

El peligro de los conceptos jurídicos indeterminados en las contrataciones públicas

The danger of undefined legal concepts in public procurement

Andrea Anahi Pesoa Sánchez¹

¹ Dirección Nacional de Contrataciones Pùblicas, Paraguay

Correspondencia: apesoa@dncp.gov.py

Resumen

En el ámbito del Derecho Administrativo, y en especial, en las contrataciones públicas, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, obligan al Estado a realizar interpretaciones que a su criterio son aplicables a un caso en concreto, pudiendo las decisiones carecer de fundamentos técnicos o constitucionales cuando la interpretación resulta más conveniente a lo que se pretende alcanzar. Es por ello, que el presente artículo, pretende ser una herramienta de debate, el cual no busca inculcar una postura respecto al tema expuesto, sino más bien, ser objeto de análisis desde el criterio que el lector mejor lo estime.

Palabras clave derecho, administrativo, conceptos jurídicos, contrataciones, públicas.

Abstract

In the field of administrative law, and particularly in public procurement, the existence of undefined legal concepts forces the State to make interpretations that it considers applicable to a specific case, and decisions may lack technical or constitutional grounds when the interpretation is more convenient for achieving the desired outcome. That is why this article is intended to be a tool for debate, which does not seek to instill a position on the subject matter, but rather to be analyzed from the perspective that best suits the reader.

Keywords

law, administrative, legal concepts, public, procurement.



Conceptos jurídicos indeterminados en la legislación paraguaya

Para el desarrollo del presente artículo, se adoptó un enfoque doctrinal y jurisprudencial con el fin de analizar el impacto que tendría la aplicabilidad discrecional, por parte de la administración pública, de disposiciones que contemplen conceptos jurídicos indeterminados en la legislación paraguaya, y en particular, en las contrataciones públicas. Además, se realizó una revisión exhaustiva de la legislación nacional vigente, así como de un fallo judicial por falta de fundamentación emitida por la Sala Constitucional para identificar la jurisprudencia recaída en casos análogos respecto a la aplicación discrecional de las autoridades jurisdiccionales.

Para comprender el análisis del presente artículo es preciso responder a la siguiente interrogante: ¿Qué se entiende por concepto jurídico?

Los conceptos son ideas abstractas o representaciones mentales sobre características de un objeto, permitiendo su categorización y comprensión. El elemento jurídico se constituye por la afectación de juridicidad que se aplica al mencionado concepto.

Los conceptos jurídicos fundamentales son aquellos elementos necesarios previstos en todas las normas, entre los cuales podemos citar al sujeto, el supuesto jurídico, el deber jurídico o la sanción, por lo cual sería incorrecto mencionar que una norma podría carecer de absolutamente todos esos elementos.

Sobre este punto considero importante traer a colación lo que mencionaba Radbruch sobre la Teoría General de Derecho, él señalaba que la teoría General del Derecho constituye el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva y que “tiene por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales” (Osorio, sf). exponiendo comparativamente estos conceptos jurídicos semejantes a las distintas ordenaciones jurídicas. En otras palabras, los conceptos jurídicos son términos o ideas que reflejan el significado de un elemento esencial de una norma o una institución legal.

Se podría decir que son aquellos términos empleados por el legislador cuya formulación normativa no permite precisar con anticipación todos sus límites concretos (V.g.: “buenas costumbres”, “interés social”, “proporcionalidad”, “razón de Estado” u otros) de modo que su aplicación exige de una interpretación para cada caso particular; son elementos flexibles, de contenido variable, que pueden adaptarse a circunstancias cambiantes pero que también plantean retos en cuanto a seguridad jurídica, tipicidad normativa y control jurisdiccional. En Paraguay, aunque no se ha desarrollado en doctrina y jurisprudencia con la misma intensidad que en otros países latinoamericanos, estos conceptos tienen relevancia práctica y constitucional, pues se hallan sedimentados en la Constitución Nacional de 1992, en leyes orgánicas, y en normas de derecho administrativo e incluso penal, lo que

obliga a los tribunales y autoridades administrativas a operar cautelosamente para evitar abusos o arbitrariedades.

El principio de legalidad, que en materia penal está recogido expresamente en el artículo 17 inc. 3) de la Constitución “*que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso...*” o, en términos doctrinarios “*nullum crimen, nulla pena sine lege*” y reforzado por disposiciones del Código Penal que exigen que toda pena o medida punitiva esté fundada en una ley previa que describa los presupuestos de punibilidad, esto limita el uso de conceptos jurídicos abiertos o imprecisos en el derecho penal, pues en este ámbito la necesidad de certeza, tipicidad y delimitación normativa es relevante.

En el ámbito del derecho administrativo paraguayo, la Ley N.º 6715/21 de Procedimientos Administrativos, que regula los actos administrativos, el procedimiento sancionador y los recursos administrativos, contiene disposiciones que implican que las autoridades deben sujetarse a la Constitución, al ordenamiento jurídico, y respetar principios como eficiencia, legalidad, respeto de derechos fundamentales y deberes del Estado. Dichos principios implican que cuando una norma o decisión administrativa utilice conceptos jurídicos indeterminados, esta utilización debe realizarse de manera coherente con garantías procesales, objetividad, y con posibilidad de control judicial.

En cuanto a la jurisprudencia, aunque no existen procesos referentes a “conceptos jurídicos indeterminados” como el objeto motivador del juicio, los tribunales paraguayos aplican las normas constitucionales de legalidad y debido proceso, interpretando restricciones a la discrecionalidad, exigiendo motivaciones precisas, respetando garantías de defensa, además de imponer límites al uso de analogía o interpretación extensiva en perjuicio del reo, especialmente en materia penal y sancionadora. Por ejemplo, podemos mencionar al Código Procesal Penal paraguayo, en el cual, hay disposiciones que prohíben la interpretación extensiva de normas que restrinjan derechos o impongan sanciones, salvo que favorezcan al imputado.

Sin embargo, uno de los problemas prácticos es que la legislación paraguaya no siempre tipifica con la precisión adecuada algunos conceptos normativos que luego exige aplicar, conceptos que no tienen fijados en la ley criterios objetivos o umbrales claros, dejando una alta carga interpretativa tanto para la autoridad administrativa como para los jueces (normas administrativas que sancionan “mal desempeño de funciones”, “ineficiencia manifiesta”, u “obstaculización grave” de deberes administrativos, etc.).

En esos casos, para que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados sea legítima se hace imprescindible que la administración cumpla con requisitos como: motivación y fundamentación de sus decisiones, audiencia

al administrado, posibilidad de impugnación jurisdiccional, cumplimiento de procedimiento legal, respeto de los derechos fundamentales y principios como proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica.

El peligro de los conceptos jurídicos indeterminados en las contrataciones públicas

Todas las disposiciones legales son susceptibles de reglamentar sobre conceptos jurídicos, pero ¿qué ocurre cuando un concepto jurídico se regula de una forma ambigua o vaga? Esto se vuelve en aplicación subjetiva de dicha norma.

Es comprensible entender que, con la introducción de estos conceptos jurídicos indeterminados, se pretende dotar de flexibilidad al ordenamiento jurídico considerando el dinamismo del derecho positivo, sin embargo, se debe advertir que esto podría influir en prácticas arbitrarias afectando la seguridad jurídica.

La normativa sobre contrataciones públicas de muchos países, como la Ley N.º 32069 General de Contrataciones Pùblicas del Perú o la Ley 80 /93 "Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" de Colombia, incorpora múltiples conceptos jurídicos indeterminados que otorgan un amplio margen de apreciación a las entidades contratantes. Esta situación, aunque puede parecer una herramienta útil para adaptar la contratación a realidades locales o específicas, abre la puerta a decisiones discrecionales difíciles de controlar.

En la República del Paraguay se ha sancionado la Ley N.º 7021/22 "De Suministro y Contrataciones Pùblicas" en el año 2022, cuya entrada en vigencia dependía de la publicación de su Decreto Reglamentario, de conformidad con lo previsto en su Artículo N.º 160 que establece "*La presente Ley entrará en vigencia a partir de la publicación del decreto reglamentario*". De esta manera se publica primeramente el Decreto N.º 9823/23 y al año siguiente se publica el segundo decreto, que abroga la anterior, el Decreto N.º 2264/24.

El cuadro previsto a continuación es meramente ilustrativo, al solo efecto de comprender lo expuesto en el párrafo anterior, representando las disposiciones aplicables de acuerdo a decreto reglamentario emitido, en el paso del tiempo.

Tabla 1. Régimen aplicable de acuerdo a la reglamentación vigente al tiempo de la comunicación de los procedimientos de contratación.

Ley N.º 7021/22 “De Suministro y Contrataciones Públicas”			
Disposición reglamentaria	Fecha de vigencia	Disposición reglamentaria	Fecha de vigencia
Decreto N.º 9823/23	11/08/2023	Decreto N.º 2264/24	01/08/2024
Algunas disposiciones normativas vinculantes de acuerdo al decreto reglamentario.			
Res. DNCP N.º 3801/23	27/10/2023	Res. DNCP N.º 2939/24	18/10/2024
		Res. DNCP N.º 2940/24	18/10/2024
Res. DNCP N.º 4401/24	01/01/2024		
Res. DNCP N.º 453/24	15/02/2024	Res. DNCP N.º 230/25	17/02/2025
Res. DNCP N.º 1230/24	06/05/2024		
Res. DNCP N.º 4400/24	01/01/2024	Res. DNCP N.º 234/25	17/02/2025

Observación: Las disposiciones normativas son mencionadas de manera enunciativa, no limitativa, en caso de requerir todas las normativas con sus respectivas fechas de vigencia, se recomienda hacer la búsqueda de las demás disposiciones en el marco legal de la DNCP ingresando en el siguiente enlace: www.contrataciones.gov.py

En el derecho administrativo, y particularmente en las contrataciones públicas, la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, sea por falta de regulación objetiva o por amplitud semántica, requieren de la interpretación subjetiva de los actores que aplican las disposiciones en materia de contrataciones. En consecuencia, el contexto exige la valoración sobre el caso en concreto, siendo susceptible de interpretaciones erróneas, o incluso, de aplicación equívoca.

Los conceptos tales como “Condición más ventajosa”, “razonabilidad del precio”, “solvencia técnica, económica y legal suficiente”, entre otros, son términos que conceptualmente podrían ser definidos, pero al momento de aplicarnos, se vuelven discretionales por parte del Estado.

Marco Aurelio González (2023), en su libro “La discrecionalidad Administrativa”, enfatiza que esta discrecionalidad no es ajena al derecho, sino que está integrada al propio sistema jurídico, por la indeterminación o apertura que las leyes deben tener en

ciertos casos. El verdadero reto existe entre la necesidad de la discrecionalidad (para adaptarse a situaciones complejas o cambiantes) y la necesidad de límites claros y objetivos para evitar el abuso o la desviación de discrecionalidad.

Los conceptos jurídicos indeterminados facilitan la arbitrariedad administrativa. El principal peligro de esta indeterminación es cuando la institución pública tiene un amplio margen de interpretación, aumentando el riesgo de que las decisiones adoptadas no sean objetivas, utilizando esta indeterminación como un instrumento para favorecer a un proveedor argumentando que su precio es “razonable”, sin una determinación clara de cuándo un precio es considerado razonable, sin justificación medible, legitimando favoritismos o camuflando actos de corrupción o, direccionalamientos.

Similares escenarios podrían generar desconfianza en el sistema por parte de los oferentes y proveedores atendiendo a que surge el pensamiento de que no cuentan con la seguridad de que sus ofertas sean evaluadas con criterios determinados y objetivos, e incluso por parte de la ciudadanía en general, cuando de su indagación sobre las documentaciones de un procedimiento de contratación, observan que la decisión adoptada por parte de la institución pública fue valorizada con criterios indeterminados.

La discrecionalidad excesiva puede derivar en inseguridad jurídica, procesos pocos objetivos e imparciales, afectando al principio de igualdad y libre competencia, generando desconfianza por parte de los oferentes hacia el Estado, nutriendo a la baja participación y afectando la eficiencia de la contratación pública.

Por otro lado, las auditorías internas institucionales, las contralorías o tribunales administrativos se encuentran con obstáculos al verificar documentaciones con criterios ambiguos o subjetivos, a raíz de que la normativa no regula sobre criterios claros u objetivos, sino sobre requerimientos indeterminados que permiten la decisión, a veces arbitraria, de funcionarios o empleados públicos. En algunos casos, incluso los tribunales podrían aceptar la interpretación de la administración salvo que exista una arbitrariedad manifiesta.

Sin embargo, no todo es negativo, uno de los criterios del derecho administrativo que a mi parecer resulta especialmente relevante, desarrolla que los actos administrativos deben ser “suficientemente motivados” como requisito de validez, a mayor grado de discrecionalidad en el dictado del acto administrativo, es mayor la exigencia de motivarlo suficientemente, esto se podría traducir en la justificación equivalente a la discrecionalidad del acto, en otras palabras, la motivación del acto debe ser proporcional a la discrecionalidad ejercida, a más discrecionalidad, mayor justificación y mayor rendición de cuentas debe tener.

Por otro lado, es importante destacar lo previsto en la Constitución Nacional de la República del Paraguay, que en su artículo 257 establece el principio de

legalidad de derecho público regulando que “Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley” teniendo en cuenta que el principio de legalidad exige que toda actuación administrativa se ajuste estrictamente al marco normativo vigente, los conceptos jurídicos indeterminados deben ser interpretados de manera que no vulneren dicho principio, lo que implica límites razonables a la discrecionalidad administrativa.

Es importante destacar que los actores deben contar con el valor genuino de la integridad, la comprensión por parte de los órganos del Estado de, que plasmar en un acto administrativo un criterio encarado desde la discrecional o lo arbitrario conlleva una responsabilidad administrativa e incluso a veces, civil o penal, es ser consciente de que la motivación suficiente de los actos debe ser elaborado desde la objetividad e imparcialidad adecuadas.

Es sabido que la discrecionalidad nunca es absoluta, se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, es decir, no se puede actuar fuera de lo previsto en el marco legal, los principios constitucionales de legalidad, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, la motivación suficiente del acto administrativo, el interés público como un elemento esencial para el uso de las facultades discretionales y del control judicial.

Una de las frases más interesantes, respecto a la discrecionalidad es la mencionada por el Dr. Marco Aurelio González, señalando que: “La discrecionalidad no es licencia para decidir caprichosamente. Es una herramienta jurídica condicionada por el deber de motivación y por los fines del ordenamiento jurídico”.

Caso de arbitrariedad en fallo judicial por falta de fundamentación

El 24 de noviembre del 2011 en el Acuerdo y Sentencia N° 884 (Municipalidad de Gral. Artigas c/ Ganadera Salitre Cue S.A.)¹, se planteó acción de inconstitucionalidad por aplicación caprichosa de reglas procesales, y la Sala Constitucional estimó que la omisión de identificar correctamente la resolución impugnada, y la aplicación de forma estricta de formalidades sin razonabilidad, era arbitrariedad.

La Sala Constitucional creyó conveniente trasladar lo que enseña Pedro J. Bertolino en su obra “El exceso ritual manifiesto”, al analizar esta circunstancia: “a) el proceso no puede ser conducido en términos estrictamente formales o mecánicos, conforme a un ritualismo caprichoso; b) el proceso está destinado al establecimiento de la verdad jurídica objetiva; c) la conducción meramente formalística, mecánica o ritualista del proceso, oculta la obtención de la verdad

¹ Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Municipalidad de Gral. Artigas c/ Ganadera Salitre Cue S.A. s/ Ejecución de Sentencia.

jurídica objetiva; d) a la verdad jurídica objetiva se le debe dar primicia; e) los jueces no pueden renunciar, para obtener la verdad jurídica objetiva, a dar a los casos que juzgan su fundamento de hecho, cuando ese fundamento sea relevante para la obtención de dicha verdad; f) la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de la justicia;....h) el ocultamiento de la verdad jurídica objetiva por excesos rituales o formales, importa la frustración en la aplicación del derecho” (pp. 29-31).

Para comprender mejor lo indicado en el párrafo anterior es conveniente definir los siguientes términos: “rito” como lo razonable y “ritualismo” como el abuso del rito o lo arbitrario.

La Sala Constitucional concluye que el Tribunal ha incurrido en una aplicación caprichosa de las reglas procesales, ya que una simple operación lógica le permite deshacer cualquier atisbo de duda respecto de la identificación del fallo impugnado, mismo, aunque el recurrente haya errado parcialmente en la numeración del auto. Tal aplicación incurre en una causal de arbitrariedad que conlleva un único resultado en nuestro plexo normativo.

Si bien, el fallo no es precisamente atribuible al mundo de las contrataciones públicas, es bien sabido que el mismo sienta una jurisprudencia doctrinal a las resultas de cualquier juicio controvertido bajo similar objeto o naturaleza.

Es por ello la importancia de comprender que existe una delgada línea entre las decisiones discretionales y las decisiones arbitrarias en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

En las contrataciones públicas, la adjudicación, el rechazo de la oferta, la modificación contractual bajo amparo del interés público², etc., debe estar claramente justificada en los pliegos, en los informes técnicos, en criterios objetivos, y no meramente por interpretaciones extensivas, irrationales o injustificadas, evitando disfrazar injusticias detrás del “cumplimiento” de normas, cayendo en un ritualismo caprichoso.

Conclusión

Los conceptos jurídicos indeterminados en la legislación paraguaya son inevitables y útiles para dotar al ordenamiento de flexibilidad (adaptación a la realidad cambiante, posibilidad de cubrir casos imprevistos, función normativa dinámica) pero esa utilidad debe estar contrapesada con garantías constitucionales: el principio de legalidad, el deber de delimitar lo más posible los términos en la ley, la obligación de motivar decisiones, el control judicial, y la protección al administrado frente a posibles arbitrariedades. Si el sistema jurídico paraguayo logra que esos

² Art. 65 inc. b) de la Ley N.º 7021/2022 “De Suministro y Contrataciones Públicas”.

conceptos no degeneren en discrecionalidad arbitraria, mantendrá un mayor grado de legitimidad, confianza pública y seguridad jurídica.

La existencia de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de las contrataciones públicas podría traer aparejado una incertidumbre para los posibles oferentes o proveedores del Estado, considerando la delgada línea entre la discrecionalidad de la administración y la arbitrariedad administrativa.

Si bien el derecho positivo precisa de flexibilidad normativa respecto a ciertos actos, se vuelve imprescindible que las disposiciones legales regulen mecanismos que permitan disminuir la brecha de la vaguedad, aumentando la seguridad jurídica, garantizando de esta manera la eficiencia en la aplicabilidad de las normas en los procedimientos de contrataciones públicas. Esto se puede lograr a través de manuales o lineamientos que delimiten el uso de estos conceptos, matrices de evaluación objetivas y capacitación continua a los funcionarios o empleados públicos, para la utilización coherente y objetiva de esos conceptos jurídicos.

El sistema normativo de la gestión de las contrataciones debe responder a criterios objetivos, evadiendo, en la mayor medida posible, el actuar discrecional de los servidores públicos. No obstante, esta premisa no solo aplica a la gestión de las contrataciones como una etapa aislada del sistema nacional de suministro público del Paraguay, sino que debe ser acompañado y aplicado de manera transversal a todas las etapas de la Cadena Integrada de Suministro Público.

Referencias

- Acción de inconstitucionalidad en el juicio: Municipalidad de Gral. Artigas c/ Ganadera Salitre cue s.a. s/ ejecución de sentencia. (2011). [Sentencia].
- Decreto Reglamentario N.º 2264/2024 *Por el cual se reglamenta la Ley N.º 7021/22 del 9 de diciembre de 2022 De Suministro y Contrataciones Pùblicas.* (2024).
- González Maldonado, M. A. (2023). *La discrecionalidad administrativa* (1.^a ed.). Editorial La Ley Paraguaya.
- Ley 80/1993 *Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* (1993). (Colombia).
- Ossorio, M. (s.f.). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Teoría General del Derecho* (1.^a ed. electrónica).

Paraguay. Ley N.^o 7021/2022, *De Suministro y Contrataciones Pùblicas.* (2022).

Perú. Ley N.^o 32069/2024, *General de Contrataciones Pùblicas.*