, mientras que la seleccionabilidad más bien se somete a principios como moralidad, eficacia, trato justo e igualitario, etc.<sup>39</sup>.

En tal sentido, se hace necesaria la formulación y elaboración de procedimientos previos que aseguren la mejor contratación posible por parte de las entidades.

Precisamente, los procesos de selección han sido concebidos para que las entidades obtengan las mejores condiciones para la

---

<sup>37</sup> ROTONDO, F., «Formación y perfeccionamiento de la voluntad administrativa», *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 759. Para ROTONDO, si en un sistema jurídico no existe norma expresa que disponga determinado procedimiento, habrá libertad de elección del contratante, sin perjuicio de atenderse a los principios generales.

<sup>38</sup> Sobre esta discusión, consúltese literatura argentina. IVANEGA, M., «El procedimiento de licitación pública», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66, 2011, Pág. 258; ANDREUCCI, C., «Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia pública», *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 801-826, etc.

<sup>39</sup> COMADIRA, J., «Algunos aspectos de la Licitación Pública...», cit., Pág. 392.

satisfacción de sus necesidades (calidad, cantidad, precio, plazos) en salvaguarda del interés común<sup>40</sup>.

Es nuestra opinión que la modalidad de selección responde a la naturaleza del contrato. Nos explicamos; la modalidad dependerá de la naturaleza del objeto contractual, de sus especiales características, aspectos de mercado, etc. Asimismo, dependerá del grado de complejidad del contrato que se pretende celebrar y de la posibilidad de configurar el contenido contractual de la mejor forma posible, requiriendo incluso del *input* del posible contratista si fuese necesario. Se trata de un mecanismo que podría servir incluso para modelar la formulación del contenido contractual.

Entonces, el objetivo es conseguir que la AP escoja al mejor proponente y la mejor propuesta y para ello diseñará criterios de selección vinculados no sólo a la propuesta, sino también al proponente.

En sistemas comparados, la doctrina suele referirse a las siguientes modalidades de selección<sup>41</sup>:

- (i) Abiertas: en las cuales la regla es la participación de cualquier persona cumpliendo, en ciertos casos, con ciertas formalidades, como por ejemplo, la inscripción en un registro previo.
- (ii) Restringida: en la cual sólo un número determinado de proponentes podría participar. Se trata de una modalidad mediante la cual la AP requiere celebrar contratos con contratistas con condiciones especiales.

Creemos que la mejor forma de delimitar el ámbito de acción bajo los alcances de esta modalidad es recurrir a un proceso de selección, atendiendo por ejemplo a las especiales condiciones del mercado. Ello servirá para formular

---

<sup>40</sup> GAMIO, S., «¿Qué se requiere realmente para contar con compras gubernamentales más eficientes? ¿Basta con modificaciones normativas? Una mirada a los procesos de selección sujetos a la legislación de contrataciones del Estado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66, 2011, Pág.133.

<sup>41</sup> BERMÚDEZ, M., «Los procesos de selección...», cit., Pág. 75-107.

invitaciones a los postores que, de acuerdo al análisis de mercado, se encuentran en la mejor posición posible para contratar con la AP.

- (iii) Negociada: que limita aún más el número de proponentes. El sentido de esta modalidad no es la cuantía involucrada en el contrato sino la complejidad del mismo. Bajo esta modalidad, en principio no se eliminaría la concurrencia, sino que se hace posible la selección a través de una lista de candidatos con los que va a llevarse a cabo un proceso de negociación.

Para ARIÑO, las características esenciales del procedimiento negociado son, en primer lugar, la ausencia de licitación en sentido estricto, puesto que los empresarios no presentan auténticas ofertas de contratos, sino que son consultados por la AP y negocian con ésta los términos del contrato y, en segundo lugar, que el órgano de contratación elige los empresarios con quienes va a realizar la consulta y negociación<sup>42</sup>.

Esta modalidad, de acuerdo con BERMÚDEZ, *“se establece para contratos especialmente complejos y en constante evolución, particularmente en el ámbito de la tecnología. En estos contratos los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no sabe precisamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas”*<sup>43</sup>. Asimismo, se caracteriza por su flexibilidad y apertura en la preparación y gestión del contrato. Se busca un contrato en el que los proponentes intervengan en su definición. Surge así la necesidad de debatir con cada candidato.

Nos encontramos frente a lo que, el diseño contractual de la Unión Europea denomina diálogo competitivo, en base al cual sólo pueden concurrir aquellos empresarios capacitados no sólo para ofrecer a la AP la solución a adoptar, que sería lo típico del contrato de consultoría y asistencia, sino también para ejecutarla.

---

<sup>42</sup> BERMÚDEZ, M., «Los procesos de selección...», cit., Pág. 99.

<sup>43</sup> BERMÚDEZ, M., «Los procesos de selección...», cit., Pág. 100.

- (iv) Contratación Directa<sup>44</sup>: Un especial énfasis merece la modalidad de adjudicación por contratación directa, modalidad que no está sujeta a proceso abierto, siendo que la entidad es en este caso quien contrata o determina a quién invita. La invitación es restringida y se dirige a los pocos escogidos por la AP.

Si bien este procedimiento nos aproxima a la idea de “libre elección del contratista”, lo cierto es que igualmente demanda de un estudio previo por parte de la entidad demandante a fin de determinar las condiciones de mercado bajo las cuales requiere de ciertos bienes, servicios y/u obras. En este caso, serán precisamente las especiales características del objeto de la contratación las que habiliten la utilización de esta modalidad de selección.

Podemos concluir entonces que será la conjugación de varios factores la que oriente la escogencia del colaborador de la administración. Uno de ellos, de especial trascendencia hoy en día, será la especial condición del oferente.

Nótese además que esta orientación de las formas de adjudicación hacia mecanismos que atiendan a las cualidades del oferente se condice con la pretendida finalidad de las modalidades de selección de constituirse como un primer filtro que permita delimitar el círculo de posibilidades de la administración mediante la depuración de oferentes. Todo este viraje apunta no a la subsistencia de colusiones entre funcionarios y contratistas, sino a la concreción de una dinámica contractual alturada en la que, a la eficiencia del sector privado para la satisfacción de sus necesidades, se suma la eficiencia del sector público para delimitarlas, encontrándonos ante un juego de doble ritmo en el que una y otra parte coordinan en pro de una contratación eficiente.

---

<sup>44</sup> ANDREUCCI, C., «Contratación Pública: sistemas de selección...», cit., Pág.815. Para ANDREUCCI, la contratación directa no es un sistema de libre elección sino que se inserta dentro de un sistema restrictivo definido normativamente.

Esta patente necesidad de procedimiento ha sido recogida en nuestra legislación tanto a nivel constitucional como legal. De este detalle nos ocuparemos en el siguiente apartado.



## **CAPÍTULO II**

### **FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La CP ha recogido en su artículo 76 los fundamentos básicos que deben regir las adquisiciones por parte de las entidades públicas<sup>45</sup>. Esta disposición demanda: (i) la necesidad de suscripción de contratos, esto es que la adquisición se formalice a través de un documento contractual que contenga las obligaciones y derechos de las partes contratantes incluyendo las particularidades de las prestaciones a cargo de una y otra parte; (ii) la necesidad de un procedimiento previo para la determinación de la contraparte contractual, lo cual implica la realización de un procedimiento de selección que garantice la contratación más eficiente posible en términos de calidad, tiempo y precio. Se trata de elegir al contratista que formule la oferta más beneficiosa para la entidad en un marco de concurrencia, competencia y transparencia; (iii) los supuestos de excepción a las reglas anteriores se determinan por norma con rango legal. Por tanto, cualquier excepción al mecanismo de contratación y licitación deberán regularse por norma con rango legal.

Así, nuestro ordenamiento constitucional se adscribe al sistema de previa selección para la determinación del contratista como regla y no al

---

<sup>45</sup> Debe tenerse en cuenta que la adquisición de bienes, servicios y obras se enmarca dentro del modelo económico acogido por nuestra constitución, esto es, la economía social de mercado. Sobre este punto, véase: OLIVOS, M., «Fundamentos constitucionales de la Economía Social de Mercado en la Economía Peruana», *Ius, Revista de Investigación Jurídica*, No. 8, 2014, Pág. 1-27.

de libre determinación del contratista. En tal sentido, ya desde el plano positivo nuestro sistema sienta un primer principio que regirá la contratación: el procedimiento previo de selección.

Todos estos presupuestos son importantes en el marco de la contratación de GTG, pues como veremos, mediante este mecanismo contractual, el MINDEF acude a un mecanismo de recopilación de propuestas económicas distinto a la licitación o concurrencia.

El Tribunal Constitucional (“TC”), mediante sentencia recaída en el Expediente No. 020-2003-AI/TC, refiriéndose al artículo 76 antes citado, ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores<sup>46</sup>.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (“OSCE”), en su calidad de órgano especialista en temas de contrataciones, ha precisado mediante Opinión No. 078-2013-DTN que el artículo 76 de la CP tiene como norma de desarrollo a la Ley de Contrataciones del Estado<sup>47</sup> (“LCE”), en tanto ésta desarrolla los principios y procedimientos para la contratación estatal, asegurando la garantías necesarias para una contratación eficiente, de modo que dichos principios y procedimientos *“garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos.”*

---

<sup>46</sup>Sentencia recaída en el Expediente No. 020-2003-AI/TC, Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N.º 27635, del 16 de enero de 2002, por contravenir lo dispuesto en el artículo 76º de la CP. Acción de inconstitucionalidad contra el mecanismo Bolsa de Productos para la compra de productos farmacéuticos.

Reiterando este criterio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes casos:EXP No. 2157-2006-PA/TC; EXP. No. 01442-2008-PA/TC; EXP. No. 00017-2011-PI/TC.

<sup>47</sup> Decreto Legislativo 1017 o el que lo sustituya.

Por tanto, para el OSCE, la LCE (o la norma que la sustituya) constituye la norma de desarrollo del artículo 76 de la CP. A ello cabría añadir que la existencia de regímenes similares para la adquisición de bienes y servicios no resulta en modo alguno opuesta a la existencia de dicha norma de desarrollo constitucional en la medida que dichos regímenes, por temas de especialidad o por la naturaleza de los bienes a ser adquiridos, resultan igualmente válidos y también constituyen un desarrollo de la previsión constitucional sobre adquisición de bienes y servicios. Se trataría, en resumen, de normas especiales que regulan adquisiciones especiales, ya sea por la naturaleza de la prestación involucrada, por su complejidad, etc. En tal sentido, podríamos afirmar que la LCE y toda norma que desarrolle la adquisición de bienes y servicios constituirán un desarrollo del artículo 76 de la CP.

Toda la regulación anterior cobra sentido si tomamos en cuenta además que mediante sus contrataciones, el Estado implementa políticas económicas de inclusión de sectores, como es el caso de la pequeña y micro empresa y estimula el crecimiento de la economía mediante el fomento de la participación de la inversión privada. Es por ello que algunos autores remarcan el rol de Estado en las contrataciones a través de su participación *como agente económico y redistribuidor de riqueza generándose con ello intereses y relaciones económicas que permiten la intensificación del mercado*<sup>48</sup>.

Otro aspecto de relevancia en el tema de la contratación es la programación para el uso de los fondos públicos. Esta reflexión sin duda se hace extensiva a la Contratación GTG pues en ella finalmente también se hace uso de fondos públicos.

De manera general, respecto de los aspectos presupuestales, la CP dispone que la actividad estatal se rige por el presupuesto anual fijado por el Congreso de la República. A través del presupuesto se asignan equitativamente los recursos públicos, de modo tal que la programación de dicho presupuesto, así como su ejecución responden a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. De esta manera, el Estado cuenta con una programación o planificación de sus ingresos y gastos de modo que la “improvisación caprichosa” queda proscrita. Precisamente la obligación de implementar un presupuesto

---

<sup>48</sup> RETAMOZO, A., *Contrataciones y Adquisiciones del Estado...*, cit., Pág. 47-48.

conlleva el cumplimiento de los principios económicos que sustentan nuestro sistema pues se pretende que lo adquirido por el Estado, en tanto éste pretende el bienestar social, sea adecuadamente utilizado, mesuradamente y sujeto a fiscalización y control por parte de la Contraloría General de la República, por ejemplo.

El Presupuesto es el instrumento de gestión del Estado que permite a las entidades lograr sus objetivos y finalidades. Es así que la conformación y determinación del presupuesto resulta indispensable. Ello, naturalmente, demanda de un proceso previo de programación y formulación, aprobación y ejecución de fondos públicos y de gastos público.

La Contraloría General de la República y los Órganos de Control Interno de las Entidades supervisan la legalidad de la ejecución del presupuesto público comprendiendo la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, según lo estipulado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República - Ley No. 27785.

De este modo, el diseño, formulación y programación del presupuesto incluye la estimación de las adquisiciones de bienes, servicios e infraestructura (activos no financieros) por parte de las entidades, demandando un análisis exhaustivo de las prioridades de cada una a fin de cumplir con el principio de eficiencia recogido en la Ley del Presupuesto, conforme al cual, las políticas de gasto público vinculadas a los fines del Estado deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica-financiera y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad macrofiscal, siendo ejecutadas mediante una gestión de los fondos públicos, orientada a resultados con eficiencia, eficacia, economía y calidad.

Así, la adquisición de bienes, servicios o implementación de infraestructura tiene todo un *background* que pretende asegurar que dicha adquisición sea la mejor posible para el Estado.

A lo anterior debemos agregar que la contratación implica la utilización de fondos que podrían salir del bolsillo de los ciudadanos<sup>49</sup> y la AP tiene por finalidad la satisfacción del interés general del que ella es vicaria<sup>50</sup>.

Todos estos presupuestos ratifican la necesidad de un procedimiento de determinación de la contraparte. Ahora bien, la necesidad de procedimiento puede relativizarse en determinados sectores sensibles en los que será posible la formulación de especiales mecanismos de selección. En estos casos, se atenderá a las especiales características y condiciones de los bienes, servicios y/u obras que el Estado pretenda adquirir.

Precisamente, uno de esos sectores sensibles es el sector defensa. Sobre este mercado y sus especiales condicionamientos, nos referiremos en el apartado siguiente.

---

<sup>49</sup> ROSENBERG, G., «El Principio de Transparencia en las Contrataciones Públicas», *Derecho Administrativo. Libro en homenajes al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Coord. COMADIRA, J., Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 382. Para ROSENBERG, el presupuesto público no es otra cosa que el resultado de los apertes dinerarios que, por diversas vías, sobre todo impositivas, realizan los ciudadanos. En otras palabras, concluye, lo que se administra es el dinero de los ciudadanos orientado a satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ, V., «Los avances y problemas de la contratación con el Estado», *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 66, 2011, Pág. 110. Para Hernández la contratación pública es una manifestación de la actuación de la AP mediante la cual se pretende la satisfacción del interés general del que la AP es vicaria y constituye una modalidad de administración y ejecución del presupuesto público.



## CAPÍTULO III

### LOS BIENES Y SERVICIOS PARA LA DEFENSA

Un aspecto importante a tomar en cuenta es la especial caracterización y la calificación de los bienes y servicios para la defensa. Entre dichas características tenemos:

- (i) Su carácter estratégico.- Por su propia naturaleza los bienes y servicios para la defensa apuntan a satisfacer las necesidades de seguridad e independencia de cada Estado. En otras palabras, se trata de adquisiciones para resguardo de la soberanía nacional que muchas veces demandan de especiales procedimientos y mecanismos de adquisición a fin de que prevalezcan tales intereses, ello, claramente, sin perjuicio de los principios básicos que informan la ejecución del gasto público<sup>51</sup>. El carácter estratégico de estos bienes y servicios justifica que, en ciertos casos, los objetivos de política industrial como la creación de fuentes de trabajo para la población, el desarrollo regional o local o incluso la competitividad, tengan, a decir de algunos autores, una prioridad secundaria<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> GARCÍA TREVIJANO, E., «Consideraciones sobre el Contrato de Suministro en el Sector Defensa», *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 299. García-Trevijano aborda la problemática de la protección de los intereses esenciales de seguridad de los países miembros de la Unión Europea y su impacto en la consolidación de un mercado común en el Sector Defensa.

<sup>52</sup> AGUADO, J., *El Control Económico de las Adquisiciones Públicas en Materia de Defensa*, Universidad de Granada, Granada, 2009, Pág. 15.

- (ii) El monopolio de la defensa nacional por parte del Estado.- La industria de la defensa se encuentra estrechamente vinculada con los conceptos de soberanía e independencia de los Estados. Esta característica supone que el ejercicio de la defensa del territorio nacional, principalmente externamente, pero también internamente, por principio, corresponde al Estado<sup>53</sup>. Ello justifica la existencia de un cuerpo armado dotado de los instrumentos y mecanismos necesarios para asegurar la defensa estatal.

Esta noción, si bien ha venido relativizándose con el paso del tiempo como resultado de la aceptación de unidades privadas de seguridad en el ámbito nacional interno, lo cierto es que, en el otro flanco, la defensa externa, aún permanece como un sector de gestión estatal en el que, sin embargo, se admite la colaboración privada bajo ciertas modalidades<sup>54</sup>.

Del mismo modo, debe tomarse en cuenta que distintos fenómenos de agresión que han sacudido a la comunidad internacional han provocado un viraje hacia mecanismos de protección de la seguridad internacional, con la correlativa transformación de la tradicional concepción de la defensa como intrínseca de cada Estado<sup>55</sup>.

Precisamente, otro aspecto relevante respecto de este punto es la existencia de alianzas supranacionales con vocación de unificar un aparato para la defensa estratégicamente diseñado para garantizar seguridad a todos sus miembros. Un claro ejemplo de ello es la constitución de la Organización del Tratado del Atlántico Norte,

---

<sup>53</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág.18. Aguado Romero precisa que el monopolio pertenece al Ministerio de Defensa y esto justifica que las adquisiciones de material sean altamente intensivas en especificaciones técnicas.

<sup>54</sup> MARTÍNEZ, J., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa», *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 449 y ss.

<sup>55</sup> ARTEAGA, F., *La Defensa que viene. Criterios para la reestructuración de la Defensa en España*. Real Instituto Elcano, Madrid, 2013, Pág. 7. Arteaga precisa que “*las sociedades avanzadas han ido dejando atrás un modelo tradicional de defensa dedicado a la protección de los Estados, sus fronteras y soberanía frente a agresiones armadas y han recurrido a la fuerza para intervenir en conflictos que afectaban a la comunidad internacional*”.

cuyo objetivo es, de acuerdo con su Tratado Constitutivo, resolver por medios pacíficos cualquier controversia internacional en la que pudieran verse implicados sus miembros, de modo que la paz y la seguridad internacionales, así como la justicia, no se pongan en peligro, y a abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en cualquier forma que sea incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Adicionalmente se constituye como una alianza estratégica para hacer frente a amenazas externas de modo tal que los países integrantes cooperarán entre sí a fin de mitigar o reducir los efectos de dicho emplazamiento<sup>56</sup>.

Se derivan de esta característica del mercado y los bienes para la defensa, las siguientes consideraciones:

1. Se trata de una industria que se financia a través del gasto público, generalmente en grandes volúmenes: Asegurar los mecanismos necesarios para la defensa requiere efectuar, incluso en ausencia de conflicto, grandes gastos públicos<sup>57</sup>. Ello ha llevado a hablar incluso de una economía de la defensa entendida esta como la asignación de recursos escasos, y de cómo esta asignación afecta la distribución de la renta, al crecimiento económico y a la estabilización, aplicados a los tópicos de la defensa.
2. Percepción de la población como un gasto innecesario: Es innegable que la opinión pública resulta ciertamente trascendental para dotar de legitimidad la actuación estatal, toda vez que su consolidación está ligada a la consolidación del sistema democrático. Así, incluso se ha llegado a afirmar

---

<sup>56</sup> SUAREZ, A., *La Industria de la Defensa y Seguridad en América Latina*. IDS , Madrid, 2012, Pág. 11 y ss. En este trabajo se da cuenta de la progresiva implementación de alianzas multinacionales, entre ellas, el UNASUR como punto de encuentro de países de Latinoamérica.

<sup>57</sup> SUAREZ, A., *La Industria de la Defensa...*,cit., Pág. 6 y ss. entre otros puntos se precisan las cantidades invertidas por países latinoamericanos en la industria de la defensa. A manera de ejemplo, el documento precisa que hacia el año 2016 los gastos en Defensa en México se estiman en aproximadamente 8.970 millones de dólares. Del mismo modo, se detalla el decrecimiento de la inversión en defensa por parte de Brasil y Estados Unidos, sin perjuicio de la inversión millonaria que subsiste en dicho sector en los referidos países.

que el “*estudio de la opinión pública-intensidad, consistencia, etc.- se convirtió en un pieza crucial durante la II Guerra Mundial y, por su puesto, durante la Guerra Fría. La victoria no dependía exclusivamente del periodo bélico sino de la voluntad de éxito, del convencimiento que tenían los distintos pueblos. Ello en la medida que el “respaldo de las poblaciones era imprescindible para mantener altos niveles de gasto en Defensa*”<sup>58</sup>. La decisión de destinar una cantidad mayor o menor de recursos económicos a garantizar la paz y la seguridad de una nación depende en gran medida de la intensidad con la que los ciudadanos perciben las amenazas que afectan a su entorno y de cómo estas pueden llegar a poner en peligro su integridad física y su bienestar social y económico. Esto se debe a que el gasto en defensa no está considerado por parte de los ciudadanos como una prioridad frente a otras políticas públicas de carácter social mucho más relacionadas con sus preocupaciones inmediatas<sup>59</sup>.

3. Característica de bien público: La defensa se concibe como un bien público puro, de carácter indivisible y no excluyente, que puede ser consumido por cualquier individuo sin impedir su consumo por parte del resto y cuyo suministro genera beneficios a todos ciudadanos<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> MORENO, R., «La importancia de la opinión pública española en la fijación de la política y los presupuestos de defensa y en la percepción de las Fuerzas Armadas», *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 85. En el mismo sentido, el autor pone en manifiesto la trascendencia de la opinión pública como sustento de los gastos para la defensa cuando señala que “*En varias ocasiones responsable políticos del Ministerio de Defensa se han quejado de falta de respaldo popular hacia mayores presupuestos para las Fuerzas Armadas, o lo que es lo mismo, su temor a perder el respaldo social (votos en elecciones) si defendían aumentos en Defensa (...)*”. (Pág. 103).

<sup>59</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág. 34 y ss.

<sup>60</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág. 40. Aguado precisa que desde el punto de vista de la teoría económica, la financiación de los bienes públicos puros, como es el caso de la defensa, ha de hacerse de forma coactiva, es decir mediante impuestos.

- (iii) Se trata de una industria que implica el empleo predominante de la tecnología y la fabricación de productos de elevado valor y gran complejidad.- Esta característica implica por ejemplo que las empresas tengan que soportar costos y gastos elevados y largos periodos de gestación de sus inversiones, así como un elevado nivel de innovación tecnológica que demanda la investigación y desarrollo (I+D) constante para mantener su posición tecnológica.

Es así que se ha llegado a hablar de la “Revolución de los Asuntos Militares”<sup>61</sup> surgida en Estados Unidos mediante la cual se instaura una forma de guerra basada en la integración de una nueva generación de sensores, armas y sistemas de mando, concibiéndose como parte de un proceso de transformaciones que apunta hacia la construcción de sistemas de seguridad que trascienden las fronteras nacionales obteniendo máximas ventajas en base a la superioridad tecnológica y generando un nuevo modo de concebir, planear y finalizar un enfrentamiento bélico de forma más rápida y resolutoria. Para ello se enfatiza el desarrollo de nuevos campos como la nanotecnología, robótica, biología, los sensores, microsensores, que se incorporan en todas las plataformas y se dirigen hacia una interacción de todos los sistemas de armas.

Relacionada con esta característica tenemos que, en la actualidad, los sistemas de defensa tienden a la confluencia con el uso civil de los equipos de modo que se hace factible el doble uso de los mismos<sup>62</sup>. Un claro ejemplo de ello son los radares de detección, que suelen ser utilizados también en el ámbito civil para la distribución de señales de telecomunicaciones.

---

<sup>61</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág. 21 y ss. En el mismo sentido precisa que la industria estadounidense ha generado una mejora tecnológica y comercial cada vez mayor respecto de sus competidores europeos. Del mismo modo, ORTEGA hace referencia a la reformulación del modelo de política científica a partir del cual el I+D se convierte en un rol trascendental en el equipamiento militar. ORTEGA, V., «La innovación tecnológica en el sector de la Defensa y Seguridad en España», *Cátedra Isdefe-UPM*, En: <http://catedraisdefe.etsit.upm.es/wp-content/uploads/2010/11/IV-Congreso-Internacional-Seguridad-Defensa-1.pdf> (último acceso: 15de abril de 2015).

<sup>62</sup> ORTEGA, V., «La innovación tecnológica en el sector...», cit. Ortega se refiere a esta progresiva confluencia de objetivos y utilidades de los equipos de defensa y equipos de uso civil. De esta manera señala que “*el sistema de innovación militar se ha vuelto más abierto, con las ventajas e inconvenientes que ello acarrea y que sigue siendo un tema de estudio actualmente desde el sector militar y también desde el sector civil*”.

- (iv) Reducida elasticidad-precio de la demanda militar.- Esta característica viene definida por el hecho de que las fuerzas armadas están más preocupadas por las especificaciones técnicas y por la eficiencia táctica de lo que adquieren antes que por su precio unitario<sup>63</sup>. Sumado a ello tenemos que la tendencia actual es constituir fuerzas armadas más reducidas pero dotadas de mayor movilidad y equipamiento.
- (v) Se trata de un mercado con tendencias monopolísticas y oligopolísticas.- Respecto de este punto, es preciso tomar en cuenta que: (i) la incidencia de los costos de I+D en los niveles de costos de producción de manera más acentuada que en otros sectores conlleva a que los fenómenos de concentración industrial sean más que frecuentes en este mercado; y, (ii) la oferta opera en régimen de casi-monopolio en algunas ramas industriales, con altas barreras de entrada y salida lo cual determina un nivel de competencia claramente menor que en la rama civil<sup>64</sup>.
- (vi) La influencia de los acuerdos internacionales sobre el control de armamento y sobre el desarme.- Otro aspecto a tomar en cuenta en relación con el comercio de armamento es que se trata de un mercado altamente regulado, incluso, a través de normas internacionales que restringen la producción, comercio y utilización de armas<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> GONZALES, A., «Aspectos Industriales y de financiación en los programas de carácter militar. La perspectiva industrial», *La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 27. Respecto al preponderante rol de los aspectos técnicos del objeto de contratación en el Sector Defensa en España, Gonzáles comenta que dicho sector es una de las locomotoras del sistema productivo, de la economía y del empleo, no sólo por el volumen económico que moviliza sino también por los importantes retos tecnológicos que plantea su desarrollo y la posibilidad de difundir estos avances hacia otros sectores.

<sup>64</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág. 17. Para Aguado, la mayor incidencia del I+D en el sector defensa y su impacto sobre los niveles de costes de producción de forma más acentuada que en otros sectores industriales genera un incentivo para evolucionar hacia estructuras monopolísticas u oligopolísticas. A su criterio, este ha sido un fenómeno que se ha dado en Europa desde mitad de los años ochenta.

<sup>65</sup> Rousseau da cuenta de la evolución histórica de las normas internacionales sobre el desarme y de las obligaciones asumidas por los distintos estados comprometidos con dicha causa. ROUSSEAU, CH., *Derecho internacional público*, 2 ed, Ariel, Barcelona, 1961, Pág. 463 y ss.

El Derecho Internacional se ha ocupado en las últimas décadas de restringir el mercado de armas a fin de limitar la carrera armamentística de muchos Estados. El sustento de ello radica en fomentar la pacificación mundial y reducir las diferencias entre los Estados poderosos y los de bajos recursos<sup>66</sup>.

Como es sabido, la producción de armamento ha evolucionado enormemente en cuanto a tecnología se refiere. La capacidad de destrucción de las armas alcanza límites nunca antes imaginados, siendo necesario limitar su producción, posesión y comercio.

Ello ha justificado que, en el seno de la comunidad internacional se suscriban convenios y/o tratados para fomentar el desarme. Ha hecho eco de este fenómeno, RODRÍGUEZ CARRIÓN cuando ha señalado que, *“pese a todas la penumbras, desde el último tercio del siglo XX estamos asistiendo a un espectáculo de tipo desconocido: empiezan a lograrse acuerdos por los que se limitan los tipos de armamentos, a la vez que se intentan disminuir arsenales existentes”*<sup>67</sup>. En otras palabras, los Estados libremente vienen limitando su nivel de armamento mediante la suscripción de este tipo de acuerdos.

Entre los principales acuerdos en materia de desarme pactados en el seno de la comunidad internacional tenemos: (i) Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, de 5 de agosto de 1963; (ii) Tratado sobre la prohibición general de ensayos nucleares; (iii) Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, de 1 de julio de 1968; (iv) Tratado Antártico de 1 de diciembre de 1959 que establece un régimen para la desmilitarización de la Antártida, proscribiendo la instalación de fortificaciones militares, ensayos y vertimientos radioactivos; (v) Tratado sobre la prohibición de

---

<sup>66</sup> Sobre el particular, a decir de RODRÍGUEZ, a mayor condescendencia con los usos descentralizados de la fuerza, mayor profundización en la desigualdad jurídica de sus sujetos, esto en la medida en que son precisamente los sujetos mejor colocados, los más fuertes, los que en mejores condiciones estarán de utilizar la fuerza permitida. RODRIGUEZ, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Technos, Madrid, 2002, Pág. 600.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Technos, Madrid, 2002, Pág. 616.

emplear armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, de febrero de 1971; (vi) Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre de 27 de enero de 1967; (vii) Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes de 18 de diciembre de 1979; (viii) Tratado para la proscripción de armas nucleares en América Latina (Tratado de Tlatelolco) de 14 de febrero de 1967 y enmendado el 26 de agosto de 1992; (ix) Tratado sobre la zona desnuclearizada del Pacífico Sur de 6 de agosto de 1985; (x) Tratado para la creación de una zona libre de armas nucleares en África; (xi) Tratado sobre desnuclearización del Sudeste Asiático del 5 de diciembre de 1995; (xii) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción; (xiii) Convenio sobre prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares y otros fines hostiles de 10 de diciembre de 1976; (xiv) Conferencia de las Naciones Unidas sobre prohibiciones o restricciones en el uso de ciertas armas convencionales, celebrada en Ginebra, en la cual se adoptaron Convenios y Protocolos para la limitación en el uso de armamento; (xv) Tratado sobre las fuerzas armadas convencionales en Europa del 19 de noviembre de 1990.

Del mismo modo, mediante instrumentos internacionales tales como el Protocolo de Ginebra de 1924, se ha regulado el uso de la fuerza por parte de los Estados, pasando desde la primigenia concepción de Santo Tomás respecto de la guerra justa hasta la regulación del uso legítimo de la fuerza bajo circunstancias excepcionales.

Todo ello, sin duda, restringe el mercado de bienes y servicios para la defensa, poniendo de manifiesto las especiales matizaciones de este mercado.

- (vii) Nuevas misiones militares, nuevas demandas de armamento.- El nuevo panorama mundial determinado por la aparición de nuevas potencias económicas y militares, la proliferación de armas de

destrucción masiva o el auge del terrorismo internacional, supone cambios en la demanda de material militar<sup>68</sup>.

- (viii) Halo de confidencialidad.- Debido a su carácter estratégico por sus especiales conexiones con la seguridad del Estado, las operaciones, actividades e incluso adquisiciones del sector defensa suelen venir definidas por un halo de confidencialidad y secretismo. Estas calificaciones relativizarían el principio de transparencia que rige la actuación de la AP como parte del Estado.

Del mismo modo suponen la compartición de códigos e información secreta y privilegiada respecto de equipamiento, operaciones, sistemas, etc.

Lo anterior ha llevado a que no pocos afirmen la existencia de un aislamiento del sector defensa de la dinámica “natural” de controles y acceso a la información que caracteriza a las “administraciones públicas convencionales”. Así, GARCÍA SERRANO y GARNICA SAINZ, afirman que *“en no pocas ocasiones hemos oído decir que el Ministerio de Defensa podría ser considerado un “micro estado” dentro del Estado. Se argumenta que las Fuerzas Armadas son las únicas que poseen una autonomía suficiente para desarrollar su función. Así, disponen de recursos legales, humanos, infraestructura, y materiales, que hacen que no requiera de elementos externos para llevar a cabo su misión constitucional”*<sup>69</sup>. Esta caracterización a la que se refieren los autores citados, situaría al sector defensa en una posición en la que se configuraría como un engranaje disfuncional dentro del aparato estatal, pues finalmente aparecería como un sector exento de control.

---

<sup>68</sup> ORTEGA, V., «La innovación tecnológica en el sector...», cit. Ortega, sobre el particular, sostiene que hoy en día nos enfrentamos a nuevas amenazas a la seguridad nacional y otra naturaleza del conflicto armado: nuevas guerras, nuevo terrorismo, etc. En ese escenario confluyen tareas propias de la seguridad doméstica o interior de los países con las de defensa militar e incluso asociadas a alianzas internacionales estratégicas.

<sup>69</sup> GARCÍA, J., «Problemática de la ejecución y el control del gasto público en el ámbito de los contratos de suministro de bienes para la defensa y el contrato de suministro con el Ministerio de Defensa», *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 320.

Lo anterior implica una obvia tensión entre principios constitucionales tales como el acceso a la información pública y la seguridad y defensa del Estado.

Sobre el particular, AGUADO ROMERO sostiene que en el ámbito de los bienes y servicios demandados específicamente por las fuerzas armadas, ya sea por condiciones del producto o bien por razones de seguridad, no resulta posible aplicar en todos los casos los principios de publicidad y concurrencia de oferentes<sup>70</sup>. En este contexto, con el fin de suplir los mecanismos de un mercado competitivo se han desarrollado procedimientos y análisis alternativos que permiten determinar la razonabilidad del precio como garantía de la aplicación eficiente de los recursos públicos, a los cuales dedicaremos un apartado específico más adelante.

En atención a estas especiales condiciones y características de los bienes y servicios del sector defensa, consideramos que la necesidad de un procedimiento previo, y básicamente de la licitación como regla para la determinación del contratista podría encontrar aquí una limitación. Tal limitación precisamente responde a los objetivos que persigue el Estado en este sector y la adecuada satisfacción de sus necesidades atendiendo a estas especiales particularidades.

No obstante, deberá tomarse en cuenta que la adquisición de bienes y servicios para la defensa finalmente se enmarca dentro del supuesto regulado por el artículo 76 de la CP. Por tanto, cualquier excepción a la licitación como regla, deberá ser regulada mediante norma de rango legal. Dicha normativa especial deberá determinar el mecanismo específico de selección y/o contratación.

Del mismo modo, la formulación de un mecanismo de determinación de la contraparte contractual del Estado podría conjugar criterios y aspectos de los procedimientos de selección que ya antes hemos repasado.

Así, por ejemplo, podríamos conjugar la modalidad de diálogo competitivo con la adjudicación directa, previo análisis de mercado,

---

<sup>70</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit., Pág. 3. En el mismo sentido se pronuncia COMADIRA. COMADIRA, J., «Algunos aspectos de Licitación Pública...», Pág.399.

gatillando un proceso de negociación que, en la medida que se soporte en un análisis de mercado bien hecho, conllevará a la suscripción de un contrato de un diseño particular y fructífero para ambas partes contratantes.

Consideramos que, por sus especiales características, la configuración de esta modalidad podría resultar idónea para ciertas adquisiciones del sector defensa, tomando en cuenta las especiales características del mercado y de los bienes.

No obstante, corresponde aterrizar nuestro análisis a fin de encontrar el sustento normativo y práctico de la modalidad de contratación que nos ocupa. Ello nos conducirá en los próximos apartados a revisar la legislación comparada sobre la materia, así como la legislación nacional sectorial aplicable a fin de determinar: (i) en qué consiste esta modalidad de contratación; y, (ii) cómo debería optimizarse su regulación y formulación.



## CAPÍTULO IV

### LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN GTG PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL PARA LA DEFENSA EN EL MERCADO EXTRANJERO

Tal como se ha precisado en el primer apartado de este trabajo, el Estado para la satisfacción de sus intereses recurre a múltiples fórmulas contractuales. Todas ellas, en la medida que involucran a una entidad de la AP, suponen necesariamente la sumisión al principio de legalidad y consecuentemente a un procedimiento previo para la determinación del contratista, ya sea sobre la base de la licitación pública o de otro procedimiento previo que coadyuve a la concreción de la mejor contratación posible para el Estado.

Esta diversidad de formulaciones contractuales ha sido ya advertida por CASSAGNE quien sostiene que la dinámica contractual de la AP, mirando el plano de la realidad, viene superando a los postulados doctrinales en busca de la satisfacción de los intereses supremos del Estado. Ello ha conducido en la práctica a la formulación de categorías contractuales diversas, incluyendo las contrataciones entre Estados y aquellas que implican la aplicación del derecho internacional y el derecho privado<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> CASSAGNE, J. *El Contrato Administrativo...*, cit., Pág. 14. “Ello no quita que la categoría principal en el campo de la contratación pública regida por el derecho interno, siga siendo la figura del contrato administrativo, sin dejar de reconocer otras especies contractuales en las que se aplica preponderantemente el derecho internacional y, en menor medida, el derecho administrativo (con posibilidad de aplicación analógica del derecho privado). Esto acontecen con los contratos excluidos

En nuestra opinión una de las modalidades de contratación pública hoy en día utilizada por los Estados para la satisfacción un específico tipo de necesidades es la Contratación GTG. Esta modalidad es utilizada para la adquisición de bienes y servicios para la defensa y se enmarca dentro de las contrataciones que los Estados efectúan en el extranjero, pues precisamente acuden a otro Estado para que, con su aportación y/o aval, se consiga la satisfacción de la necesidad del sector defensa y/o la repotenciación de su sector industrial.

El recurso a esta especial modalidad contractual responde no sólo a la necesidad de flexibilización de la contratación, sino sobre todo a las particularidades del mercado de la defensa a las que nos hemos referido en el apartado anterior.

Ahora bien, nótese que en este caso igualmente nos encontramos ante una adquisición de bienes y servicios en la cual el Estado utiliza fondos públicos para viabilizar dicha adquisición. No obstante, serán las especiales características de los bienes y servicios demandados las que justifiquen esta especial modalidad de determinación del contratista y posterior contratación entre dos Estados.

Para profundizar en el análisis de esta figura miraremos la legislación española y consecuentemente la legislación europea sobre la materia. Ello nos dará algunas luces sobre cómo se concibe esta relación contractual y nos facilitará su comprensión como una figura igualmente dinámica que depende de la coyuntura y contexto de cada país.

---

*del régimen general aplicable a la contratación administrativa, como son los Contratos celebrados con Estados Extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con institucionales multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos así como los comprendidos en operaciones de crédito público”.*

#### 4.1. El mercado europeo

La Comunidad Europea es hoy el mejor ejemplo de conformación de un Derecho Administrativo transnacional<sup>72</sup>.

Precisamente, ha sido la contratación pública uno de los sectores en los que el Derecho Comunitario ha alcanzado mayor desarrollo y por ende es en ese sector donde se está logrando con mayor intensidad la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros<sup>73</sup>, tanto a nivel de normas sustantivas como procedimentales.

Pese a este progreso a nivel del derecho positivo, en la práctica, los mercados de la Unión Europea siguen siendo más nacionales que europeos<sup>74</sup>. Ello debido a la aplicación de prácticas proteccionistas por

---

<sup>72</sup> Tal como precisamos en el apartado referido a las características del sector defensa, hoy es una realidad la existencia de diversos fenómenos de integración a través de alianzas estratégicas en materia de defensa.

En esa línea, consideramos, al igual que SALOMONI (SALOMONI, J., «Contratos Administrativos y Mercosur», *Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral- Facultad de Derecho*, 2 ed, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 461-490), que existen elementos comunes en el basamento jurídico de los países de Sudamérica que podrían coadyuvar a la conformación de un derecho administrativo comunitario.

En efecto, si bien todo proceso de integración constituye esencialmente un proceso cultural, lo cierto es que la existencia de base jurídica similar entre sus posibles miembros coadyuva a la consolidación de un entendimiento para el fortalecimiento de un proceso de integración. En este caso, los países sudamericanos, a diferencia de lo que ocurría en Europa, tienen una semejante construcción dogmática de los denominados contratos administrativos y/o contratos públicos. Es este punto de contacto el que serviría de punto de partida para el afianzamiento de las relaciones comunitarias, al menos en el terreno de la contratación y partiendo de allí, por qué no, podría extenderse a la consolidación de una comunidad o alianza que permita el surgimiento de un mercado común de defensa.

Un posible escenario de integración podría darse a través de la UNASUR (Sobre de la posibilidad de una alianza estratégica en materia de defensa a través de la UNASUR, véase: SUÁREZ, A. *La Industria de la Defensa y Seguridad en América Latina*. España: IDS, 2012) o el Mercosur (SALOMONI, J., «Contratos Administrativos...», cit., Pág. 461-490.).

<sup>73</sup> UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA., «Módulo II: Las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública», *Lección 5: Aspectos generales de la contratación pública en la Unión Europea. Importancia económica y social*, España, 2015, Pág. 2.

<sup>74</sup> UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA., «Módulo II:...», cit., Pág. 3.

parte de los Estados miembros en favor de sus economías internas y el favorecimiento de ciertos sectores productivos en declive<sup>75</sup>.

Sin perjuicio de ello, ha sido mediante la emisión de directivas comunitarias<sup>76</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Europeo que se ha venido alcanzando esta progresiva consolidación normativa de la contratación pública europea.

La doctrina europea<sup>77</sup> agrupa en generaciones las directivas sobre contratación pública<sup>78</sup>:

1. Primera generación: Se trata de directivas que datan de la década del 70 y pretendían coordinar los procedimientos nacionales de formalización de contratos públicos introduciendo un mínimo de normas comunes. No obstante, debido al escenario de crisis del petróleo, los gobiernos tendieron a proteger a sus empresas nacionales generando un lento progreso de unificación. Nos referimos, entre otras, a las directivas 71/305/ CEE y 77/62/CEG.
2. La segunda generación de directivas tiene su periodo de incubación y publicación entre los años 1995 y 2004. Su impulso se debió a la aprobación del Libro Blanco de La Comisión para la Consecución del Mercado Interior y la entrada en vigencia del Acta Única en 1987.

---

<sup>75</sup> UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA., «Módulo II:...», cit., Pág. 7.

<sup>76</sup> Las Directivas son normas que aprueban las instituciones comunitarias (Consejo, Comisión y Parlamento) y que después los estados miembros incorporan en su derecho interno aprobando una ley o reglamento nacional. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA., «Módulo II:...», cit., Pág. 7.

<sup>77</sup> Para una explicación detallada sobre la evolución normativa de las directivas en materia de defensa en el seno de la Unión Europea, véanse los trabajos de LAZO VITORIA citados en la bibliografía del presente trabajo. La autora nos ofrece un detallado y pormenorizado análisis de la normativa europea sobre contratación de sector defensa haciendo un repaso incluso de la jurisprudencia europea sobre el tema y su progresiva asunción en la normativa comunitaria.

<sup>78</sup> UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA., «Módulo II: Las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública», *Lección 7: Desarrollo y evaluación de la normativa de la Unión Europea sobre contratos públicos*, España, 2015.

Supuso la actualización de la Directivas de Suministros y Obras, la Directiva 90/531 sobre Sectores Excluidos (agua, energía, transporte y telecomunicaciones), Directiva 92/50 sobre Contratos Públicos de Servicios; Directivas 93/36, 93/97, 43/30 sobre Suministros, Obras y Sectores Especiales, etc.

3. Tercera generación: Comprende las Directivas 2004/17/CE y 18/CE. Estas Directivas prestan especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación y promueven aún más el respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.
4. Finalmente, tenemos que, en el año 2014 se publica la Directiva 2014/24/UE mediante la cual se pretende la simplificación de los procedimientos y su flexibilización a través de menores cargas administrativas y un mayor uso del procedimiento negociado. Del mismo modo, se hace hincapié en el uso de medios electrónicos de selección, la participación de las PYMEs y recoge unas novedosas previsiones sobre la fase de ejecución y resolución de contratos (condiciones de ejecución, subcontratación, modificaciones de contratos durante su vigencia, rescisión de contratos, etc.). Dicha Directiva aplicaría igualmente para ciertos contratos de defensa, excepto aquellos a los que resulte aplicable al Directiva 2009/81 o aquellos contratos de defensa excluidos expresamente de la Directiva 2009/81. Del mismo modo, no aplicará para aquellos contratos de defensa y seguridad en los que: (i) de aplicarse la Directiva no se aseguren los intereses esenciales de seguridad del Estado miembro a través de medidas que supongan una menor injerencia; (ii) se divulgue información contraria a los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros; y, (iii) dichos contratos se declaren secretos o tengan que ir acompañados de medidas especiales de seguridad y tales intereses no puedan garantizarse con mediante medidas de menor injerencia.

Así, inicialmente podemos concluir que los contratos públicos de defensa se encuentran sometidos a las normas comunitarias generales de contratación. No obstante, mediante la Directiva 2009/81 sobre contrataciones del Sector Defensa, se configuró un sector excluido de la Contratación Pública regida por las directivas antes referidas. Este sector excluido de la defensa, como veremos, tiene su propio devenir.

En aplicación del artículo 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (hoy artículo 346), los Estados miembros suelen eludir la aplicación de la normativa comunitaria (incluida la de defensa), aludiendo la existencia de *medidas para la protección de los intereses esenciales de su seguridad*.

Como señala MEIRIÑO, refiriéndose a la aplicación del citado artículo 296 (hoy 346) y la consecuente inexistencia de un mercado europeo de bienes y servicios para la defensa, este “*es el resultado del fuerte proteccionismo de las industrias de defensa nacionales frente a la posible competencia con otras industrias de otros países incluso de la propia Unión Europea (...)*”. Tal situación en palabras del citado autor “*se ha traducido en la práctica en la ausencia de la libre competencia en el mercado de la defensa*”<sup>79</sup>.

Todos los esfuerzos de la Comunidad Europea a fin de unificar la regulación en materia de contratación de defensa confluyen en la emisión de la Directiva 2009/81, sobre contrataciones del Sector Defensa.

Ahora bien, entre las exclusiones expresas de su ámbito de aplicación tenemos, a decir del artículo 13 de la Directiva 2009/81, a los Contratos GTG. Éstas, aplican para aquellas entregas o suministros por el gobierno de un Estado miembro, de armas, municiones y/o material de guerra al gobierno del otro Estado miembro. Concretamente, aquellos que se refieran a suministro de equipo militar o equipo sensible; a los trabajos y servicios ligados directamente a tal equipo, los trabajos y servicios con fines específicamente militares y los trabajos y servicios sensibles. Debido a la especificidad del sector defensa y la seguridad, las compras de equipos así como de obras y servicios, de un gobierno a gobierno, deben excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva.

En el marco de toda esta evolución normativa, cabe hacer un comentario especial sobre el destacado rol de la Agencia Europea de Defensa (AED), cuyas competencias fueron fortalecidas mediante el Tratado de Lisboa.

---

<sup>79</sup> MEIRIÑO, A., «La industria española de defensa en el nuevo marco de la unión europea», *La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 73-102.

A la AED le corresponde determinar las necesidades operativas, contribuir y aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector defensa, así como participar en la definición de una política europea de capacidad y armamento y mejorar la eficacia de los gastos militares, fomentar la armonización de las necesidades operativas y la adopción de métodos de adquisición eficaces y compatibles.

Desde que fue creada en el año 2004, la AED ha tenido como misión fundamental la de apoyar a los Estados miembros en sus esfuerzos por mejorar las capacidades de defensa en el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa. Sus objetivos funcionales se centran en: (i) el fomento de un mercado europeo de defensa más transparente y más competitivo y (ii) la promoción de una base industrial y tecnológica de la defensa sólida.

#### **4.2. El caso español**

A diferencia del caso peruano, España ha dedicado una norma específica al desarrollo y regulación del mecanismo de Contratación GTG: el Real Decreto 33/2014 de 24 de enero de 2014 por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012 de 26 de diciembre sobre medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Se trata en realidad de una plasmación de la doble exclusión de la normativa general sobre contratación de bienes y servicios. Nos explicamos. La normativa europea pretende la unificación de la legislación en materia de contratación pública. No obstante, una de las exclusiones de esta normativa comunitaria es la referida a la contratación de materiales para la defensa. Adicionalmente, a esta normativa escapa la contratación GTG. En efecto, la Directiva 2009/81/EC no resultaría aplicable a las contrataciones GTG, quedando a discreción de los países miembros su desarrollo legal.

Mediante la Ley 12/2012 de 26 de diciembre, se regula, entre otros aspectos, el apoyo a la exportación de material de defensa. El mecanismo que recoge es el de la contratación GTG, esbozando los lineamientos básicos de este novedoso mecanismo contractual.

La contratación GTG se estructura sobre la base de dos relaciones jurídicas:

- (i) Una relación horizontal.- que se verifica entre los dos Estados contratantes en virtud de la cual un gobierno extranjero solicita al gobierno español que realice actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarios para la entrega al mismo de un determinado material de defensa.

La negociación de estos contratos ha sido encomendada a la Secretaría de Estado de Defensa.

Entre los aspectos más relevantes del contenido contractual que podría ser incluido en el contrato respectivo, tenemos: (i) medidas de control y seguimiento del contrato GTG; (ii) reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa; (iii) propiedad intelectual; (iv) el Ministerio de Defensa se reservará la facultad de resolución total o parcial del contrato GTG por razones de interés público; (v) penalidades e indemnizaciones, etc.

Adicionalmente, se prevé la necesidad de implementar cuentas de situación de fondos destinados a financiar la adquisición de material de defensa. De esta manera, se pretende que los flujos que operan en esta relación no se vinculen a la Hacienda Pública española, sino a una cuenta de situación de fondos constituida por el gobierno extranjero para responder por las obligaciones que el mismo haya asumido. Así se garantiza que el abono de los intereses de demora, indemnizaciones y cualquier otro desembolso que deba realizarse al contratista como consecuencia de la ejecución del contrato estará a cargo del gobierno extranjero.

- (ii) Una relación vertical.- En virtud de la cual el gobierno español, sobre la base de la relación a la que nos referimos en el punto anterior y en aplicación de su normativa interna de contrataciones, selecciona a un contratista para el suministro de bienes y/o servicios al Estado extranjero.

De esta manera, los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con empresas españolas del sector defensa como

consecuencia de un contrato entre gobiernos, serán en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del gobierno extranjero. Así, la transferencia de propiedad se realizará directamente desde el contratista al gobierno extranjero.

Del mismo modo, el Ministerio de Defensa se reservará las facultades de resolver los contratos con las empresas domiciliadas en España por razones de interés público.

En pocas palabras, se trata de una figura asimilable a una contratación en favor de tercero.

Debemos advertir no obstante que este modelo de contratación GTG planteado en España se condice con su contexto industrial en el cual se verifica la consolidación de ciertas empresas dedicadas al rubro de la defensa y seguridad<sup>80</sup> pese a la progresiva reducción del presupuesto de defensa a nivel mundial.

---

<sup>80</sup> CCOO DE INDUSTRIA., *Informe sobre situación y perspectiva en Sector Defensa y Seguridad*. Madrid: MCA-UGT, 2015, Pág 6 y ss. En este informe se precisa que este mecanismo de Contratación GTG se circunscribe a la venta de equipamiento de defensa y seguridad. En otras palabras, se enfatiza el rol de las empresas españolas como proveedoras de bienes y servicios para la seguridad y defensa.



## **CAPÍTULO V**

### **MODALIDAD DE CONTRATACIÓN GTG PARA LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL PARA LA DEFENSA EN EL PERÚ**

Preliminarmente debemos precisar que la normativa sobre el tipo de contratación que nos ocupa ha sufrido una significativa evolución. Se pasó de un modelo en el que tal contratación se consideraba como un tipo de adquisición en el mercado extranjero y por tanto sin individualidad propia, a un modelo en el que tal individualidad se resalta y por tanto se considera como un supuesto específico de exclusión del ámbito de aplicación de la LCE. Nos explicamos.

La normativa ha ido dando existencia propia a esta modalidad de contratación. Así, inicialmente, era una forma de contratación en el mercado extranjero que podía efectuar el MINDEF. En ese escenario, resultaba más que pertinente justificar la exclusión del ámbito de aplicación de la LCE partiendo del presupuesto de que la contratación suponía una prestación cuyo mayor valor se ejecutaría fuera del territorio nacional.

Con la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley No. 30225, la Contratación GTG tendrá entidad propia como una exclusión expresa del ámbito de aplicación de la normativa general sobre contratación de bienes y servicios, sustentada ya no precisamente en las características de la prestación o localización del lugar de

cumplimiento de las prestaciones, sino más bien en la condición de los sujetos intervinientes.

Sobre el detalle de esta evolución normativa, nos ocuparemos en este apartado.

### **5.1. Antecedentes normativos de los Contratos GTG**

La CP y la LCE no regularon expresamente el mecanismo de contratación de bienes y servicios para la defensa a través de Contratos GTG. Pese a dicha omisión, la regulación sectorial catalogó a dichas contrataciones como supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LCE.

Mediante Resolución Ministerial No. 193-2011-DE/SG de fecha 04 de marzo de 2011, se aprobó la Directiva No. 002-2011-MINDEF/SG/VRD (“D002”), sobre contrataciones de bienes y servicios del sector defensa en el mercado extranjero y sus diferentes modalidades. Las contrataciones bajo el ámbito de aplicación de esta norma acabarían sometidas en parte a las disposiciones de los tratados o acuerdos internacionales, usos y costumbres del comercio internacional debido a que configurarían una causal de inaplicación de la LCE por tratarse de compras en el extranjero cuyo mayor valor se ejecutaría fuera del territorio nacional. Precisamente, esta directiva recogía como uno de sus procedimientos especiales de contratación en el extranjero la Contratación GTG.

De acuerdo con el numeral 5, literal j de la D002, las contrataciones mayores o iguales a 2500 UIT<sup>81</sup> serían efectuadas por el MINDEF el cual evaluaría de acuerdo a la complejidad y/o envergadura de la contratación la viabilidad de su ejecución por Contratos GTG. Esta contratación se efectuaría sin mediar un previo procedimiento de selección, bastando con la conformación de un comité de negociación, pues se trataba de una negociación bilateral entre gobiernos.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial No. 767-2011-DE/SG del 27 de julio de 2011, se aprueba el Manual No. 001-2011-MINDEF/SG/VRD, mediante el cual se establece el sistema de fuentes

---

<sup>81</sup> Unidad Impositiva Tributaria (S/. 3 850.00 Nuevos Soles).

aplicables a las contrataciones en el extranjero y se especifican los procedimientos delineados por la D002<sup>82</sup>.

A mediados del año 2012 (19 de julio de 2012), el OSCE emite un pronunciamiento revelador acerca de las Contrataciones GTG (Opinión 078-2012-DTN). A solicitud del MINDEF, dicho organismo se pronunció respecto de la aplicación de la LCE a los Contratos GTG y precisó que estas contrataciones se encontraban fuera del ámbito de aplicación de dicha norma.

El OSCE interpretó que los contratos sometidos a la LCE eran aquellos que se subsumían en la categoría típica de los contratos administrativos, esto es, aquellos en los cuales existe un régimen administrativo aplicable no sólo a la etapa de selección, sino también a la etapa de relación contractual, la cual es entablada con un privado como colaborador del Estado, manifestándose a través de las especiales prerrogativas de las que goza la entidad, que derivan del ejercicio de la función administrativa y la persecución del interés público subyacente al contrato.

No obstante, respecto de los Contratos de GTG, el OSCE precisa que dicha categoría, por la especialidad de los sujetos intervinientes, esto es, Estados, no se encuentran sometidos a la LCE. Así, concluye que su naturaleza y características son distintas a las del contrato administrativo pese a que su objetivo también pueda ser la consecución de una finalidad de interés público nacional. En otras palabras, estas contrataciones, por su propia naturaleza y la calidad de las partes contratantes, se encuentran fuera del régimen general de contratación estatal establecido por la LCE. De esta manera, el OSCE reconoce un claro supuesto de exclusión de la LCE, exclusión que, hasta ese entonces, no se encontraba expresamente tipificada en la referida Ley.

---

<sup>82</sup> El Manual reitera que las compras en el mercado extranjero que ameriten la suscripción de contratos internacionales en sus diversas formas, no se rigen por la LCE. Por el contrario, las reglas están dadas por los tratados o acuerdos en los que el Perú es parte y, en defecto de éstos, por las normas emitidas por el MINDEF, las prácticas y costumbres del derecho internacional. Como se ve, instaura un sistema de fuentes aplicable a estos mecanismos contractuales.

Llama aún más la atención que la memoria descriptiva sobre la base de la cual el MINDEF formuló esta consulta al OSCE precisaba que la legalidad de esta modalidad de contratación recaía tanto en la existencia de documentos previos (convenios técnicos con el Estado contraparte) como en la necesidad de que la empresa proveedora ostente participación del Estado extranjero, aun cuando su capital no sea representado en forma mayoritaria por el aporte de dicho Estado.

En otras palabras, el MINDEF, por medio de una interpretación suya, incluiría un aspecto adicional a considerar en esta modalidad contractual, aspecto que, como veremos, aún no ha sido expresamente incluido en la normativa vigente y respecto del cual el OSCE tampoco llegó a pronunciarse en su opinión. Ahora bien, pese a lo cuestionable de esta opinión respecto a la delimitación jurídica del alcance de los contratos administrativos sujetos a la LCE, lo cierto es que sí es un primer paso hacia la claridad y delimitación de la figura del Contrato GTG.

Meses después, mediante el Decreto Legislativo 1128 (“DL 1128”) de fecha 6 de diciembre de 2012, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (la “Agencia”) como organismo público ejecutor adscrito al MINDEF, encargado de planificar, organizar y ejecutar las compras del sector, así como los procesos de contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías en el mercado nacional y en el extranjero<sup>83</sup>.

De acuerdo con el DL 1128, las contrataciones GTG serán consideradas como compras estratégicas y se regularían por la normatividad interna de la Agencia y en su defecto, por los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) y las prácticas del comercio internacional. De este modo, el DL 1128 introduce un sistema de fuentes distinto al del Manual, que priorizaba la normativa internacional. No obstante, no hace suya la nueva calificación e individualización establecida por el OSCE sobre los Contratos GTG, los cuales sigue considerando como una forma de contratación en el extranjero.

---

<sup>83</sup> Cabe precisar que la vigencia de esta norma estaba supedita a la vigencia de su reglamentación.

Esta norma reconoce por primera vez a nivel legislativo la existencia de las Contrataciones de GTG y nos ofrece en su Disposición Complementaria Final Primera una definición: “*Entiéndase como contratación de Gobierno a Gobierno, para efectos del presente Decreto Legislativo, a la contratación en la cual de una parte interviene un Órgano u Organismo de la Administración Pública del Estado peruano y de la otra parte interviene otro Estado o una Entidad del mismo*”.

La definición anterior establece quienes pueden ser partes en los Contratos GTG y en este sentido, restringe su ámbito de aplicación a las APs y sus entidades adscritas. Por lo tanto, las normas excluyen la posibilidad de que un tercero (privado) pueda suscribir el respectivo contrato.

Ahora bien, un comentario especial merece el artículo 10 del DL 1128, el cual delimita la aplicación de la exclusión de la LCE para contrataciones en el extranjero. Dicho artículo dispone que, para efectos de su aplicación, los requisitos del 3.3 de la LCE (que versa sobre las exclusiones del ámbito de aplicación de la LCE) se verifican cuando:

- (i) se contrata con un proveedor no domiciliado; y,
- (ii) siempre que no exista en el territorio un proveedor con capacidad de: (a) fabricar los bienes requeridos; o (b) prestar los servicios requeridos; o (c) realizar dentro del territorio nacional los servicios requeridos.

En efecto, de acuerdo con el numeral 3.3, literal o) del artículo 3 de la LCE, se encuentran fuera de su ámbito de aplicación, las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero. De acuerdo con el OSCE (Opinión 039-2013-DTN) será necesario verificar además el cumplimiento de las siguientes condiciones: i) que la prestación de bienes o servicios, requerida por la entidad, deba ser ejecutada mayoritariamente (más del 50%) en territorio extranjero<sup>84</sup>; ii) que el proveedor que ejecutará dicha prestación no se

---

<sup>84</sup> Esta condición tendría lugar dada la existencia del principio general de aplicación territorial de la legislación, del cual se extrae que las normas de un sistema jurídico se aplican a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas o celebradas dentro del territorio nacional. En esa medida, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, que son parte del sistema jurídico nacional, no podrían

encuentre domiciliado en el país<sup>85</sup>; y iii) que no exista proveedor en el mercado nacional en capacidad de prestar el bien o servicio requerido por la entidad para satisfacer su necesidad<sup>86</sup>.

En otras palabras, para el caso de la defensa y seguridad nacional, los criterios de contratación internacional resultan menos exigibles, bastando que no se encuentre un proveedor domiciliado para la prestación del servicio o provisión del bien requerido y que los bienes o fabricación de los mismos o la prestación del servicio no se verifiquen en el territorio nacional.

Respecto del ámbito de aplicación de esta norma en contraposición a la LCE, el OSCE, mediante Opinión No.039-2013-DTN, interpreta el alcance del numeral 3.3, literal o) del artículo 3 de la LCE.

Sobre el particular, el OSCE interpreta que el literal o) del numeral 3.3 del artículo 3 de la LCE no es modificado por lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del DL 1128, toda vez que esta última disposición constituye una condición propia de un mecanismo excepcional de contratación creado por norma con rango de ley, la cual se circunscribe al ámbito que ésta misma establece, mientras que la

---

aplicarse a situaciones o relaciones jurídicas acaecidas en territorio extranjero, como sucede cuando la totalidad o parte de las prestaciones de un contrato se ejecutan fuera del país.

<sup>85</sup> Esta condición habría sido establecida dado que el artículo 63 de la CP establece que: *“En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.”*

Cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 33 del Código Civil, *“El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.”* Asimismo, en cuanto a las sociedades, el artículo 20 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece que *“El domicilio de la sociedad es el lugar, señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración”*, precisando que *“En caso de discordancia entre el domicilio de la sociedad que aparece en el Registro y el que efectivamente ha fijado, se puede considerar cualquiera de ellos.”*

<sup>86</sup> Para tal efecto, la Entidad debe realizar un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, producto del cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional. Establecer esta última condición responde, principalmente, a tres razones: (i) la naturaleza excepcional de una causal de inaplicación de la Ley; (ii) las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas; y (iii) las políticas de fomento e incentivo en el ámbito del sistema de contratación estatal.

primera, forma parte del régimen general de contrataciones del Estado que deben observar de manera general y obligatoria las entidades del sector público en los diversos procesos de contrataciones que éstas requieran<sup>87</sup>.

Cabe precisar que mediante la referida Opinión No.039-2013-DTN, el OSCE reconoce que el régimen excepcional del DL 1128 se enmarca dentro de la regulación constitucional prevista en el artículo 76 de la CP pues mediante norma de rango legal se regulan supuestos de contratación al margen de la regulación general prevista en la LCE. En otras palabras, como mencionamos al inicio, el OSCE reconoce que en paralelo a la LCE existen sistemas de contratación que aplican a determinados supuestos por sus especiales características.

Posteriormente, mediante la Ley de Presupuesto del año 2013, Ley 29951, publicada el 4 de diciembre de 2012, se recogieron las reglas generales aplicables a la Contratación GTG (Disposición Transitoria 30, la “Disposición No. 30”), las mismas que resultarían aplicables a partir de la vigencia de dicha ley. Conforme a dicha norma, es posible diferenciar dos momentos en el desarrollo de este mecanismo contractual: (i) dar forma a la voluntad y la decisión del Estado peruano para contratar; fase regulada por el Derecho Administrativo; y, (ii) la relación contractual, sometida a las normas internacionales.

Del mismo modo, esta norma exige un procedimiento especial para la aplicación de la Contratación GTG. En principio, cada entidad del gobierno deberá determinar cuál es su petición específica de los bienes o servicios. En esta fase, la solicitud de la entidad se regiría por las resoluciones emitidas por el MINDEF.

Adicionalmente, la Disposición No. 30 delimitó algunas reglas que debían de ser cumplidas por el Estado peruano: (i) estudio de mercado; (ii) informes técnicos para justificar la ventaja comparativa de optar por un Contrato GTG. Este informe debía ser emitido por la entidad como un soporte para justificar el mecanismo especial para la contratación, teniendo en cuenta la necesidad de no aplicar la LCE; (iii) informe

---

<sup>87</sup> De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece lo siguiente: “*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.*”

emitido por la Oficina de Presupuesto del Ministerio de Economía, el cual deberá verificar la existencia de fondos suficientes o la necesidad de entrar en una operación de deuda. En este último caso, la operación debe ser incluida en el Programa Anual de Deuda del año en que se ejecute el contrato; (iv) viabilidad de acuerdo con el Sistema Nacional de Inversión Pública ("SNIP"), de ser necesario. Tómesese en cuenta que la regulación del SNIP aplica a Proyectos de Inversión Pública ejecutados por entidades públicas no financieras, definición que incluye a los Ministerios de Gobierno como el MINDEF.

Después de haber cumplido con los pasos anteriores, la ejecución del Contrato GTG es aprobada por Decreto Supremo y su objeto se declara de interés nacional.

Estas reglas sintetizan buena parte de las disposiciones ya contenidas en normas de menor jerarquía, como son las Directivas y Resoluciones Ministeriales del MINDEF. No obstante, debe notarse que esta disposición constituye un importante punto de quiebre pues se reconoce expresamente a nivel legislativo -y mediante una norma de que entró en vigencia inmediatamente (como no el DL 1128)<sup>88</sup>- que las Contrataciones GTG se constituyen como una causal de inaplicación de la LCE. Ahora bien, pareciera dar entidad propia a esta exclusión y no como hasta entonces se venía haciendo, la reconduce mediante la aplicación del artículo 3.3. de la LCE. Ello revela que existen presupuestos claros para determinar dicha individualización, aspectos que, como ya hemos visto, fueron advertidos por el OSCE en su Opinión 078-2013-DTN y que justificarían que la Nueva Ley de Contrataciones del Estado haya consagrado como una causal expresa de inaplicación este tipo de contrataciones.

Posteriormente, el 7 de setiembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el reglamento del DL 1128, Decreto Supremo No. 005-2013-DE (el "Reglamento").

Respecto de los Contratos de GTG, el Reglamento nos ofrece una definición más compleja. Así, determina que las Contrataciones GTG

---

<sup>88</sup> Esta Ley del Presupuesto, por tanto, resultó aplicable antes de la entrada en vigencia del DL 1128 y su reglamentación.

constituyen una modalidad de contratación en el mercado extranjero en la cual de una parte interviene un órgano u organismo de la AP del Estado peruano y de la otra parte interviene otro Estado o una entidad del mismo. Ahora bien, la diferencia respecto de la definición contenida en el DL 1128 radica en que el reglamento admite los supuestos de composición múltiple de partes o de sujetos integrantes de alguna de ellas, en los que esté incorporado un gobierno o entidad acreditada por el mismo. En otras palabras, el Reglamento parecería exceder lo establecido en el DL 1128 que sólo permite la participación de entidades estatales.

Asimismo precisa, como lo hacían el Manual y la D002, que a las Contrataciones GTG no resulta aplicable la fase de selección de modo que la fase de actos preparatorios concluye con el estudio de posibilidad que ofrece el mercado que determina la conveniencia de ejecutar este tipo de contratación, prosiguiendo la fase de ejecución contractual con la negociación del contrato.

El Reglamento admite además que esta modalidad de contratación puede ser desarrollada por la Agencia mediante encargo, tal como lo precisa en su artículo 55. Así, en ciertos casos la Agencia podría ejecutar estos contratos para el Ministerio del Interior, por ejemplo. En estos casos, los procedimientos se rigen por la normatividad interna de la Agencia o en su defecto por los acuerdos de la OMC y prácticas del comercio internacional.

Por su parte, a diferencia de la LCE, la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley No. 30225, sí recoge expresamente como un supuesto de inaplicación de la misma las Contrataciones GTG (artículo 5, literal e). Es más, deja en manos del OSCE la supervisión de la exclusión bajo este mecanismo de contratación (artículo 5, literal e). Consideramos esta precisión normativa como un gran avance en el esclarecimiento legislativo de la naturaleza de este mecanismo contractual para la adquisición de bienes y servicios para la defensa. No obstante, corresponderá al reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado puntualizar el alcance aplicativo del poder de supervisión del OSCE sobre este mecanismo contractual y finalmente a las normas sectoriales de defensa plasmar dicha individualización y circunscribir su uso a determinados supuestos sin perjudicar a los proveedores nacionales en caso existiesen.

Finalmente, tenemos la Resolución 469-2011-DE/SG que aprueba la Directiva No. 010-2011-MINDEF/SG/VRD que norma las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios para la defensa nacional en el mercado extranjero bajo la modalidad de compensaciones industriales y sociales offset. El objetivo de esta directiva es “legitimar las compras de defensa” a través del incentivo de inversiones en industria y tecnología<sup>89</sup> y resulta de aplicación complementaria a las normas y procedimientos antes descritos.

Estas compensaciones en principio, no suponen una adquisición adicional por parte del Estado sujeta a una contraprestación por parte de éste. Se trata más bien de prestaciones complementarias a la prestación objeto del suministro de bienes y servicios para la defensa.

Para MARDONES, las compensaciones *offset* son un “*sistema asociado a compras de gran volumen en el exterior, especialmente sistemas de armas, que busca compensar al país que hace la compra con beneficios tales como inversión extranjera, compra de bienes y transferencia tecnológica*”. Así, señala, “*el offset contribuye a validar el gasto en Defensa ante los detractores de las adquisiciones militares y la opinión pública, presentándolo como una inversión rentable para el país*”<sup>90</sup>.

Entonces, mediante este mecanismo, la empresa proveedora se obliga a llevar a cabo proyectos que compensan directa o indirectamente el flujo de dinero invertido en el contrato de defensa respectivo, complementando la política de desarrollo tecnológico y productivo del adquirente, promoviendo el desarrollo socio-económico del país receptor.

---

<sup>89</sup> FONSECA, C., «Impacto de las compensaciones industriales sobre las capacidades de las Fuerzas Armadas de Chile», *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, No. 7, 2007, Pág.131-145; CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), *Lineamientos Generales para la implementación de acuerdos de cooperación industrial y social offsets relacionados con la adquisiciones en materia de defensa en Colombia*, Ministerio de Defensa de Colombia, Bogotá, 2008, 38 pp.; GARCÍA, M., «De las compensaciones a los programas de cooperación industrial internacional en el ámbito de defensa en España», *La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 13-26.

<sup>90</sup> MARDONES, I., «Los offset compensaciones industriales en proyectos de defensa», *Revista Marina*, No. 3, 2002, Pág. 1.

Las Contrataciones GTG también se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta directiva. Por tanto, la empresa proveedora extranjera que resulte garantizada o avalada por el Estado contraparte del Estado peruano se deberá comprometer a cumplir con las obligaciones *offset* correspondientes. En este caso, el MINDEF trabajará en paralelo con el comité de negociación respectivo en la formulación del convenio *offset*, el cual deberá suscribirse antes del contrato de suministro de bienes o servicios y entrará en vigencia junto con éste.

De esta manera, a la fecha, las normas del sector defensa que resultarán directamente aplicables a los Contratos GTG son el DL 1128, su reglamento y la Directiva sobre compensaciones *offset*. No obstante, el repaso de los antecedentes normativos nos ha dado luces sobre el devenir y maduración de la figura contractual que nos ocupa.

## **5.2. Análisis de la legislación vigente**

Como punto de partida para delimitar el alcance de las figuras involucradas en las Contrataciones GTG es pertinente distinguir las distintas relaciones que se establecen entre los agentes involucrados.

En primer lugar, debemos insistir en que este mecanismo de contratación implica un procedimiento interno de determinación de la contraparte del Estado peruano. Dicho procedimiento se rige principalmente por las normas y sistema normativo peruano ya descrito en los apartados anteriores, tal como precisó en su oportunidad la Ley del Presupuesto del año 2013 y lo hace ahora el DL 1128 y su Reglamento.

Como resultado de referido procedimiento, el Estado peruano se vincula con otro Estado, siempre que entre éste y aquél exista previamente un convenio de cooperación técnica que permita viabilizar la Contratación GTG. Este será uno de las relaciones que analizaremos.

Como resultado de un procedimiento previo de evaluación del mercado, se escoge a la contraparte, la cual, según nuestra legislación, admite la composición múltiple, siempre que, al menos se considere a una AP de otro Estado. Este permitiría por ejemplo, incluir a una tercera empresa como contraparte. De esta manera, tenemos:

- (i) La relación entre el Estado peruano con el otro Estado contraparte:

- En virtud de un convenio de cooperación técnica.
  - En virtud de un contrato para la adquisición de bienes y servicios.
- (ii) La relación entre el Estado peruano y una entidad o persona jurídica distinta al Estado contraparte.<sup>91</sup> El Estado peruano, al suscribir el Contrato GTG reconocería la posibilidad de que su contraparte ceda a un tercero la obligación de suministro. De esta manera, en la práctica, nos encontraríamos ante un nivel adicional de vinculación: el Estado peruano y la empresa extranjera. Por tanto, en la medida que exista una tercera parte involucrada distinta de un Estado propiamente dicho, se entablará una relación paralela entre ésta y el Estado peruano. Esta relación sin duda merece también nuestra atención.

Es en este contexto que resulta pertinente desentrañar la realidad jurídica de cada una de las relaciones anteriores. Ello, a fin de comprender su verdadero alcance y delimitar los principios aplicables.

### **5.3. Una necesaria referencia a los tratados internacionales y sus implicancias**

#### **5.3.1. Definición y alcance**

Nuestra constitución regula los tratados suscritos por el Estado en sus artículos 55 al 57. Conforme a ésta, los tratados

---

<sup>91</sup> Nótese que ciertos tratados como el de la Unión Europea y el Perú intentan fomentar la apertura efectiva y recíproca de los mercados de contratación pública de las Partes. Ello podría tener un impacto en la negociación de este tipo de contratos. No obstante, nótese que el referido Acuerdo establece que el mismo no podrá interpretarse de modo tal que se impida a una Parte que adopte medidas que considere necesarias para la protección de sus intereses esenciales en materia de seguridad: (i) relativas a contrataciones públicas indispensables para la seguridad nacional o para la defensa nacional; (ii) relativas a las materias fisionables y fusionarles o a aquellas de las que estas se derivan; (iii) relacionadas con la fabricación, la contratación pública o el comercio de armas, municiones y material de guerra, relativas al tráfico de otros productos y materiales, y al suministro de servicios o el establecimiento destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas; (iv) adoptadas en tiempo de guerra u otras emergencias en las relaciones internacionales; o (c) impedir que una Parte adopte medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacionales.

celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional<sup>92</sup>, no obstante, no recoge una definición de tratado internacional, dejando esta tarea en manos de la doctrina y los documentos y convenios internacionales sobre la materia.

Para efectos del presente trabajo, al margen de la discusión terminológica de los especialistas entorno al significado omnicomprendido o no del término tratado, nos adscribimos a la definición conforme a la cual “tratado” es el acuerdo de voluntades celebrado en forma verbal o escrita, entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento. Así, el término tratado abarcaría cualquier acuerdo de voluntades entre sujetos del Derecho Internacional, al margen de su mecanismo o procedimiento de celebración (nos referimos con esto al procedimiento simplificado o complejo, tal como estos son descritos por la doctrina especializada), modalidad o de su particular denominación o nomenclatura<sup>93</sup>.

Por su parte, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) precisa en su artículo 2 (inciso 1, literal a), que cualquiera sea su denominación particular, las características jurídicas de los tratados se mantienen. Por tanto, siguiendo a la doctrina generalizada y la normativa internacional, podemos sostener que “la diversidad terminológica es jurídicamente irrelevante”<sup>94</sup>.

Conforme a lo anterior, es posible concluir que nuestra CP, debido a su silencio, acoge una postura omnicomprendida de las formas jurídicas utilizadas para concretar una relación de derecho internacional. De este modo incluye dentro de la noción de tratados, a los acuerdos, convenios, etc.

---

<sup>92</sup> Artículo 55 de la CP.

<sup>93</sup> REUTER, P., *Introducción al Derecho de los Tratados*, 1 ed, Fondo de Cultura Económica México, México D.F, 2001, Pág. 47.

<sup>94</sup> NOVAK, F., «Comentarios a los artículos 55-57 de la Constitución Política de 1993», *La Constitución Comentada*, Coord. Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Pág.759.

Nótese sin embargo la caracterización doctrinal e internacional de los tratados, delimitada por las siguientes notas: (i) intervención de sujetos de Derecho Internacional; (ii) existencia de un acuerdo de voluntades; (iii) producción de efectos jurídicos; (iv) sumisión al Derecho Internacional.

De este modo, un primer elemento determinante será la intervención de sujetos de Derecho Internacional. Respecto de este punto es preciso señalar que es pacífico sostener que los Estados son el arquetipo de la subjetividad internacional, no obstante, la dinámica jurídica y la historia del mundo y su evolución ha llevado a reconocer subjetividad internacional a otro tipo de “entes”, tales como: organizaciones internacionales, pueblos, órdenes, etc. Sin perjuicio de ello, existe aún discusión doctrinal entorno a la caracterización como sujeto internacional de las empresas transnacionales, discusión que cobra relevancia en este trabajo debido a la posible intervención de un tercero dentro de la relación de gobierno a gobierno.

De acuerdo con HERDEGEN, es común que las empresas transnacionales pretendan que sus relaciones contractuales se sustraigan de la aplicación de las normas locales de su contraparte estatal. En tal sentido, se opta por “internacionalizar” la relación contractual y para algunos, la empresa adquiere respecto del Estado contraparte, “personalidad limitada de derecho internacional”<sup>95</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que desde una postura más conservadora se niega la posibilidad de otorgar personalidad de Derecho Internacional a las empresas transnacionales. Así, Rodríguez CARRIÓN sostiene que, pese a la necesidad planteada por los Estados de controlar y regular las actividades de dichas empresas, “ninguno de los intentos ha contemplado la posibilidad de otorgar subjetividad internacional a las empresas transnacionales”<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> HERDEGEN, M., *Derecho Internacional Público*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2005, Pág. 110-112.

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ, A., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Technos, Madrid, 2002, Pág. 154.

Por tanto, nos adscribimos a esta postura más conservadora conforme a la cual una empresa transnacional no debe ser concebida como un sujeto de Derecho Internacional y por tanto no puede ser parte de un tratado como signataria del mismo. En tal sentido, consideramos que nuestra regulación estatal sobre la posibilidad de una composición múltiple de partes podría ser optimizada de modo tal que de ella se desprenda indubitablemente que, para efectos de nuestra legislación, no se considere como sujeto de derecho internacional a una empresa transnacional.

### **5.3.2. Aprobación de tratados sobre defensa nacional**

Conforme al artículo 56 de la CP, los tratados que versen sobre: (i) derechos humanos; (ii) soberanía, dominio o integridad del Estado; (iii) defensa nacional; (iv) obligaciones financieras del Estado, deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República. Del mismo modo, también deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 57 de la CP, el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherirse a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo 56. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Del mismo modo, cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la CP, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. Este procedimiento de aprobación presidencial es conocido por la doctrina como el “procedimiento simplificado” toda vez que demanda un nivel menor de aprobaciones y exigencias.

Como puede verse, los tratados sobre Defensa Nacional requieren de la aprobación del Congreso de la República como paso previo a la ratificación presidencial.

Sin perjuicio de lo anterior, como señala NOVAK, los tratados referidos a materia de defensa incluyen los tratados de seguridad

colectiva, de alianza defensiva, los de no agresión o neutralidad y los que establezcan Organizaciones Internacionales de Cooperación Militar<sup>97</sup>. En tal sentido, éstos comprenderían todos aquellos pactos o alianzas estratégicas que garanticen una política de defensa conjunta y un respaldo de seguridad en favor del Estado peruano.

Coincidimos con la delimitación de dicho alcance pues, a nuestro entender, los tratados de defensa sujetos a aprobación del Congreso no comprenden a las adquisiciones de material para la defensa o los mecanismos de cooperación técnica militar (que sobre todo se refieren a cooperación científica y adiestramiento de personal y otros similares) lo que justifica que en estos casos, baste la ratificación por parte del Presidente de República mediante Decreto Supremo.

Ahora bien, una especial consideración merece la referencia a los tratados referidos a endeudamiento nacional en la medida que la suscripción de un Contrato GTG implicará finalmente la disposición de dinero previamente presupuestado.

Como señala NOVAK, en la medida que el Congreso es competente para la aprobación del presupuesto y cuenta general de la república y autoriza empréstitos, la exigencia de aprobación por el Congreso de tratados internacionales que supongan endeudamiento externo resulta más que lógica<sup>98</sup>.

Sobre la base del entendimiento anterior, podríamos sostener que el acuerdo entre dos Estados para suscribir el Contrato GTG debe ser aprobado por el Congreso. No obstante, creemos que eso no puede ser interpretado de esa manera pues: (i) la adquisición en sí misma ocurre entre la empresa privada y el Estado; (ii) el Estado

---

<sup>97</sup> NOVAK, F., «Comentarios a los artículos 55-57...», cit., Pág. 775 y 776.

<sup>98</sup> NOVAK, F., «Comentarios a los artículos 55-57...», cit., Pág. 776. “El artículo 102, incisos 4 y 5 del Texto Constitucional consagra como atribuciones del Congreso aprobar el presupuesto y la cuenta general de la República, así como autorizar empréstitos, conforme a la Constitución. En este sentido, resulta lógico que el artículo 56 del mismo texto normativo obligue a que aquellos tratados que implique una obligación financiera del Estado, sean aprobados por el Congreso antes de su ratificación presidencial, debiendo entenderse como comprendidos en esta categoría, todos aquellos tratados que versen sobre operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado”.

contraparte no recibe contraprestación alguna; y, (iii) la adquisición fue presupuestada y siguió los procedimientos administrativos para su ejecución, lo cual supuso que inicialmente se le asignaron partidas desde el presupuesto anual y el presupuesto anual es aprobado por el Congreso.

En línea con lo anterior, consideramos que se optará por el procedimiento simplificado cuando no estemos antes los supuestos incluidos en el artículo 56. De acuerdo con la doctrina ello implica que este procedimiento resulta aplicable a, por ejemplo, aquellos tratados que versen sobre materias administrativas (visas, tránsito de personas, etc.), comerciales, consulares, aduaneros, turismo, promoción, cooperación, donación, técnicos, entre otros<sup>99</sup>.

En ese sentido, una materia administrativa y de cooperación técnica como son la cooperación técnico militar y la adquisición de bienes y servicios, debiera seguir este cauce simplificado y no el complejo que requiere de la aprobación del Congreso. Sin perjuicio de ello, serán considerados como tratados, cualquiera que sea su denominación.

### **5.3.3. Los convenios de cooperación técnica**

El Reglamento del DL 1128 alude a la necesidad de contar con un Convenio de Cooperación Técnica cuando, en su artículo 78, establece que el Comité de Negociación nombrado para negociar los términos y condiciones del Contrato GTG conducirá la negociación desde la invitación oficial al gobierno seleccionado con quien se suscribió el convenio hasta la suscripción del contrato respectivo.

En tal sentido, la normativa aplicable actualmente vigente hace referencia a la necesidad de un convenio preexistente sobre materia de cooperación técnica militar. Este convenio, a nuestro entender y según la definición de tratados que hemos hecho nuestra, se encuentra regulado por normativa de Derecho Internacional por tratarse de un tratado entre Estados, sujeto, como hemos dicho, al procedimiento de aprobación simplificado.

---

<sup>99</sup> NOVAK, F., «Comentarios a los artículos 55-57...», cit., Pág. 778.

Así, a manera de ejemplo, entre los convenios de cooperación suscritos por el Estado peruano tenemos: (i) Convenio entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la Federación de Rusia sobre Cooperación Técnico militar del año 2004; (ii) Convenio entre el gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República de Belarús sobre la Cooperación Técnico – Militar del año 2011, aún no en vigor; (iii) Convenio entre la República de Polonia y la República del Perú sobre Cooperación en el Campo de la Defensa, del año 2008-2010; y, (iv) Convenio técnico entre el Ministerio de Defensa de la República del Perú y el Ministerio de Defensa de la República de Francia para la cooperación en el campo de materiales para la defensa del año 2003.

#### **5.3.4. El Contrato GTG**

De acuerdo con el DL 1128, las contrataciones GTG son aquellas en las que de una parte interviene un órgano u organismo de la AP del Estado peruano y de la otra parte interviene otro Estado o una entidad del mismo. La definición como se ve, parece circunscribir la aplicación de este régimen contractual a las entidades de la AP de los Estados.

La definición anterior establece quienes pueden ser partes en los Contratos GTG y en este sentido, restringe su ámbito de aplicación a las APs y sus entidades adscritas. Por lo tanto, las normas excluyen la posibilidad de que un tercero puramente privado pueda suscribir el contrato respectivo.

No obstante, el Reglamento del DL 1128 complementa esta definición admitiendo la composición múltiple de partes.

De acuerdo con lo explicado, el Contrato GTG demanda de una negociación bilateral entre Estados. Como producto de ésta, se suscribe un documento contractual que recogería una serie de obligaciones de cada una de las partes intervinientes. Como reconocía la Ley del Presupuesto, la relación contractual se regirá por las normas internacionales, siendo que ésta, en la medida que se mantiene entre dos Estados, estará sujeta al Derecho Internacional por vincular a dos sujetos típicos de derecho internacional como son los Estados. En nuestra opinión, esta

relación contractual da lugar a un tratado de características particulares, conforme a la definición que hemos hecho nuestra. Este tratado sería uno de aprobación simplificada que regula materia administrativa, como es la adquisición de bienes y servicios.

Llama la atención que el reglamento del DL 1128 admita, en contravención a lo establecido por norma con rango legal, la composición múltiple de partes, admitiendo que, en la relación anterior, intervenga un tercero que no tiene la condición de Estado o AP.

Al respecto, la memoria descriptiva preparada por el MINDEF sobre la base de la cual se solicitó la opinión del OSCE respecto de las Contrataciones GTG (y que dio lugar a la emisión de la Opinión No.078-2013-DTN a la cual ya nos hemos referido) precisaba que la legalidad de esta modalidad de contratación recaía tanto en la existencia de documentos previos (Convenios Técnicos con el Estado contraparte) como en la necesidad de que la empresa proveedora ostente participación del Estado extranjero, aun cuando su capital no sea representado en forma mayoritaria por el aporte de dicho Estado.

En tal sentido, entendemos que el Reglamento del DL 1128 podría seguir esta línea, no obstante, consideramos que resulta más que necesaria una aclaración a fin de evitar interpretaciones diversas de modo tal que se precise que dicha empresa en tanto pública, se constituye, con arreglo a las normas de su país de origen, como entidad del Estado contraparte.

Ahora bien, en cualquier escenario, no resulta claro que un tercero sin subjetividad internacional se inmiscuya en la relación entre dos Estados, pues esto implicaría otorgarle, de algún modo, subjetividad internacional para efectos de la contratación, situación que, como se ha explicado, implicaría una clara contravención al ordenamiento del Derecho Internacional, más allá de una merecida crítica doctrinal.

No obstante, la práctica contractual hasta el momento apunta a que la relación entre los Estados se circunscriba a estos como

partes, siendo que, en otro nivel, el Estado contraparte se compromete a ceder la provisión de bienes y servicios a un tercero, empresa especializada que suministrará los bienes y/o servicios al Estado peruano. Por tanto, parecería tratarse de una cesión de posición contractual en lo referido a la obligación de suministro de bienes y servicios, quizá comparable con un contrato de favor de tercero, pues el Estado contraparte suscribe con el Estado peruano un contrato para luego ceder la obligación de suministro a una empresa nacional suya. Nos encontramos entonces, con un esquema comparable al utilizado por España para la suscripción de Contratos GTG.

Esto tiene sentido en la medida que, mediante el estudio de mercado, en el marco de la fase de selección, la entidad requirente evaluó qué empresas podían proveerle el bien o servicio requerido, efectuando una selección amparada en la existencia de un Convenio de Cooperación Técnica existente con el país de procedencia de dicha empresa seleccionada.

En pocas palabras, el Estado elige a la empresa para luego evaluar si, por temas de complejidad y monto, conviene encauzar la contratación mediante un Convenio de Cooperación Técnica y la suscripción de un contrato GTG.

Esta relación con la empresa proveedora nos lleva a otro nivel de análisis.

#### **5.4. La relación entre el Estado peruano y la tercera empresa**

Esta relación, a nuestro entender, en la medida que se desprende de una cesión efectuada por el Estado contraparte en favor de una determinada empresa, estaría sometida también a las normas internacionales. Precisamente porque se enmarca dentro una relación jurídica de Derecho Internacional que le da cobertura.

Es más, consideramos que, tratándose de una provisión de bienes y servicios, podrían resultar aplicables las normas comerciales internacionales que regulan la contratación internacional, como por ejemplo la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías, quizá no como norma directamente aplicable, pero sí en aplicación

supletoria o como derecho consuetudinario. En esta faceta el Estado se despoja de sus prerrogativas habituales.

Esta relación se viabilizaría a través de un contrato paralelo de suministro de bienes y/o servicios, el cual, en principio, podría someterse a legislación extranjera específica y contener cláusulas arbitrales de aplicación concordante con lo previsto en el Contrato GTG, en la medida que se trata de una relación internacional.

Es preciso señalar que conforme a la normativa que regula este mecanismo de Contratación GTG, la fase de selección de la contraparte del Estado peruano se encuentra sometida a la normativa nacional. En tal sentido, a esta fase resultan plenamente aplicables los principios de contratación pública, pues, en puridad, este mecanismo busca asegurar provisión de bienes y servicios bajo la regla de obtener la mejor prestación al mejor precio posible. Se asemeja por tanto a un contrato público de tipo prestacional pues: (i) interviene una AP; (ii) se intenta satisfacer la demanda de bienes y servicios; y, (iii) un tercero se obliga a proveer bienes y servicios en favor del Estado a cambio de un precio. Sin perjuicio de ello, a la relación en sí misma, como correlato de la flexibilización del Derecho Administrativo y dadas las características del sector defensa, resultaría aplicable un régimen distinto, pactado por las partes.

Mediante el análisis de mercado, la entidad deberá cerciorarse de la existencia de proveedores y de posibles suministrantes del bien o servicio requerido. No obstante, en este caso particular de la contratación GTG, el mecanismo típico de determinación de la mejor oferta como es la licitación o concurso no resulta aplicable. Así, será deber de la entidad encargada del estudio de mercado y del MINDEF a través de la Agencia, determinar qué empresa proveedora cuenta con la mejor oferta posible, la cual conjugada con la posible garantía que pueda ofrecer el Estado al que pertenece, constituyen la oferta ganadora que supondrá la elección de dicho Estado como contraparte y de esa empresa en particular como suministrante.

En tal sentido, un escenario más favorable a la transparencia en la contratación nos llevaría a proponer como fórmula alternativa la instauración de un proceso previo de remisión de invitación para un diálogo competitivo con las diferentes empresas que aparezcan como

potenciales contratantes. Ello, considerando que los Estados de donde procedan dichas empresas mantienen suscritos con el Estado peruano Convenios de Cooperación Técnica.

Lo anterior tiene sentido si tomamos en cuenta que, como regla general, se debería acudir a una figura de contratación en el extranjero que incluya la concurrencia y licitación como premisas para fomentar la determinación de la mejor oferta posible, más aún si este mecanismo implica una determinación en el caso concreto de la oferta de cada proveedor, mientras que un análisis de mercado implica un análisis más abstracto de las posibles ofertas, sin que los proveedores, en un régimen de competencia entre sí, formulen una oferta específica en situación de pugna<sup>100</sup>.

Ahora bien, lo cierto es que este mecanismo supone una clara excepción del principio de concurrencia recogido en el artículo 76 de nuestra CP, la cual, recién desde la vigencia de la Ley del Presupuesto, contaría con cobertura por norma con rango legal. Sin perjuicio de ello consideramos que, por tratarse de una provisión de bienes y servicios, mucha de la lógica aplicable a la contratación pública para este tipo de bienes resulta aplicable, al menos a la fase previa de selección.

Así, podríamos sostener que bajo la cobertura de un contrato GTG, encontramos rasgos de un contrato público para la provisión de bienes y servicios. Por ello, es posible trasladar a la contratación de dichos bienes y servicios los principios delineados por el TC aplicables a la contratación de bienes y servicios, conforme al artículo 76 de la CP. Este ejercicio tiene cabida pues de la normativa específicamente aplicable no se desprende de manera indubitable que el listado de principios contenidos tanto en el Manual como en el DL 1128 y su Reglamento deban aplicarse también a las Contrataciones GTG. En otras palabras, recurriremos a los mínimos indispensables que deberán ser respetados por las entidades contratantes.

Tal como ha precisado el TC en la sentencia recaída en el Expediente No.020-2013, la CP a través de la previsión contenida en su artículo 76 pretende asegurar el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado de modo tal que

---

<sup>100</sup> COMADIRA, J., «Algunos aspectos de la Licitación Pública...», cit., Pág. 388.

se evite la corrupción y malversación de fondos públicos. Para ello, el sistema de adquisiciones deberá respetar principios tales como: (i) la transparencia en las operaciones; (ii) la imparcialidad; (iii) la libre competencia; y, (iv) el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Recordemos que los principios, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa de la normativa y tienen además un rol integrativo en tanto resultan aplicables en ausencia de norma<sup>101</sup>.

Ahora bien, desde mi punto de vista, es posible trasladar, con los matices pertinentes considerando las especiales características de los bienes y servicios para la defensa, la aplicación de tales principios a las adquisiciones de tales bienes y servicios a través de Contratos GTG.

El principio de transparencia, de acuerdo con el TC, estaría garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general.

Para ROSENBERG, *“la transparencia como principio rector de todo el accionar de la Administración se extiende sobre todos los procedimientos administrativos y, consecuentemente sobre los que regulan las contrataciones públicas”*<sup>102</sup>.

En principio de transparencia está íntimamente asociado con la publicidad de los procedimientos. Esto obliga a los funcionarios a publicitar las etapas de los procedimientos para así permitir el control social sobre las adquisiciones.

En el terreno de las adquisiciones de bienes y servicios para la defensa, a nuestro entender, este principio encuentra plasmación en el

---

<sup>101</sup> NIELSEN, F., «La razonabilidad y eficiencia como principios generales de la contratación administrativa», *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Coord. COMADIRA, J., Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág.331 y ss.

<sup>102</sup> ROSENBERG, G., «El Principio de Transparencia...», cit., Pág.381.

respeto de los procedimientos previstos. En otras palabras, el respeto de las formalidades.

Así, como señala COMADIRA, “*las formas son enemigas juradas de la arbitrariedad y hermanas gemelas de la libertad, y además (...) en una república son también aliadas leales de la transparencia.*”<sup>103</sup>

Si bien en muchos casos la publicidad de los procedimientos no será posible por la finalidad misma de estas adquisiciones, lo cierto es que siempre existirá un procedimiento previo que deberá ser cumplido a cabalidad por las entidades competentes. Si a ello sumamos la implementación de procedimientos de fiscalización basados en auditorías de ofertas y contratos, es posible asegurar la transparencia de las adquisiciones. El control, finalmente se plasmará en el resultado económico que arroje la contratación efectuada.

La imparcialidad se traduce en la formulación de criterios objetivos de selección de los contratistas que permitan la mayor concurrencia de ofertas. Ahora bien, este principio, en el terreno de las contrataciones que nos ocupan adquiere un matiz similar al de las contrataciones en general pues finalmente el pliego de requerimientos de la entidad solicitante no podrá basarse en el favorecimiento de determinados proveedores sino en la concreta necesidad que se pretende satisfacer. En virtud de ello, la imparcialidad obligaría a satisfacer la concreta necesidad de la entidad evitando cualquier *vicio de desviación de poder*.

La libre competencia es un principio consagrado expresamente en nuestro texto constitucional<sup>104</sup>. En efecto, la misma constitución reconoce como principio la competencia. Así, el “*Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.*” A decir de varios autores, esta situación, en el marco de nuestro modelo económico, implica el despliegue de un sistema de competencia imperfecto o practicable, (“*workable competition*”) en el que deben diferenciarse ofertas, ofertantes y los consumidores puedan elegir.

---

<sup>103</sup> ROSENBERG, G., «El Principio de Transparencia...», cit., Pág. 384.

<sup>104</sup> OLIVOS, M., «Fundamentos constitucionales de la Economía Social de Mercado en la Economía Peruana», *Ius, Revista de Investigación Jurídica*, No. 8, 2014, Pág. 1-27.

Precisamente esto tiene un impacto en la contratación estatal toda vez que las entidades de la Administración Pública deben promover la mayor competencia para la adquisición más eficiente posible. Se trata en suma de asegurar la concurrencia para la suscripción del mejor contrato posible en cuanto a precio y calidad.

Como ha señalado el Tribunal de Contrataciones del Estado (Resolución No. 203-2007.TC-SU), el principio de libre competencia resulta igualmente aplicable cuando el consumidor o adquirente es una entidad de la AP. Así, por ejemplo, el contenido de las bases debe convocar la participación del mayor número de postores.

En el caso de las contrataciones GTG, una posible plasmación de este principio se traduciría en la realización de un proceso previo de captación de ofertas económicas y un estudio de mercado que asegure la selección del mejor contratista posible. Para ello podría requerirse la formulación de propuestas económicas para un diálogo competitivo o un procedimiento negociado a fin de lograr la contratación más eficiente.

Finalmente, el Principio de Trato Justo e Igualitario, a decir del TC se verifica cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Esta exigencia, en el caso de las contrataciones GTG se traduce en la neutralidad del órgano encargado de las contrataciones de modo tal que no reconduzca la contratación bajo esta específica modalidad a fin de ocultar el favorecimiento de determinado contratista bajo la premisa de “estrechar vínculos” con algún país determinado. En otras palabras, la contratación deberá basarse estrictamente en las características del bien o servicio que demanda la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede obviarse que este mecanismo contractual, toda vez que no hace uso del criterio de concurrencia, podría ocultar el favorecimiento de conducta ilegales en la medida que, bajo la cobertura de un Contrato GTG, alegando la existencia complejidad y altos montos, se escondería realmente el favorecimiento de ciertas empresas del sector.

Para aliviar estos males, muchos Estados, con mayor tradición en la industria de defensa que el nuestro, han ideado mecanismos específicos de auditoría para contratos de defensa, herramientas que, de alguna

manera permitirían desde un punto de vista objetivo analizar la idoneidad de las contrataciones y fiscalizar la correcta utilización de ciertas figuras sobre la base de criterios económicos que permitan justificarlas.

### **5.5. Un mecanismo de control de las adquisiciones de defensa: la auditoría de costos y precios de los contratos<sup>105</sup>**

Tal como se ha explicado en el capítulo referido a las particularidades de los bienes y servicios para la defensa, la adquisición de dichos bienes, precisamente debido a dichas especialidades, supone en muchos casos que no sea posible aplicar, bajo los criterios tradicionales, los principios típicos de la contratación pública como son los de publicidad y concurrencia de oferentes.

Para suplir esa carencia o más bien para suplir los mecanismos de un mercado competitivo, se han implementado una serie de procedimientos y análisis para la determinación de la razonabilidad del precio a fin de asegurar la aplicación y destino eficiente de los recursos públicos.

Como bien señala el TC en el Expediente No. 20-2013, *la propia experiencia de los últimos años ha demostrado que inclusive estos mecanismos [refiriéndose a los previstos en la LCE] de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior). En cualquier caso, ambos tienen como principal propósito garantizar el principio de oportunidad, pues una fiscalización tardía haría incluso inoperativa una posible sanción penal por el cómputo de los plazos de prescripción<sup>106</sup>. En tal sentido, si aun bajo la norma general garantista y protectora de los intereses generales se presentaban fenómenos de corrupción, con mayor razón podrían presentarse bajo regímenes excepcionales en los que, por la condición de los bienes involucrados, los principios de publicidad se relativizan.*

<sup>105</sup> AGUADO, J., *El Control Económico...*, cit.

<sup>106</sup> COMADIRA, J., «Algunos aspectos de la Licitación Pública...», cit., Pág. 319.

Ello supone que la entidad adquirente deba realizar un exhaustivo análisis para asegurar que el precio fijado sea el resultado de la aplicación de los principios básicos que deben regir la administración de recursos públicos, tales como el de legalidad, eficiencia, economía y eficacia. Por tanto, este análisis tomará en cuenta factores tales como: (a) la disponibilidad de los bienes y servicios requeridos en el mercado y; (b) el nivel o grado de competencia en el mercado.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que el gasto público en sistemas de armas se desarrolla en un entorno no competitivo. Por tanto, esta especial consideración conlleva la aplicación de procedimientos concretos de captación y recopilación de información económica y especiales técnicas de evaluación y análisis que aseguren una adquisición eficiente y que sirvan como mecanismos de medición para comprobar el nivel de cumplimiento de los principios que deben regir la adquisición con fondos públicos.

Una alternativa procedimental para concretar la contratación de este tipo de bienes es acudir a figuras de negociación directa con la parte proveedora. Otros ordenamientos acuden al llamado “procedimiento negociado” caracterizado, como ya hemos precisado porque la adjudicación se realiza tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Esta figura, salvando las claras diferencias, se puede extrapolar con la Contratación GTG, pues en este último escenario nos encontramos también frente a una negociación con la contraparte para la fijación de condiciones contractuales y de un precio para la adquisición de bienes y/o servicios. En ambos procedimientos, a nuestro entender, la consulta y/o indagaciones previas se constituirían como elementos definidores de la adjudicación.

En ambos, finalmente, no existe una licitación en sentido estricto, como ocurre con otros procedimientos, como por ejemplo, los recogidos en la normativa para la contratación interna o los previstos en las normas del sector defensa para las adquisiciones internacionales que consideraremos como “no estratégicas”. Ello supone entonces, situarnos frente a las siguientes premisas: (i) la entidad competente deberá realizar una serie de actos preparatorios necesarios para la determinación de la “mejor oferta” que en este caso apunta a la determinación de la contraparte con la cual se negociará; (ii) fijar los presupuestos de la

contratación y consecuentemente los argumentos de negociación; (iii) asegurar la determinación de técnicas que permitan colocar al Estado en una situación de igualdad con su contraparte, para ello, lógicamente, debe vencerse la barrera de la asimetría informativa, que, en un sector tan complejo como este, no es tarea sencilla.

Ciertamente, en la adquisición GTG la determinación de la mejor posibilidad de contratación implica también la observancia de los criterios impuestos por la legislación y la preexistencia de un Convenio de Cooperación Técnico Militar. Sin perjuicio de ello, creemos que como paso previo, la entidad competente deberá realizar una tarea previa de indagación suficiente que le permita asegurar una contratación eficiente en todo sentido, toda vez que, como se ha señalado, el mercado de la defensa es uno lleno de particularidades y este mecanismo concreto de contratación, salta una valla que, en otras vías procedimentales de contratación es indispensable: la concurrencia.

Para procedimientos como este, países tales como España, Estados Unidos, Noruega y Francia han implementado mecanismos de auditoría de costes y precios que permiten determinar la existencia de “la mejor oferta” o más bien la “simulación de concurrencia” a través de un análisis económico y contable que considera distintos factores técnicos, contables y económicos para efectos de la contratación de bienes y servicios para la defensa.

La auditoría de contratos o auditoría de costes y precios se refiere al conjunto de técnicas, tales como análisis de precios ofertados (en procesos similares), análisis de costos estimados, auditorías de ofertas, auditoría de sistemas y procedimientos y auditorías de costos no incurridos, que son realizadas a través de una metodología previamente elaborada sobre la base de normas de auditoría.

La realización de auditorías de coste y precios traslada a los órganos encargados de la contratación un dictamen sobre aspectos técnicos de los costes y precios de los contratos adjudicados (o que se adjudicarán) en procedimientos negociados, con el objetivo de que dicha información les sea útil para adquirir bienes y servicios a los mejores precios, cumpliendo con los principios presupuestales y de contratación pública. Esta técnica está pensada para aplicarse en aquellos casos en los que los precios de los bienes y servicios que se desea adquirir no se

determinan en el marco de lo que se conoce como un entorno de competencia efectiva y, por tanto, el órgano de contratación no dispone de información suficiente, íntegra y fiable que le permita soportar la aprobación de un gasto basado en precio razonable.

Entre los rasgos más destacados de este mecanismo tenemos:

- (i) La realiza un órgano administrativo sobre una entidad privada, una empresa. Así, en el caso de los Contratos GTG se aplicará no al Estado contraparte, sino a la empresa que suministrará los bienes y servicios, la cual, en principio, es determinada por el órgano que requiere los bienes y servicios.
- (ii) Se trata de una auditoría pública externa realizada por una entidad administrativa. De esta manera, el sujeto auditor no pertenece a la estructura orgánica ni funcional de los órganos de contratación, es independiente de ellos.
- (iii) Su objeto es el examen de los estados de costos relativos a una oferta o a la ejecución de un contrato o programa de defensa. Por tanto, no entra a enjuiciar la empresa ni a hacer valoraciones sobre su política, su organización, los procedimientos y sus sistemas de información económicos y administrativos. Sirve únicamente a los intereses de los órganos de contratación, no a las empresas que contratan con estos.
- (iv) Podría contemplar dos momentos: (a) *a priori*, realizado sobre la base de la recopilación de datos y ofertas y (b) *a posteriori*, sobre los costos incurridos después de la celebración del contrato.
- (v) El control de efectúa sobre datos de naturaleza técnica, referidos a la participación de los factores de producción en la ejecución del contrato y sobre datos de naturaleza económica que versan sobre la valoración, clasificación, localización y afectación a los contratos de los factores de producción. Se trata de averiguar cómo es que todos estos factores, en tanto conjugados, contribuyen a una determinación eficiente del precio del producto, bien o servicio a ser suministrado.

Así, abarcan las revisiones efectuadas por los auditores a los estados financieros y registros de costes del contratista, tanto de los estimados como de los incurridos, con el alcance que estima adecuado el auditor de acuerdo con la experiencia adquirida en análisis anteriores y con base en sus apreciaciones sobre el nivel de eficacia y cumplimiento de las normas, procedimientos y controles implantados por el contratista. También comprenden todas las actividades que de alguna forma, directa o indirecta, contribuyan o tengan impacto sobre los costos ofertados o incurridos en los contratos de defensa.

- (vi) Ausencia de efectos económicos que se derivan de la realización de auditorías respecto de las condiciones reflejadas en la oferta. Lo que se pretende es proporcionar a las autoridades una opinión respecto a los datos o documentos revisados fundamentada en evidencias y emitida con arreglo a pautas regladas. Así, los usuarios tendrán información relevante para la negociación y fijación de los precios. Se trata en suma de una auditoría de economía y eficiencia.

Tal como hemos precisado, existe experiencia internacional en el uso de este mecanismo como uno para la fiscalización de adquisiciones del sector defensa.

Así por ejemplo, el sistema estadounidense, basa la adquisición de bienes y servicios para la defensa en la articulación y aplicación de los *Cost Accounting Standards Boards* (CASB) aplicables a la generalidad de contrataciones y subcontrataciones de defensa.

Entre las prácticas impuesta por la CASB tenemos aquella por la cual los contratistas y subcontratistas de defensa se obligan a la suscripción de un *disclosure statement*, que consiste en una descripción escrita de las prácticas y los procedimientos de contabilidad de costes, debiendo cumplir con los requisitos de suficiencia y adecuación a las disposiciones de la CASB.

## CONCLUSIONES

1. La regla en nuestro ordenamiento jurídico es la selección del contratista del Estado sobre la base de un procedimiento previo de licitación. Tal principio, en el caso particular del sector defensa, debido a sus especiales características (sobre todo por temas de confidencialidad, seguridad y complejidad de los bienes y/o servicios requeridos) se relativiza en pro de la eficacia de la contratación y la flexibilización de la contratación estatal. Un claro ejemplo de esta flexibilización es la Contratación GTG.
2. Los Contratos GTG, no obstante su individualización como categoría excluida del régimen general de contratación pública, deben asegurar el respeto de posibles proveedores nacionales. En tal sentido, la inexistencia de proveedores nacionales deberá verificarse antes de gatillar el procedimiento que viabilice una Contratación GTG.
3. El caso particular de la Contratación GTG, tal como está regulada en nuestro ordenamiento, revela la existencia de ciertos rasgos de un contrato público de tipo prestacional en la relación que vincula al Estado peruano con el suministrante de los bienes y/o servicios.
4. Así, la selección previa del suministrante importa la sujeción a la normativa nacional referida a la determinación de la mejor oferta posible. En tal sentido, deben observarse, al menos, los principios delineados por el TC referidos a la adquisición de bienes y servicios, con los matices correspondientes considerando las especiales características de los bienes y servicios para la defensa.

Ello podría asegurarse a través de mecanismos alternativos como el diálogo competitivo o un procedimiento negociado para la determinación de un proyecto contractual, dadas las especiales características del mercado para la defensa.

5. Tomando en cuenta que la normativa actual se refiere a la composición múltiple de partes bajo un Contrato GTG abriendo así la puerta para la participación de empresas proveedoras como suscriptoras de dicho contrato, la legislación demanda una reformulación en lo que se refiere a la constitución de las partes contratantes a fin de dejar claro quiénes pueden constituirse como partes suscriptoras de un Contrato GTG. Esto permitirá delimitar si la empresa proveedora de bienes o servicios debe o no figurar como suscriptora del Contrato GTG y/o, en todo caso, precisar si ésta debe o no contar con participación de Estado contraparte.
6. Si bien nuestra legislación prevé que la Contratación GTG se efectúe sin mediar procedimiento de licitación alguno, podría plantearse una modificación legislativa en el sentido de formular la Contratación de GTG con una estructura complementaria a la normativa recogida en España de modo tal que se deje en manos del Estado contraparte la selección de una empresa sobre la base de los lineamientos previamente establecidos por el Estado peruano. Para ello, igualmente, debería verificarse que el Estado receptor del pedido del Estado peruano cuente con potenciales proveedores que puedan satisfacer la demanda de bienes o servicios. Para tal fin, deberá considerarse que en un escenario de proceso de selección, la competencia se verifica además por la conjugación de precio, calidad y características del proveedor.
7. La importación de mecanismos de fiscalización y auditoría de ofertas a fin de asegurar que la selección de la potencial proveedora, se constituye como otra alternativa para asegurar la eficiencia de la contratación y así lograr también la ejecución eficiente del presupuesto público.

8. La exigencia de compensaciones *offset* (mecanismos de legitimación de compras en defensa que busca compensar al país comprador con beneficios tales como transferencia tecnológica o inversión extranjera) debería canalizarse hacia la optimización de procesos de transferencia tecnológica a fin de fortalecer al sector industrial peruano a través de la provisión de *know how* y capacitación técnica que permita la consolidación de un mercado nacional industrial especializado. Ello garantizaría aún más la independencia del Estado en defensa.
9. Es posible la consolidación de un mercado sudamericano de defensa similar al europeo. No obstante, este proceso demandará una progresiva maduración de las industrias nacionales de cada país de la subregión.



## BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA, A., Delimitación Jurídica de la Administración Pública, Palestra, Lima, 2010, 205 pp.

\_\_\_\_\_ «El concepto de Administración Pública», La Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez años después, Coord. ZEGARRA, D. Y BACA, V., Palestra, Lima, 2011, Pág. 15-26.

AGUADO, J., El Control Económico de las Adquisiciones Públicas en Materia de Defensa, Universidad de Granada, Granada, 2009, 501pp.

\_\_\_\_\_ «La contribución de la auditoría de contratos en las adquisiciones de bienes y servicios específicos para la defensa», Auditoría Pública, No.36, 2005, Pág. 71-82.

ALBERSTEN, J., «Cuestiones de la Contratación Directa», Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 529-537.

ANDREUCCI, C., «Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia pública», Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 801-826.

ARIÑO, G., «El régimen de la contratación pública en el derecho europeo», Reforma al régimen de contratación estatal, Coord. DE VIVERO, F., Universis de los Andes, Colombia, 1997, Pág. 129-151.

\_\_\_\_\_Principios de Derecho Público Económico, ARA Editores, Madrid, 2004, 1069 pp.

\_\_\_\_\_Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos Madrid, Madrid, 1968, 428pp.

AROSO DE ALMEIDA, M., «Contratos públicos y contratos administrativos en el nuevo Código de los Contratos Públicos de Portugal», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 419-441.

ARTEAGA, F., La Defensa que viene. Criterios para la reestructuración de la Defensa en España, Real Instituto Elcano, Madrid, 2013, 31 pp.

AVANZINI, E., «Un antes y un después en la industria aeronáutica española. El Programa Eurofighter», Documentos de Seguridad y Defensa, No. 32, 2010, Pág. 43-72.

AZCONA, J., “Posguerra fría y estrategia global. La sociedad internacional y sus designios”, Guerra y paz: La sociedad internacional entre el conflicto y la cooperación, Dykinson.S.L, Madrid, 2013, Pág-19-62.

BACA, V., «La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica», El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo, Coord. DANÓS, J., Grijley, Lima, 2008, Pág. 663-690.

\_\_\_\_\_La invalidez de los contratos públicos, Thomson Civitas, Madrid, 2006, 442 pp.

- \_\_\_\_\_ «Lección 14: Los contratos públicos (en especial aquellos regulados en la LCE)», Notas al Curso de Derecho Administrativo., Piura, 2009, 66 pp.
- BAENA, M., Curso de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, 775 pp.
- BARNES, J., «¿Hacia un supraconcepto o régimen de contratación administrativa?», Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 111-136.
- BATTAGLINO, J., «Transformaciones en la seguridad internacional en la post Guerra Fría: su impacto en América del Sur», Estudios Internacionales, Vol. 41 Núm. 160, 2008, Pág. 7-33.
- BERMÚDEZ, M., «Los procesos de selección», Reforma al régimen de contratación estatal», Coord. DE VIVERO, F., Universidad Los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997, Pág. 75-108.
- CANOSA, A., Procedimiento administrativo: recursos y reclamos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 704 pp.
- CASSAGNE, J., «Actuales desafíos y clásicos dilemas de la contratación pública», Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Coord. DANÓS, J., Thomson Reuters, Lima, 2013, Pág. 191-202.
- \_\_\_\_\_ El Contrato Administrativo, 2da ed., Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, 626 pp.
- \_\_\_\_\_ «El Contrato Administrativo en Argentina», Aportes para un Estado Eficiente. V Congreso de Derecho Administrativo, Coord. ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Palestra, Lima, 2012, Pág. 469-484.

---

«El contrato administrativo en la actualidad», Ediciones Especiales: Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 631-648.

---

«En torno a la categoría del Contrato Administrativo (Una polémica actual)», Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral- Facultad de Derecho, 2 ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 17-74.

---

Servicios Públicos, Regulación y Renegociación, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, 264 pp.

---

Derecho Administrativo, Palestra, Lima, 2010, 825 pp.

CEDIEL DE PEÑA, M., «Convenios Interadministrativos y de Cooperación», Reforma al régimen de contratación estatal, Coord. DE VIVERO, F., Universidad Los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá, 1997. Pág. 287-341.

CERRATO, H., «Nuevas modalidades de contratación», Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus D&L Editores S.A.C., Lima, 2013, Pág. 319-345.

CHIBÁN, N., «Aplicación de los principios de buena fe y pacta sunt servanda en los contratos administrativos», Ediciones Especiales: Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 539-552.

CHUAYFFET, E., Derecho administrativo, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F, 1983, 70 pp.

COLOMER, I., «El régimen jurídico procesal de la información secreta o reservada en relación con las industrias militares», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 651-703.

COMADIRA, J., «Algunos aspectos de la Licitación Pública», Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, 2 ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 375-407.

COMADIRA, J., «Principio de juricidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión», Derecho Administrativo. Libro en homenajes al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Coord. COMADIRA, J., Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 1219-1228.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES), Lineamientos Generales para la implementación de acuerdos de cooperación industrial y social offsets relacionados con la adquisiciones en materia de defensa en Colombia, Ministerio de Defensa de Colombia, Bogotá, 2008, 38 pp.

CÓRDOVA, J Y OTROS. Manual de Contrataciones ¿Cómo realizar una contratación eficiente con el Estado?, Caballero Bustamante, Lima, 2011, 494 pp.

COVIELLO, P., «El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 169-194.

---

«Los contratos de derecho privado de la Administración», Ediciones Especiales: Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 225-240.

CRIADO, A., «Los principios de igualdad de trato y no discriminación, y el de libre concurrencia en la contratación pública y el caso de sociedades extranjeras y su inscripción en el registro de proveedores del Estado», Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Coord. DANÓS, J., Thomson Reuters, Lima, 2013, Pág.203-224.

- DANÓS, J., «El régimen de los contratos estatales en el Perú», Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Coord. ZEGARRA, D., Palestra, Lima, 2007, Pág. 63-106.
- DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, 9 ed., Tecnos, Madrid, 1991, 1166 pp.
- EXPÓSITO, J., «El deber de selección objetiva», Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 399-431.
- FARRANDO, I., «La Licitación Pública. Entre el poder y los ciudadanos ¿Tensiones permanentes? (Algunos Lineamientos sobre el nuevo régimen del D 893/12 en Argentina)», Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág. 195-225.
- FERNÁNDEZ, C., «Reflexiones en torno a la “autonomía de la voluntad», Doctrinas Magistrales Nacionales, Coord. CANTUARIAS, F., Revista Jurídica Thomson Reuters, 2012, Pág. 67-88.
- FERNÁNDEZ, J., «Los vicios de la contratación pública en México», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 469-488.
- FONSECA, C., «Impacto de las compensaciones industriales sobre las capacidades de las Fuerzas Armadas de Chile», Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, No. 7, 2007, Pág.199-225.
- FOY, P. «Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 335-350.
- GAMIO, S., «¿Qué se requiere realmente para contar con compras gubernamentales más eficientes? ¿Basta con modificaciones normativas? Una mirada a los procesos de selección sujetos a la legislación de contrataciones del Estado», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 131-145.

- GARCÉS, W., «Sobre la exoneración de los procesos de selección para contratación estatal en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento», Derecho y Sociedad, No. 36, 2007, Pág. 191-197.
- GARCÍA TREVIJANO, E., «Consideraciones sobre el Contrato de Suministro en el Sector Defensa», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 299-317.
- GARCÍA, J., «Problemática de la ejecución y el control del gasto público en el ámbito de los contratos de suministro de bienes para la defensa y el contrato de suministro con el Ministerio de Defensa», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 319-423.
- GARCÍA, M., «De las compensaciones a los programas de cooperación industrial internacional en el ámbito de defensa en España», La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 13-26.
- GARCÍA, T., «Los principios de la contratación pública», Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Antonio Torres Gómez, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 2004. Pág. 58-89.
- GONZALES, A., «Aspectos Industriales y de financiación en los programas de carácter militar. La perspectiva industrial», La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 27-42.
- GÜECHA, C., «El contrato como acto administrativo: Una nueva teoría que determina su control de legalidad», Principia Iuris, No. 14, 2010, Pág. 19-44.
- HERDEGEN, M., Derecho Internacional Público, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2005, 439 pp.
- HERNÁNDEZ, V., «Los avances y problemas de la contratación con el Estado», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 107-129.

CCOO DE INDUSTRIA. Informe sobre situación y perspectiva en Sector Defensa y Seguridad. Madrid: MCA-UGT, 2015. 90 pp.

IVANEGA, M., «El procedimiento de licitación pública», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 257-276.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, M., «Los contratos administrativos, los tratados internacionales y la jurisdicción nacional», Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 941-955.

LAZO, X., «Contratos Públicos sobre Defensa y Seguridad en el Mercado Europeo», Revista Vasca de Administraciones Públicas, No. 82, 2008, Pág. 94-124.

---

«Novedades de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad», Contratación Administrativa Práctica, Sección Reflexiones, No. 114, 2011, Pág. 1-12.

---

«Un Nuevo Sector Excluido de las Normas Generales de la Contratación Pública: La Defensa y la Seguridad», Revista General de Derecho Administrativo, No. 24, 2010, Pág. 1-30.

LINARES, M., «El Contrato Administrativo frente al Derecho Internacional y al Derecho de la Integración. Acuerdos de la OMC, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, Normativa Comunitaria Europea y Sudamericana y Tratados de Libre Comercio», Derecho y Sociedades, No. 29, 2005, Pág. 63-75.

---

El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos, Grijley, Lima, 2006, 160 pp.

MAIRAL, H., «La teoría del contrato administrativo», Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, 2 ed., Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 247-253.

- MARDONES, I., «Los offset compensaciones industriales en proyectos de defensa», Revista Marina, No. 3, 2002, Pág. 1-11.
- MARTIN, J., «¿Progresos o regresos normativos en materia de estudio de las posibilidades que ofrece el mercado para las contrataciones estatales?», Revista Jurídica del Perú, No. 140, 2012, Pág. 27-36.
- MARTIN, R., «Administración Pública y procedimiento administrativo general. Razones para su vinculación», La Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez Años después, Coord. ZEGARRA, D Y BACA, V., Palestra, Lima, 2011, Pág. 27-49.
- MARTÍNEZ, J., «Derecho Público y Derecho Privado. Disyuntiva determinante para el Estado de derecho», Revista Peruana de Derecho Público, 22, 2011, Pág. 15-29.
- \_\_\_\_\_ «La causa jurídico pública de los contratos públicos», Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Coord. ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Lima, 2010, Pág. 675-705.
- MARTÍNEZ, J., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág.449-499.
- MARTÍNEZ, M., «Los supuestos de inaplicación del régimen de contratación pública. Un breve estudio de los supuestos no comprendidos en la Ley de Contrataciones del Estado», Revista Jurídica del Perú, No. 77, 2009, Pág. 194-201.
- MATOS, I., «¿Contrato administrativo o contrato privado de la administración?», Gaceta Judicial, 2010, Pág. 1-14.
- MEILÁN, J., «Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág. 223-245.

---

«Teoría del Contraro Administrativo: origen, Evolución Histórica y Situación Actual», Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 521-544.

MEIRIÑO, A., «La industria española de defensa en el nuevo marco de la unión europea», La Industria Española de Defensa en el Ámbito de la Cooperación Internacional, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, Pág. 73-102.

MINISTERIO DE DEFENSA., «Respuesta a la Solicitud de Acceso a la Información Pública No. 2014-5003601», Lima, 5 de junio de 2014.

MIRANDA, R Y TAFUR, S., «Contratación Estatal: Algunas Reflexiones Generales», Derecho y Sociedad, No. 29, 2005, Pág.140-152.

MOLINA, E., «Descubrimiento y revelación de secreta información relativas a la Defensa Nacional», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 625 y 650.

MORENO, J., Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas, Albacete-Bomarzo, Castilla, 2010, 95 pp.

MORENO, R., «La importancia de la opinión pública española en la fijación de la política y los presupuestos de defensa y en la percepción de las Fuerzas Armadas», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 85-119.

MORÓN, J., «Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas», Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Coord. ZEGARRA, D., Palestra, Lima, 2007, Pág. 23-62.

MURATORIO, J., «Algunos aspectos de la competencia efectiva entre oferentes en la licitación pública» Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 371-386.

NIELSEN, F., «La razonabilidad y eficiencia como principios generales de la contratación administrativa» Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Coord. COMADIRA, J., Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 331-352.

NOVAK, F., «Comentarios a los artículos 55-57 de la Constitución Política de 1993», La Constitución Comentada, Coord. GUTIÉRREZ, W, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Pág.756-783.

NOVAK, F. Y GARCÍA, L., Derecho Internacional Público. Sujetos del Derecho Internacional. Vol 1, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, 522 pp.

OLIVOS, M., «Fundamentos constitucionales de la Economía Social de Mercado en la Economía Peruana», Ius, Revista de Investigación Jurídica, No. 8, 2014, Pág. 1-27.

ORTEGA, V., «La innovación tecnológica en el sector de la Defensa y Seguridad en España», Cátedra Isdefe-UPM, En: <http://catedraisdefe.etsit.upm.es/wp-content/uploads/2010/11/IV-Congreso-Internacional-Seguridad-Defensa-1.pdf> (último acceso: 15de abril de 2015).

PALOMAR, A., «Los principios de la contratación pública en la LCSP», Manual para licitadores y contratistas del sector público, Dykinson, España, 2012, Pág. 13-17.

---

«Marco referencial de la contratación administrativa en materia de defensa», Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa, Dir. PALOMAR, A., Aranzadi, Navarra, 2009, Pág. 163 y ss.

PEDRESCHI, W., «Sobre la exoneración de los procesos de selección para la contratación estatal en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N°1017 y su Reglamento», Derecho y Sociedad, No. 36, 2007, Pág.191-197.

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-MASTER EN DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. «Módulo II: Las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública», Lección 5: Aspectos generales de la contratación pública en la Unión Europea. Importancia económica y social, España, 2015, 27 pp.

---

«Módulo II: Las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública», Lección 6: La decisiva influencia del Derecho europeo de la contratación pública en Estados miembros de la Unión. Su aplicación en España, España, 2015, 21 pp.

---

«Módulo II: Las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública», Lección 7: Desarrollo y evolución de la normativa de la Unión Europea sobre contratos públicos, España, 2015, 47 pp.

RARICK, CH., «War Is Business and Business Is Good for the United States: The Military Arms Industry Goes Global», Journal of the International Academy for Case Studies, No. 19, Books and Journals, 2013, Pág. 1-7.

RETAMOZO, A., Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios, Jurista Editores, Lima, 2011, 868 pp.

---

«Contrataciones y adquisiciones del Estado», La Constitución Comentada, Coord. Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, Pág.334-342.

REUTER, P., Introducción al Derecho de los Tratados, 1 ed., Fondo de Cultura Económica México, México D.F, 2001, 356 pp.

REVILLA, A., «La transparencia en la Ley de Contrataciones del Estado», Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, No. 66, 2011, Pág.195-221.

RODRÍGUEZ, J., «Los principios del Derecho global de la contratación pública», Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 66, 2011, Pág. 29-54.

RODRÍGUEZ, A., Lecciones de Derecho Internacional Público, Technos, Madrid, 2002, 659 pp.

ROPPO, V., El contrato, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, 990 pp.

ROSENBERG, G., «El Principio de Transparencia en las Contrataciones Públicas», Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, Coord. COMADIRA, J., Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, Pág. 379-402.

ROTONDO, F., «Formación y perfeccionamiento de la voluntad administrativa», Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional, Coord. RODRÍGUEZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, Pág.751-774.

ROUSSEAU, CH., Derecho internacional público, 2 ed., Ariel, Barcelona, 1961, 751 pp.

RUBIO, C., «¿El trámite de más en las compras estatales?», Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Coord. DANÓS, J, Thomson Reuters, Lima, 2013, Pág. 245 y 258.

SALAZAR, R., “ Introducción a la contratación estatal. Curso Compras Estatales Eficientes en OSCE”, En: [http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap1\\_m1%282%29.pdf](http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap1_m1%282%29.pdf) (ultimo acceso: 07 de abril de 2015).

---

«El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú», Derecho y Sociedad, No. 29, 2005, Pág. 55-61.

- SALOMONI, J., «Contratos Administrativos y Mercosur» Contratos Administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral-Facultad de Derecho, 2 ed, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, Pág. 461-490.
- SANZ, I., «Algunos Problemas de la regulación de los contratos públicos en el derecho peruano», Derecho Administrativo (Ponencias presentadas al Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo), Coord. ZEGARRA, D., Jurista Editores, Lima, 2004, Pág. 649-666.
- \_\_\_\_\_ «Eficacia en la Contratación Administrativa», Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Coord. ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Lima, 2010, Pág. 707-720.
- SOTELO DE ANDREAU, M., «Las contrataciones reservadas», Ediciones Especiales: Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, Pág. 79-101.
- SOTO, J., «Las compras de armamento de las Fuerzas Armadas de Chile: ¿Carrera armamentista o modernización?», Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. 2005, <http://www.anepe.cl/2012/07/las-compras-de-armamento-de-las-fuerzas-armadas-de-chile-carrera-armamentista-o-modernizacion/> (último acceso: 16 de abril de 2015).
- SPOTA, A., Instituciones del Derecho Civil. Contratos. Volumen I. Introducción. Ámbito de aplicación. Clasificaciones. Formación (consentimiento contractual), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, 550 pp.
- SUÁREZ, A., La Industria de la Defensa y Seguridad en América Latina, IDS, Madrid, 2012, 112 pp.
- SUESCÚN, J., Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Vol I. Editorial Legis, Colombia, 2003, 885pp.

VIDAL, F., El acto jurídico, 4 ed, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, 574 pp.

WON-JOON, J., «The Defense Offset Valuation Model», Disam Journal, 2007, Pág. 1-7.

ZEGARRA, A., Descubrir el Derecho, Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática, Palestra, Lima, 2009, 337 pp.