
La Contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato

Ricardo Salazar Chávez*

Presidente del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- CONSUCODE

Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú

El propósito del presente artículo es mostrar determinados aspectos propios de los contratos de la Administración Pública que justifican ampliamente un tratamiento normativo especial que esté caracterizado por la armonización de los diferentes intereses involucrados en la celebración de cada contrato.

Actualmente las normas de contratación administrativa son objeto de revisión periódica y es común encontrar propuestas que centran su atención en el interés exclusivo de uno de los actores que participan en dicha contratación, especialmente los intereses de las entidades contratantes o de los proveedores. Sin embargo, consideramos que los intereses involucrados en cada uno de los contratos de la Administración Pública, en realidad no se circunscriben a los de la entidad contratante y del proveedor, sino que, por igual y con la misma intensidad, están presentes los intereses de otros actores; todo lo cual justifica un tratamiento integral en los procesos de perfeccionamiento normativo, de modo que se evalúe cada propuesta normativa en función al impacto que tendrá en el conjunto de los intereses involucrados.

I. Justificación del Contrato de la Administración Pública

La Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la Función Administrativa del Poder, tiene la necesidad de valerse de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos.

Entre los posibles instrumentos o medios de que se vale la Administración Pública destacan la regulación normativa, la participación directa en las actividades económicas (a través de empresas del Estado), la ejecución de su presupuesto por medios propios (conocida básicamente como modalidad de

administración directa) y la colaboración de terceros (en este caso están comprendidos los contratos de la administración pública, que son de diverso objeto).

Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública.

Dentro del ámbito jurídico, el Contrato de la Administración Pública se ubica como forma jurídica administrativa. En tal sentido, constituye uno de los medios por los que se expresa la Función Administrativa (otros medios son el reglamento, el acto administrativo, el acto de administración interna y las actuaciones materiales administrativas).

II. Contrato en General y Contrato de la Administración Pública

El Contrato es una categoría abstracta y genérica. Sustantivamente significa un acuerdo de voluntades por el cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones en el ámbito patrimonial. Es una institución jurídica general del Derecho, una categoría que se extiende en todo el ordenamiento jurídico.

La categoría Contrato adopta configuraciones distintas, según sea el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual se manifiesta y, por lo tanto, el régimen normativo que regula cada modalidad contractual guarda relación con los fundamentos y principios que regulan la correspondiente Rama del Derecho.

Así tenemos que, en el ámbito del Derecho Privado, el Contrato establece vínculos entre por lo menos dos partes, considerándolas en un plano de igualdad; en el ámbito del Derecho Social, contratos como el de índole laboral establecen vínculos entre dos partes, de las cuales a una se la considera parte débil

* Profesor de Derecho en la Universidad de Ciencias Aplicadas- UPC

Profesor de Derecho Administrativo de la Maestría en Administración Pública de la Universidad Particular de San Martín de Porres.



respecto de la otra y que por imperio de la ley se la protege, no obstante cierto margen de negociación libre entre las partes; y en el ámbito del Derecho Público, especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo, el Contrato establece vínculos entre una parte constituida por una entidad de la Administración Pública que actúa en ejercicio de Función Administrativa para el cumplimiento de sus metas, objetivos y fines, con un proveedor – normalmente del Sector Privado, aunque puede pertenecer al Estado – que colabora con la entidad contratante de la Administración Pública, considerándose una relación en la cual, en último extremo, prevalece el interés público representado por la entidad administrativa respecto del interés individual del proveedor, pero que actualmente la normativa tiende a equilibrar mediante la incorporación de autolimitaciones al poder del Estado o mecanismos de protección para el proveedor que contrata con la entidad administrativa.

Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública es una especie dentro del género Contrato y puede ser definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

El Contrato de la Administración Pública no se caracteriza porque la entidad administrativa que contrata tiene prerrogativas especiales a su favor (por ejemplo, la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato o modificar el contenido de éste), sino porque, por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa. Es decir, será el ordenamiento jurídico el que fijará la posición de la entidad administrativa respecto de su co-contratantes, otorgándole en algunos casos prerrogativas especiales, mientras que en otros casos no.

Dos teorías han servido de punto de apoyo para determinar las denominaciones asignadas a los contratos en que es parte la Administración Pública. La primera parte de considerar que el Estado tiene una doble personalidad – una pública, por la que ejerce actos de poder, y otra privada, por la que ejerce actos privados, lo cual también se reflejaría en los tipos de contratos que celebra. La segunda teoría – a la cual nos adscribimos – parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública y, por lo tanto, siempre sus actos son expresión de Poder; razón por la cual los contratos de la Administración Pública siempre son manifestaciones específicas de una de las funciones del Poder, específicamente de la Función Administrativa.

Si el punto de partida es que el Estado tiene dos personalidades, una pública y una privada, se debe utilizar las siguientes denominaciones:

- a.- **Contratos administrativos**, a los contratos celebrados en ejercicio de la personalidad pública, caracterizados por otorgar a la entidad administrativa contratante prerrogativas especiales a su favor, tal como la posibilidad de resolver o modificar unilateralmente el contrato.
- b.- **Contratos Privados de la Administración Pública (o del Estado)**, cuando ejerce su personalidad privada, en los cuales la entidad administrativa contratante no tiene prerrogativas especiales a su favor.

En cambio, si el punto de partida es que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública, el término apropiado es el de **Contratos de la Administración Pública**. En este caso el Estado, haciendo uso del poder, decide el régimen a que somete las relaciones contractuales en que es parte la Administración Pública.

III. Disposiciones Constitucionales sobre Contratos

La Constitución Política del Perú contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas sobre la contratación en el Perú, destacando disposiciones como el artículo 2º, inciso 14; artículo 62º; artículo 63º; y artículo 76º.

La lectura integral de los artículos lleva a concluir que el Constituyente optó por un régimen con tres tipos de normas, en materia contractual: unas aplicables a todo tipo de contratos; otras aplicables a contratos entre particulares; y otras aplicables a contratos de la Administración Pública.

Asimismo se percibe que nuestra tendencia constitucional se ha inclinado por mantener la diferencia entre Contratación de la Administración Pública y contratación de otros regímenes como la Contratación Privada y la Contratación Laboral. En tal sentido, el ordenamiento jurídico fundamental delimita un ámbito propio para la contratación administrativa y que las normas legislativas y reglamentarias de desarrollo deberán respetar.

IV. Contrato de la Administración Pública y Contrato Privado regido por el Código Civil

Con fines ilustrativos sobre tal diferenciación, presentamos a continuación una sintética comparación

entre los contratos de la Administración Pública y los contratos privados regidos por el Código Civil; lo cual nos permitirá apreciar algunas semejanzas, pero también radicales diferencias entre ambos tipos de contratos, poniendo de manifiesto la peculiaridad que adquiere la contratación administrativa, en razón a que ésta implica la presencia de finalidades públicas y, en casi todos los casos, la utilización de fondos públicos.

a.- El artículo 1351° del Código Civil establece el concepto general de contrato señalando que es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Este concepto subyace en la noción de Contrato de la Administración Pública, pero en este caso presenta la peculiaridad de que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

b.- Conforme al artículo 1352° del Código Civil, el consentimiento de las partes basta para el perfeccionamiento del contrato. Es decir, tanto el procedimiento como la forma son libres, salvo la ley exija alguna, bajo expresa sanción de nulidad.

Respecto de los Contratos de la Administración Pública, el artículo 76° de la Constitución Política consagra la naturaleza de orden público de las normas que regulan el contrato. Por tanto, el procedimiento y la forma son bajo sanción de nulidad, aún cuando ello no esté expresamente señalado, salvo los casos en que la normativa señala supuestos de subsanación.

c.- Según el artículo 1354° del Código Civil las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En el ámbito administrativo, el contenido de los contratos es determinado fundamentalmente por la Administración Pública y normalmente ciñéndose a normas especiales. En consecuencia el margen de negociación para las partes es mínimo o no existe.

d.- Conforme al artículo 1355° del Código Civil la ley, por consideraciones de orden social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato. El propósito general de esta disposición es proteger a determinadas categorías de personas o actividades socialmente significativas.

En la contratación administrativa es aplicable el mismo criterio y, considerando las finalidades públicas comprometidas en este tipo de contratación, es usual la presencia de tal clase de disposiciones (tal el caso de disposiciones a favor de la pequeña y microempresa).

e.- Según el artículo 1356° del Código Civil las disposiciones de la legislación civil sobre contratos, son supletorios de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. Con ello se confirma la prioridad otorgada a la libre voluntad de las partes.

En los contratos de la Administración Pública, el principio es el contrario, pues la casi totalidad de las normas tienen carácter imperativo. Sólo por excepción la voluntad de las partes prevalece.

f.- El artículo 1357° del Código Civil establece que por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantía y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato. Se refiere a los denominados contratos-ley cuya expresión usual son los contratos de estabilidad tributaria.

En el ámbito administrativo, tradicionalmente, los contratos-ley, calificaban como contratos en los que la Administración Pública gozaba de prerrogativas especiales a su favor. Sin embargo, actualmente la legislación los somete a la normativa privada, sin que por ello abandonen su naturaleza de Contrato de la Administración Pública, pues, por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública que actúa en ejercicio de función administrativa. Además, como la Soberanía no se abdica y aún cuando el actual régimen de los contratos-ley tengan respaldo constitucional, dicho régimen podría variar, bastando para el efecto una modificación constitucional y legislativa.

Como puede apreciarse, la contratación administrativa y la contratación privada tienen algunos elementos comunes, pero diferencias notables que implican la necesidad de delimitar del modo más claro posible el ámbito de acción de cada una de las mencionadas figuras jurídicas. Y uno de los medios de tal delimitación que ponemos a consideración del lector es la de los intereses involucrados en la contratación de la Administración Pública.



V. Intereses involucrados en la Contratación de la Administración Pública

En la contratación privada, cada contrato implica la presencia directa de dos intereses: los de cada una de las partes que contratan. Es decir, dentro de la contratación privada el centro inmediato de protección del ordenamiento jurídico está constituido por el interés de cada una de las partes que ha celebrado el contrato privado; por lo que el interés de la sociedad y otros actores es absolutamente mediato. En tal sentido, si durante la formación del contrato o durante su ejecución se produjera alguna ilegalidad que ocasionase perjuicio a alguna de las partes, el ordenamiento legal focaliza los mecanismos de protección en las partes que celebraron el contrato, pero no considera a ningún otro actor distinto a quienes lo celebraron como interesado directo en las ocurrencias que presente la celebración y ejecución de dicho contrato.

Es muy diferente la situación cuando se trata de los Contratos de la Administración Pública. En este caso se identifican ocho actores con intereses directamente vinculados a la celebración de cada uno de los contratos que celebra la Administración pública con los proveedores. Son ocho actores que tienen expectativa desde la etapa de formación de las voluntades, pasando por el perfeccionamiento del contrato y la ejecución de las respectivas prestaciones.

En tal sentido, la normativa de contrataciones de la Administración Pública debe ser capaz de armonizar los diferentes intereses involucrados, pues ello será garantía para lograr el múltiple impacto beneficioso que se espera de una de las manifestaciones más importantes de la Función Administrativa del Poder, como es el Contrato de la Administración Pública.

Los actores interesados que identificamos son los siguientes:

- a.- La entidad administrativa que contrata.
- b.- El proveedor que contrata.
- c.- El destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato.
- d.- El Sector Público en general.
- e.- El Sector Privado en general.

- f.- Las Entidades Estatales responsables del Sistema de Contratación.
- g.- La Sociedad.
- h.- La Comunidad Internacional.

A continuación describiremos el contenido básico de los intereses que expresan cada uno de los actores señalados respecto de cada contrato de la Administración Pública. El propósito es mostrar la múltiple importancia de este tipo de contratos y la razón por la que el régimen contractual de la Administración Pública debe incorporar los principios, figuras jurídicas, medios de promoción e instrumentos de protección que armonicen los diferentes intereses involucrados en cada contrato de naturaleza administrativa. Asimismo, permitirá comprender que toda propuesta de modificación al régimen contractual de la Administración Pública debe ser evaluada en cuanto a su impacto en el conjunto de intereses involucrados.

“(...) la normativa de contrataciones de la administración pública debe ser capaz de de armonizar los diferentes intereses involucrados(...)”

a.- Interés de la Entidad Administrativa que contrata

El interés de la entidad administrativa que contrata se centra en el cumplimiento de sus metas institucionales, así como obtener bienes, servicios y obras de la mayor calidad posible que le permitan los recursos disponibles, que sean oportunos y económicos (entendiendo esto último no necesariamente como lo más barato, sino considerando de manera integral el concepto).

Asimismo, es de su interés procurar la mayor eficiencia posible en la utilización de los fondos públicos que administra y la conducción de los procedimientos de contratación conforme a la normativa y principios establecidos; pues, de no tener esta actitud de gestión pública, puede ser objeto de observaciones por el Sistema Nacional de Control.

b.- Interés del proveedor que contrata

El proveedor que contrata – también denominado contratista – tiene como centro de interés su posibilidad de acceso al mercado de las contrataciones del Estado, así como el beneficio económico específico que le puede proporcionar cada contrato celebrado. En tal sentido, procura seguridad y protección en el ejercicio de sus derechos de proveedor.

c.- Interés del beneficiario de cada contrato

Cada contrato de la Administración Pública implica que los bienes, servicios u obras en que finalmente se traducirá la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, tienen uno o más beneficiarios que pueden ser de diferentes categorías como las siguientes: un órgano de la misma entidad pública contratante; una entidad pública distinta a la contratante; un grupo social determinado (ejemplo, niños beneficiarios de programas sociales, poblaciones que tienen la expectativa de beneficiarse con una carretera; etc.).

En consecuencia, la celebración de cada contrato de la Administración Pública no puede ignorar la presencia del interés del beneficiario final de las prestaciones del contratista. Es usual que tales beneficiarios expresen su interés en informarse sobre el desarrollo de la contratación, así como recibir los bienes, servicios u obras en la cantidad, calidad y oportunidad que correspondan a un contrato celebrado eficientemente.

d.- Interés del Sector Público en General.

El Sector Público en general, a través de las instancias integradoras de las acciones de Gobierno como son la Presidencia del Consejo de Ministros y las entidades centrales de los Sistemas Administrativos, tienen interés expresado en la necesidad de hacer realidad las metas y objetivos de la Modernización del Estado, a través del mejoramiento continuo de los procedimientos de la Administración Pública, la Descentralización y, últimamente, el denominado Gobierno Electrónico, dentro del cual se ubican las acciones encaminadas a implantar en el país el Sistema Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (SEACE).

Considerando que la Contratación Pública es un componente del circuito administrativo, resulta lógico que las entidades responsables del mejoramiento continuo de la Administración Pública y de la Función Administrativa, expresen su interés en la manera cómo se desarrolla la contratación administrativa.

e.- Interés del Sector Privado en General

La contratación administrativa en materia de bienes, servicios y obras en el Perú es de gran magnitud para nuestro medio. En los rubros señalados se contrata cada año por un valor aproximado de 14,000 millones de nuevos soles (aproximadamente 4, 000 millones de dólares americanos), de los cuales 54 % corresponde a

bienes, 28% a servicios y 18% a obras. Sin embargo, el gasto se concentra en Lima, por cuanto el 85% de los 14,000 millones de nuevos soles se aplica en dicha área geográfica, mientras que el 15% restante se gasta en el resto del país, con gran disparidad en la distribución entre ámbitos regionales, provinciales y distritales, en razón a que se repiten esquemas centralizados de gasto.

El Estado contrata a través de 2850 entidades y celebra entre 650,000 y 850,000 contratos cada año, respecto de una diversidad amplia de bienes, servicios y obras que pueden ser ofrecidos por gran variedad de tipos de proveedores.

El 99% del número de contratos corresponde a los procesos de adjudicación de menor cuantía y adjudicación directa selectiva, representando el 40% del total de gasto arriba señalado. Respecto de éste tipo de procesos contractuales muestran crecientemente su interés las pequeñas y microempresas.

El 1% restante del número de contratos corresponde a los procesos de adjudicación directa pública, concurso público y licitación pública, representando el 60% del gasto señalado. En este tipo de procesos contractuales se interesan fundamentalmente las medianas y grandes empresas, dado el alto nivel de significación económica y las posibilidades empresariales de ser atendidos.

Considerando las características señaladas de la contratación administrativa, el Sector Privado en general percibe la existencia de un mercado de contrataciones del Estado, debiendo tenerse en cuenta que, si consideramos las personas naturales y jurídicas que cuentan con Registro Único de Contribuyente (RUC), existe un universo potencial de 1'886,230 potenciales proveedores de bienes, servicios y obras, de los cuales actualmente sólo 180,000 celebran contratos con el Estado cada año, mostrando esto la necesidad de ampliar la participación.

En tal sentido, el Sector Privado expresa su interés en ingresar al mercado de la contratación administrativa y promueve o facilita fórmulas de libre acceso o condiciones para el acceso equitativo de las empresas privadas. Ello explica la presencia creciente de los gremios empresariales.

f.- Interés de las Entidades Estatales responsables del Sistema de Contratación.

El régimen de contratación de la Administración Pública se basa en principios y normas cuyo respeto es absolutamente relevante para el cumplimiento de los



diferentes propósitos públicos a los cuales sirven los contratos de la Administración Pública. Ello hace necesaria la existencia y el rol cumplido por entidades estatales a las cuales se les asigna la responsabilidad de promover y asegurar el cumplimiento de tales principios y normas, así como de asesorar, capacitar, solucionar controversias y, de ser el caso, sancionar los incumplimientos.

Entidades como la Contraloría General de la República y los órganos o sociedades de auditoría pertenecientes al Sistema Nacional de Control, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, la Comisión de Fiscalización y de Contraloría del Congreso de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, la Comisión de Promoción de la Pequeña y Microempresa - PROMPYME y, en general los titulares de las entidades del Estado, tienen asignada la responsabilidad de promover y velar porque sean respetados los principios y normas de la contratación administrativa. Son objeto de su interés la calidad de los procedimientos de contratación, la transparencia de los mismos y la seguridad en la utilización de los fondos públicos.

g.- Interés de la Sociedad

Los miembros de la Sociedad en general somos conscientes que los tributos de toda naturaleza que se pagan se transforman en fondos públicos que son utilizados para el cumplimiento de las finalidades públicas que se propone el Estado. Asimismo, somos conscientes que una diversidad de bienes, que tienen el carácter de públicos, son utilizados con motivo de la celebración de contratos de la Administración Pública.

En consecuencia, los miembros de la Sociedad expresan su interés de conocer la forma en que se ejecutan los recursos públicos y el uso de los bienes públicos. Tienen derecho a obtener los beneficios esperados como consecuencia de las acciones del Estado y a percibir con claridad las condiciones de transparencia en que se desarrolla la contratación de la Administración Pública. Los recursos y bienes públicos son de todos los miembros de la Sociedad y es consecuencia lógica esperar que el aporte económico que los miembros de la Sociedad efectúan, tenga como correlato la utilización transparente y segura de los mismos, así como la obtención de resultados beneficiosos para la Sociedad.

La percepción que tiene la Sociedad respecto a la calidad, oportunidad y resultados de la Gestión Pública, tiene consecuencias en las condiciones de gobernabilidad, por cuanto ésta también se alimenta de la legitimidad que pueda ser lograda por el Estado con su actuación.

Es por ello que la Sociedad expresa creciente interés en acceder a información sobre las contrataciones públicas y exige participar en la supervisión de los procedimientos contractuales.

h.- Interés de la Comunidad Internacional

Por el proceso creciente de interdependencia económica a nivel mundial, se han acelerado los procesos de integración económica. Sólo en nuestro Hemisferio Americano existen cerca de cincuenta procesos específicos de integración económica.

Históricamente los procesos de integración económica priorizaron temas como aranceles, agricultura e industria. Sin embargo, el tema de contratación pública ha sido incorporado de modo creciente, en razón a que los Estados son los principales contratantes y los inversionistas y proveedores extranjeros que actúan en nuestro país o los proveedores peruanos que actúan en otro país muestran interés en la compatibilidad de sistemas de contratación, en la armonización de los principios y procedimientos de contratación, así como en el logro de estándares de transparencia.

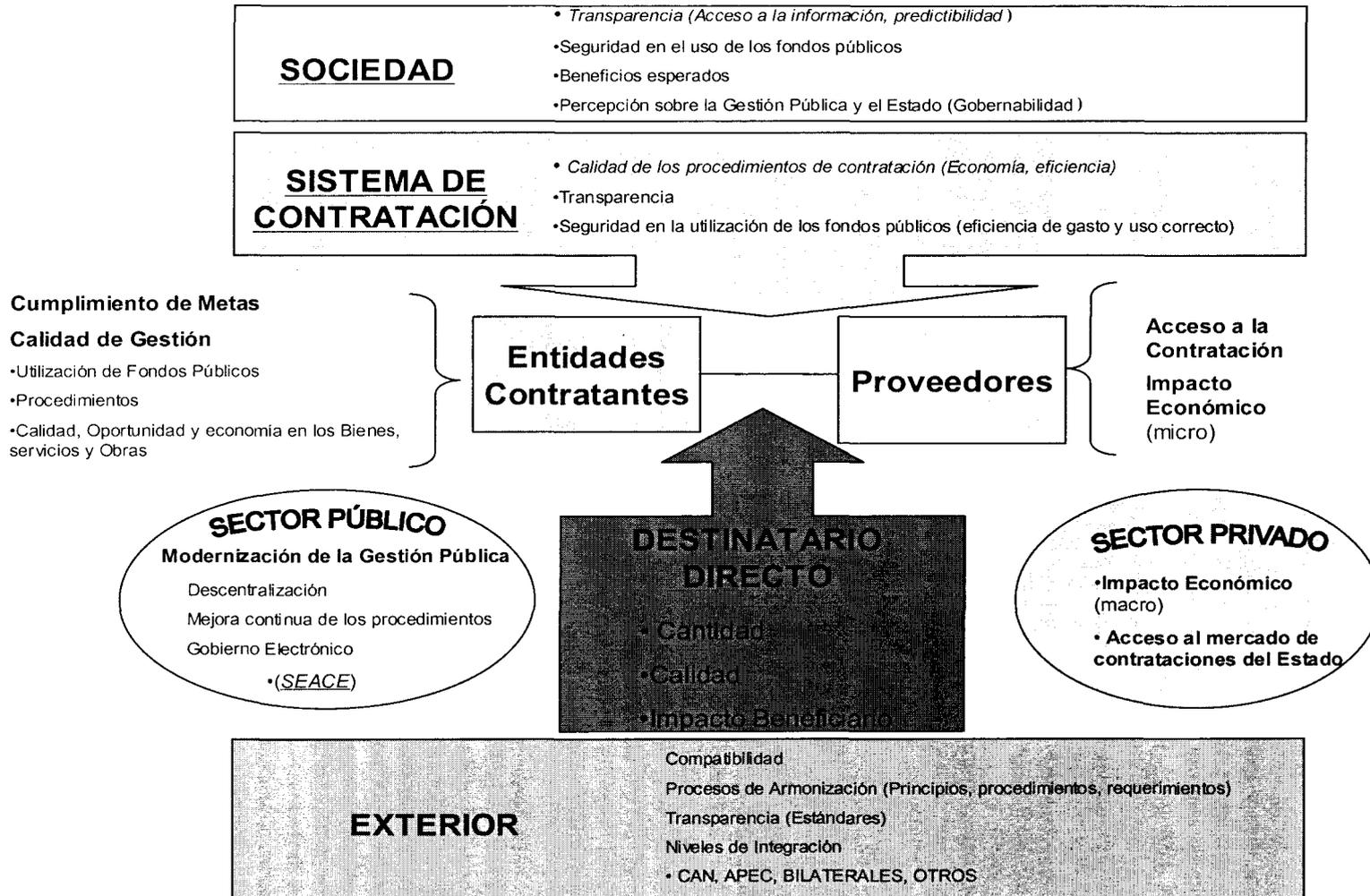
VI. Comentario Final

Como se puede apreciar, el contrato de la Administración Pública tiene características especiales que lo diferencian del contrato privado, especialmente por ser un instrumento de gestión que permite el cumplimiento de finalidades públicas e involucra la administración de fondos públicos; lo cual ha merecido incluso la consagración constitucional de dicha diferenciación.

Los intereses involucrados en cada contrato de la Administración Pública no se circunscriben a los del proveedor y de la entidad contratante, sino que están presentes los intereses de por lo menos ocho actores, dos de los cuales son el proveedor y la entidad contratante; pues, con la misma intensidad están presentes los intereses del destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato, del Sector Público en general, del Sector Privado en general, de las entidades estatales responsables del Sistema de Contratación, de la Sociedad en general y de la Comunidad Internacional.

En consecuencia, está ampliamente justificado un tratamiento normativo especial caracterizado por la armonización de los diferentes intereses involucrados en la celebración de cada contrato y, por lo tanto, cualquier propuesta de perfeccionamiento normativo debe ser evaluada en función al impacto que tendrá en el conjunto de los intereses involucrados.

Esquema de intereses involucrados en cada Contrato de la Administración Pública



Elaborado por:
CONSUCODE