

Capítulo 1

Introducción a la contratación estatal

Capacitador

Ricardo Salazar Chávez

Pasos a seguir para el estudio de este capítulo

Paso 1: Lea el texto del capítulo Introducción a la contratación estatal, que trabajaremos del 5 al 7 de setiembre.

Paso 2: Los días 5, 6 y 7 de setiembre ingrese al Aula Virtual a la Herramienta “Foro” y participe en esta actividad, que será evaluada.

Paso 3: Prosiga con el estudio del capítulo. Luego pase al capítulo 2.

Aprendizajes esperados

Los alumnos estarán en capacidad de:

- Distinguir el contrato de la Administración Pública de las demás manifestaciones de la función administrativa del poder.
- Distinguir los tipos de contratos que celebra el Estado, según las teorías sobre el concepto de contrato de la Administración Pública.
- Determinar la relación entre la categoría contrato y el contrato de la Administración Pública.
- Distinguir el elemento distintivo del contrato de la Administración Pública.
- Identificar los elementos comunes y las diferencias que explican el tratamiento diferenciador entre el contrato privado y el contrato de la Administración Pública.
- Identificar los centros de interés de los actores involucrados en cada contrato de la Administración Pública.

Índice

- I. La ubicación de los contratos de la Administración Pública dentro del fenómeno del poder.
- II. Carácter instrumental del contrato de la Administración Pública.
- III. La relación subyacente en los contratos de la Administración Pública.
 - A. En el ámbito del Derecho Privado.
 - B. En el ámbito del Derecho Social.
 - C. En el ámbito del Derecho Público.
- IV. Teorías sobre el concepto de contrato de la Administración Pública.
 - A. El Estado tiene dos personalidades.
 - B. El Estado tiene una sola personalidad.
- V. La relación entre la categoría contrato y el contrato de la Administración Pública.
- VI. El concepto sugerido sobre el contrato de la Administración Pública.
- VII. El sustento constitucional de los contratos de la Administración Pública.
 - A. El artículo 76º de la Constitución Política: bienes, servicios y obras a favor del Estado; disposición de bienes del Estado.
 - B. El artículo 62º de la Constitución Política: el contrato-ley.
 - C. El artículo 63º de la Constitución Política: igualdad jurídica de la inversión.
 - D. El artículo 66º de la Constitución Política: concesiones sobre recursos naturales.
 - E. El artículo 73º de la Constitución Política: concesión de bienes de dominio público.
 - F. El artículo 85º de la Constitución Política: operaciones y convenios de créditos especiales.
 - G. El artículo 71º de la Constitución Política: propiedad de nacionales y extranjeros.
 - H. El artículo 72º de la Constitución Política: restricciones contractuales por Seguridad Nacional.

- VIII. Coincidencias y diferencias principales entre contrato privado y contrato de la Administración Pública.
 - A. Concepto de contrato.
 - B. Perfeccionamiento del contrato.
 - C. Contenido del contrato.
 - D. Reglas y limitaciones al contenido de los contratos.
 - E. Obligatoriedad de las normas de contratación.
 - F. Contratos de estabilidad jurídica.
- IX. Objetos contractuales más frecuentes de los contratos de la Administración Pública.
- X. Centro de interés de los actores involucrados en cada contrato de la Administración Pública.
- XI. Factores necesarios para desarrollar un sistema de contratación de la Administración Pública.

Introducción

En el Perú, la figura del contrato de la Administración Pública está incorporada en el ordenamiento normativo peruano. La Constitución Política distingue entre la contratación privada y la contratación pública; y dispone en el ámbito público de los recursos públicos que todo ello se va a realizar conforme los procedimientos establecidos en la legislación correspondiente.

El carácter especial de los contratos que celebra el Estado se debe a que utilizan fondos públicos y a que están comprometidas finalidades públicas. Por tanto, debe existir correspondencia entre los principios de la contratación pública y el aseguramiento de que las políticas públicas se hagan realidad.

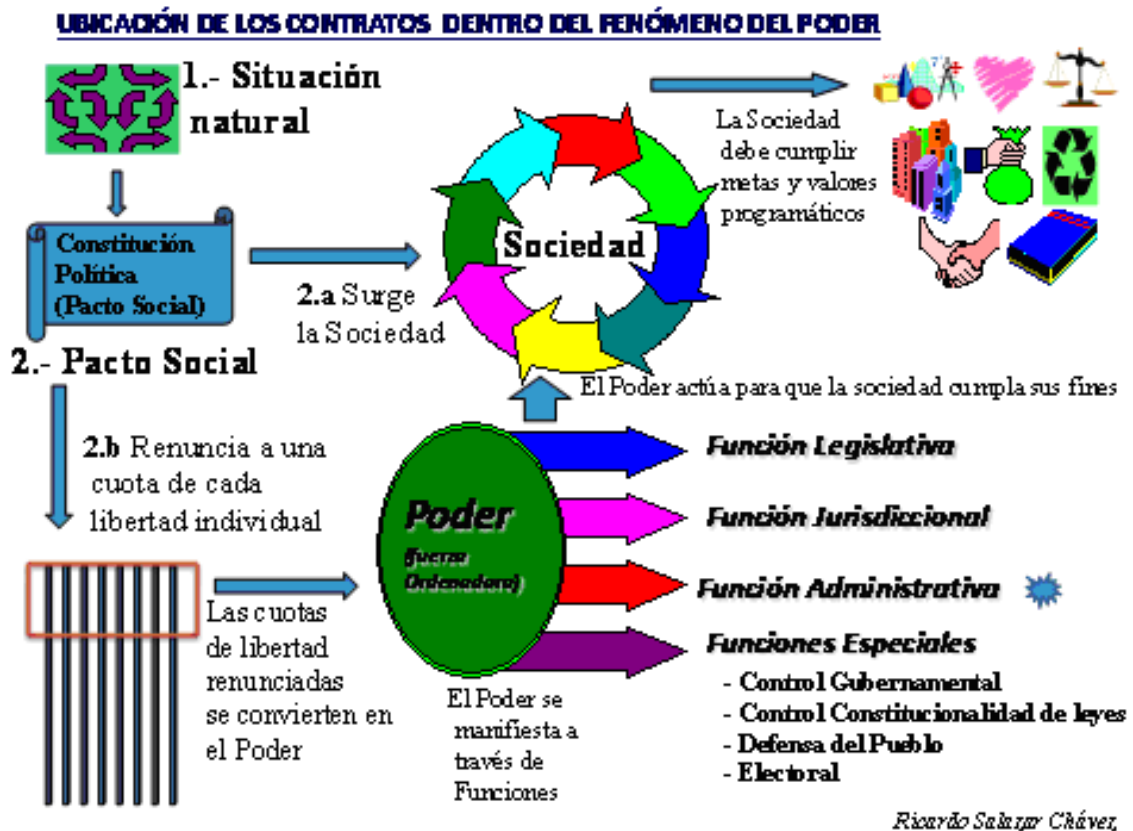
Los aspectos conceptuales de los contratos públicos no han sido abordados de manera sostenida, ni se aprecia una tendencia histórica prevaleciente. Por lo general, ha habido tendencias oscilantes, incluso contradictorias entre sí. Ha sido necesario inferir de la normativa el sustento conceptual de quienes la elaboraron o aprobaron.

Con la finalidad de captar la esencia del concepto de contrato de la Administración Pública, consideramos necesario abordarlo desde varias perspectivas complementarias entre sí, las mismas que se listan a continuación:

- La ubicación de los contratos de la Administración Pública dentro del fenómeno del poder.
- El carácter instrumental del contrato de la Administración Pública.
- La relación subyacente en los contratos de la Administración Pública.
- Las teorías sobre el concepto de contrato de la Administración Pública.
- La relación entre la categoría contrato y el contrato de la Administración Pública.
- El concepto sugerido sobre el contrato de la Administración Pública.
- El sustento constitucional de los contratos de la Administración Pública.
- El contrato privado, el contrato de Derecho Social y el contrato de la Administración Pública: coincidencias y las diferencias principales.
- Los objetos contractuales más frecuentes de los contratos de la Administración Pública.
- El centro de interés de los actores involucrados en cada contrato de la Administración Pública.
- Los factores necesarios para desarrollar un sistema de contratación de la Administración Pública.

La importancia de ello radica en que un concepto claro y completo constituye un referente confiable para la construcción del régimen contractual público. En este capítulo trataremos, en sus aspectos centrales, cada una de las perspectivas antes señaladas.

I. La ubicación de los contratos de la Administración Pública dentro del fenómeno del poder



Desde una perspectiva jusnaturalista, los seres humanos se organizaron progresivamente a lo largo de los miles de años de historia y celebraron periódicamente grandes pactos sociales. Estos pactos se reflejaron modernamente en las constituciones políticas.

En cada grupo humano, como consecuencia del gran pacto, se produjeron dos efectos simultáneos:

- Uno de ellos es el **surgimiento de la sociedad**, que es el conjunto de vínculos que relaciona a las personas con una finalidad central y clara, como es la de cumplir determinadas metas programáticas y hacer realidad determinados valores que interesan a toda la sociedad.

Entre estos valores citamos a la justicia, la distribución de la riqueza, el desarrollo de la cultura, la solidaridad, el desarrollo de infraestructura económica y social, el desarrollo equilibrado del país, el desarrollo de la cultura, entre otros.

Los integrantes de cada sociedad tienen que tener muy clara esta diversidad de valores, así como las metas programáticas, de modo que puedan determinar hacia dónde deben enfocar sus esfuerzos.

- El otro efecto del **gran pacto social** es que cada persona renuncia a una cuota de su libertad. La totalidad de las cuotas de libertad renunciadas por quienes se incorporan a la sociedad se transforma en una sola gran unidad de poder, que actúa como una fuerza capaz de generar un orden y de activarlo. Ello, con el propósito de coadyuvar a que la sociedad haga realidad los valores y alcance las metas programáticas que justifican su existencia.

El poder se manifiesta a través de las siguientes funciones: legislativa, jurisdiccional, administrativa y especiales; cada una de las cuales tiene sus propios propósitos, como detallamos en el siguiente cuadro:

FUNCIÓN	PROPÓSITO
Legislativa	Emitir normas jurídicas con naturaleza de ley material.
Jurisdiccional	Declarar el derecho.
Administrativa	Concretar los fines del poder.
Especiales	Compensar el poder ejercido a través de las otras funciones.
	Desarrollar actividades específicas que requieren la configuración de una función específica del poder.

Específicamente, **la función administrativa** del poder consiste en concretar los fines del poder; es decir, hacer realidad lo decidido a nivel legislativo, a nivel jurisdiccional o a nivel de las otras funciones del poder. Tiene, a su vez, cinco maneras básicas de manifestarse, que son las siguientes:

- **La emisión de normas jurídicas con naturaleza de reglamento material**, a través de la forma jurídica **reglamento**; siguiéndose para el efecto el **procedimiento reglamentario**.
- **La emisión de declaraciones de efectos jurídicos individuales**, a través de la forma jurídica **acto administrativo**. Para ello se sigue el **procedimiento administrativo**.
- **La organización interna de las entidades de la Administración Administrativa**, a través de la forma jurídica **acto de administración interna**, que tiene diversas manifestaciones, según sea el sistema administrativo de que se trate y que también implica seguir diversos **procedimientos de administración interna**.
- **La contratación administrativa**, a través de la forma jurídica **contrato de la Administración Pública**. Para su emisión se sigue el para lo cual deberá seguirse el correspondiente **procedimiento de contratación administrativa**, según sea el objeto contractual.
- **La ejecución material**, configurando la forma jurídica **hecho administrativo**. Este es muy diversificado y se configura siguiendo técnicas de ejecución, según pautas expresadas en normas o asignadas en su determinación a la discrecionalidad fundamentada de quien tiene a su cargo la realización de tales acciones materiales.

Como puede apreciarse, el contrato de la Administración Pública dentro del fenómeno del poder, se ubica como la forma jurídica administrativa que corresponde a una de las manifestaciones de la función administrativa, que es la contratación administrativa. En ese sentido, cuando se produce la contratación administrativa, en dicho suceso está presente el poder a través de la función administrativa de éste; lo cual lógicamente implica que será de aplicación un conjunto de principios y normas de Derecho Administrativo para regular el conjunto de relaciones a que da lugar la referida contratación.

Por lo tanto, al participar en la contratación pública debemos ser conscientes que estamos en contacto con el poder y ello implica una diferencia radical con los contratos privados. En tal sentido, el diseño de un régimen contractual no puede descuidar el tema público ni la finalidad última del poder.

Esta ubicación que tiene el contrato de la Administración Pública dentro de lo que implica la función administrativa basta para asumir una lógica en el desarrollo del régimen de la contratación pública. En consecuencia, ser consciente que la función administrativa tiene como una de sus manifestaciones a la contratación administrativa es vital como un referente en la construcción de la normativa contractual.

Dentro del fenómeno del poder, la contratación pública está contenida dentro de la función administrativa, como una de sus manifestaciones. En tal sentido, los principios esenciales del régimen contractual público deben ser coherentes con lo que la Constitución Política señala como finalidad del poder.

Dentro de la función administrativa, la contratación es una de sus manifestaciones, a la que corresponde el contrato de la Administración Pública como figura jurídica administrativa. Ello implica, a su vez, seguir un procedimiento de naturaleza administrativa denominado procedimiento de contratación administrativa, tal como se indica en el siguiente cuadro:

PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

FUNCIÓN	EN QUÉ CONSISTE	QUIÉN LA EJERCE	FORMA JURÍDICA	PROCEDIMIENTO
A D M I N I S T R A T I V A	<p>Concretar los fines del poder. La concreción de los fines del poder se hace de varias maneras:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reglamentando normas con rango de ley. - Emitiendo declaraciones de la Administración Pública con efectos jurídicos individuales. - Organizándose internamente las emitidas (sistemas administrativos) en materia de Planificación, Presupuesto, Tesorería, Abastecimiento, Personal. <p style="color: red;">Contratando en ejercicio de función administrativa.</p> <p>Ejecutando materialmente.</p>	<p>La Administración Pública. La Administración Pública está constituida por los organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales, que ejercen la función administrativa. El organismo se caracteriza por constituir una unidad con personalidad jurídica propia. El órgano forma parte del organismo. No tiene personalidad jurídica. Su existencia se debe al organismo al cual pertenece. La persona-órgano es la persona natural cuando ejerce las atribuciones que se le han asignado en el organismo en el cual está incorporado.</p>	<p>Las formas jurídicas administrativas:</p> <p>El reglamento.</p> <p>El acto administrativo.</p> <p>El acto de administración interna.</p> <p style="color: red;">El contrato de la Administración Pública.</p> <p>El hecho administrativo.</p>	<p>Los procedimientos de naturaleza administrativa:</p> <p>Procedimiento reglamentario.</p> <p>Procedimiento administrativo.</p> <p>Procedimientos de administración interna. Procedimiento de Planificación. Procedimiento de Presupuesto. Procedimiento de Tesorería. Procedimiento de Abastecimiento. Procedimiento de Personal.</p> <p style="color: red;">Procedimiento de contratación administrativa.</p> <p>Técnicas de ejecución y procedimientos normados de ejecución.</p>

II. El carácter instrumental 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 que utiliza mencionamos los siguientes:

- **La regulación normativa** mediante la emisión de reglamentos.
- **La participación directa en las actividades económicas o sociales**, como son los casos de creación de empresas del Estado o la asignación de subsidios directos.
- **La ejecución de su presupuesto por medios propios**, dentro de lo cual destaca el mecanismo denominado administración directa.
- **La colaboración de terceros** que comprende modalidades de colaboración como la celebración de convenios para el aporte en paralelo sobre temas de interés común celebrados entre entidades públicas y personas naturales o jurídicas privadas o entre entidades públicas; así como los contratos de la Administración Pública de diverso objeto contractual celebrados entre entidades públicas y personas naturales o jurídicas privadas o entre entidades públicas.

Por lo tanto, el contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental: es uno de los medios de que se vale la Administración Pública para el logro de sus fines. Es decir, su existencia está justificada como medio para el cumplimiento de los objetivos de la función administrativa.

RECUERDE:

EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ES UNO DE LOS MEDIOS QUE UTILIZA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LOGRAR SUS FINES.

III. La relación subyacente en los contratos de la Administración Pública

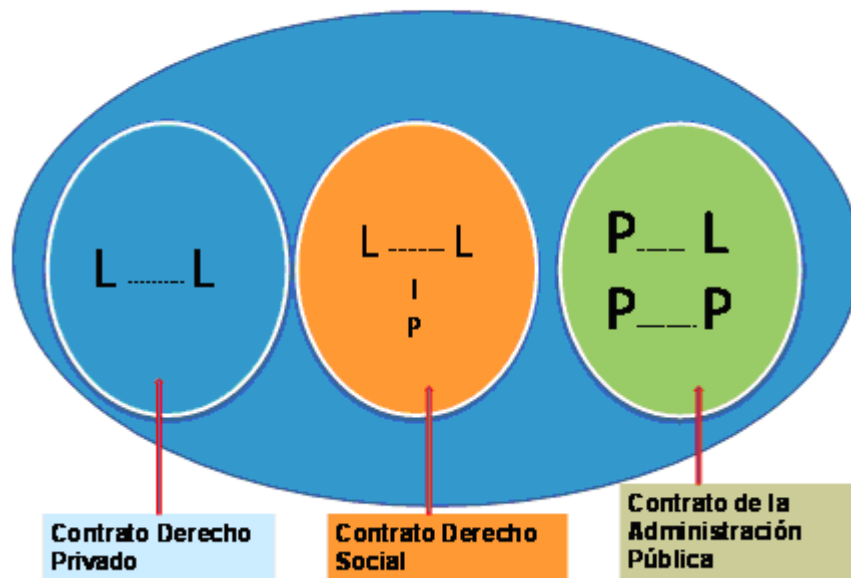
La noción de contrato, como categoría jurídica general que se extiende en todo el orden jurídico, señala que consiste en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Esta noción general adquiere peculiaridades, según sea el ámbito del orden jurídico dentro de la cual se manifiesta, debido a que – en cada caso – la relación contractual involucra a actores que expresan intereses de distinta naturaleza y dentro del desarrollo de actividades de interacción respecto de las cuales el orden jurídico prevé la aplicación de principios y normas también diferenciados.

Considerando la división general de la realidad en los ámbitos privado, social y público, el Derecho refleja dicha distribución constituyendo las ramas de Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Público. En cada una de las cuales se ha creado principios y normas que regulan las relaciones entre los miembros de la sociedad.

Dentro de cada rama del Derecho, a su vez, existen un conjunto de asuntos objeto de regulación, uno de los cuales es la contratación. Y, como es lógico deducir, cada rama del Derecho elabora respuestas a los retos que le plantea el tema contractual, para que sean apropiadas a la naturaleza de la relación que subyace a los contratos que se celebran dentro de su ámbito.

Relación Subyacente en el Contrato de la Administración Pública



A. En el ámbito del Derecho Privado

De modo general se puede señalar que la relación contractual vincula a dos o más sujetos, cada uno de los cuales ejerce su propia libertad y su propio interés, sin que ninguno de ellos pueda ser considerado en una situación que potencial o efectivamente haga prevalecer su posición respecto de su co-contratante. En tal sentido, es de esperar – y, en efecto ocurre – que el orden jurídico privado establezca un conjunto de principios y normas encaminados a mantener una posición de absoluta igualdad entre las partes que celebran el contrato privado.

En este ámbito, como la relación subyacente es de dos libertades que se vinculan en condiciones de igualdad, el Derecho Privado procurará lo que sea necesario para mantener tal situación desde la fase de formación, pasando por la de perfeccionamiento y durante la ejecución contractual. Lo señalado no excluye la necesidad de evaluar periódicamente casos especiales como los contratos de

adhesión, pero lo que importa destacar en este punto es la tendencia central del Derecho al regular los contratos privados.

B. En el ámbito del Derecho Social

La relación contractual vincula a dos o más sujetos, cada uno de los cuales ejerce su libertad y su propio interés; sin embargo, en atención a los sucesos de la realidad, el Derecho ha tomado en cuenta una situación fáctica manifestada en el hecho de que una de las partes que celebra dicho contrato está en una situación generalmente desventajosa, razón por la cual el Estado protege a la parte considerada débil. Es así como, en el ejercicio de su poder impone determinadas condiciones o prestaciones obligatorias en dichos contratos. Por ejemplo, los contratos laborales privados, respecto de los cuales se expresa el carácter tuitivo del Estado al imponer determinadas condiciones, límites y prestaciones que necesariamente incluyen dichos contratos.

Por lo tanto, la relación subyacente en los contratos de Derecho Social, será la de dos libertades que se vinculan, con presencia del poder para imponer contenidos específicos. Un caso especial lo constituyen los contratos laborales del sector público, en los cuales la relación es de una entidad que ejerce poder con una persona que ejerce su libertad; pero con la intervención autolimitativa del poder para imponer condiciones y prestaciones protectoras a favor del trabajador.

En consecuencia, resulta lógico que el régimen jurídico del Derecho Social desarrolle el régimen contractual de su ámbito, sobre la base de dicha relación subyacente.

C. En el ámbito del Derecho Público

La relación contractual vincula a dos o más sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades:

- ✓ Uno de ellos ejerce poder (específicamente función administrativa del poder) y el otro su libertad.
- ✓ Uno de los sujetos ejerce poder y el otro sujeto también ejerce poder.

RECUERDE:

LA RELACIÓN SUBYACENTE A LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ES LA DE PODER CON LIBERTAD O LA DE PODER CON PODER.

En tal sentido, la relación subyacente a los contratos de la Administración Pública es la de poder con libertad o la de poder con poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación. Asimismo establece los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derecho y obligaciones involucrados en tales relaciones.

El poder, en su condición de fuerza ordenadora surgida sobre la base de las cuotas de libertad individual renunciadas por parte de los miembros de la sociedad, tiene un conjunto de manifestaciones constituidas por las funciones del poder: legislativa, administrativa, jurisdiccional y especiales. Estas como propósito conjunto coadyuvar a que la sociedad logre hacer realidad valores y metas programáticas que justifican la existencia de la misma sociedad. Ello implica que quien ejerce poder representa siempre al interés colectivo.

De allí que, si dentro de la función administrativa la contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de ésta, cuando se celebra un contrato de la Administración Pública entre una entidad de la Administración Pública y un sujeto privado, sustantivamente se están vinculando el interés colectivo con un interés privado; y, cuando se celebra dicho tipo de contrato entre dos entidades de la Administración Pública, se vinculan dos manifestaciones de interés colectivo.

Ello conlleva consecuencias trascendentes en el régimen jurídico que regula tales relaciones; pues, por ejemplo, ante una situación de exclusión insalvable entre el interés colectivo y el interés individual dentro de un contrato celebrado entre una entidad pública y una persona privada, nuestra cultura universal hace prevalecer al interés colectivo, sin perjuicio de mecanismos resarcitorios que puedan compensar a la persona privada.

<p>El contrato de Derecho Privado relaciona libertad con libertad en plano de igualdad (dos intereses privados).</p>	<p>El contrato de la administración pública vincula:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Poder con libertad. - Poder con poder. <p>(interés colectivo con interés privado o dos intereses colectivos)</p>
<p>El contrato de Derecho Social vincula libertad con libertad, con intervención del poder, para proteger al más débil (dos intereses privados e intervención del poder)</p>	

IV. Las teorías sobre el concepto de contrato de la Administración Pública

Existen dos teorías sobre los contratos públicos, que pretenden explicar sus características y régimen aplicable. Una de ellas, que señala que el Estado tiene dos personalidades, ha sido la que ha prevalecido históricamente en nuestro medio. Sin embargo, últimamente está teniendo mayor aceptación la segunda, que establece que el Estado tiene una sola personalidad, pues resuelve temas que la primera tiene dificultad en fundamentar.

A. El Estado tiene dos personalidades

La primera teoría parte de considerar que el Estado tiene dos personalidades, una personalidad pública en virtud de la cual es poder y una personalidad privada en virtud de la cual no es poder. Según dicha teoría, cuando el Estado ejerce su personalidad

pública celebra contratos denominados **contratos administrativos**, caracterizados porque en ellos el Estado siempre tiene prerrogativas especiales a su favor; como las de poder resolver o modificar unilateralmente el contrato, sin responsabilidad por ello para el Estado y sin que la otra parte pueda oponerse a ello exigiendo el cumplimiento de lo pactado. De otro lado, señala, cuando el Estado ejerce su personalidad privada celebra contratos que se denominan **contratos privados del Estado**, caracterizados porque en ellos nunca el Estado tiene prerrogativas especiales a su favor, de modo que si no hubiera acuerdo de voluntades para resolver o modificar el contrato, el Estado está absolutamente obligado como cualquier otro particular al cumplimiento del contrato.

Esta primera teoría, sin embargo, presenta dos aspectos críticos. El primero de ellos – de carácter conceptual – consiste en su dificultad para explicar en qué circunstancia el Estado no es poder, de modo que se le pueda atribuir existencia privada, es decir, personalidad privada. Y el segundo es de orden práctico, manifestado en la dificultad para calificar un contrato cuando éste, por ejemplo, surge como contrato privado del Estado, modificándose luego a contrato administrativo y luego, conservando parcialmente cláusulas propias de un contrato administrativo y otras de contrato privado del Estado.

B. El Estado tiene una sola personalidad

La segunda teoría parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad y que ésta es siempre pública. Si el origen del poder es el conjunto de cuotas de libertad renunciadas por los miembros que se integran a la sociedad, dicho poder es uno solo, el mismo que una vez organizado da origen al Estado y, al cual, al asignársele existencia es también uno solo. En otras palabras, tiene una sola personalidad siempre pública, pues el Estado siempre es poder.

Conforme a esta segunda teoría, el Estado decide a nivel normativo los principios y normas a que somete los vínculos contractuales en los que es parte la Administración Pública. En tal sentido, para determinados contratos prevé que la Administración Pública tiene prerrogativas especiales a su favor, como la resolución o modificación unilateral del contrato, sin responsabilidad; para otros, dispone que la Administración Pública no tendrá prerrogativa alguna a su favor, y finalmente, para otros casos establece una fórmula mixta conforme a la cual la Administración Pública tiene prerrogativas especiales a su favor en determinados supuestos o por tiempo determinado o determinable, u otra fórmula sobre este aspecto.

En consecuencia, sobre la base de la segunda teoría, la denominación que corresponde es **contrato de la Administración Pública**; porque el elemento determinante para distinguir a este tipo de contratos no es que la entidad administrativa que contrata tenga prerrogativas especiales a su favor pues, puede tenerlas, no tenerlas o condicionar tal posibilidad, sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública que, como es lógico, actúa ejerciendo función administrativa.

PREGUNTA PARA LA REFLEXIÓN:

¿CUÁL DE LAS DOS TEORÍAS ES MÁS COHERENTE CON LAS NOCIONES DERIVADAS DEL ORIGEN Y LA NATURALEZA DEL PODER?

TEORÍAS SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Estado tiene dos personalidades	Personalidad pública	Cuando el Estado ejerce su personalidad pública celebra CONTRATO ADMINISTRATIVO	Caracterizado porque el Estado siempre tiene prerrogativas especiales a su favor	Tales como: Resolver unilateralmente el contrato, sin responsabilidad
	Personalidad privada	Cuando el Estado ejerce su personalidad privada celebra CONTRATO PRIVADO DEL ESTADO	Caracterizado porque el Estado nunca tiene prerrogativas especiales a su favor	
El Estado tiene una sola personalidad, siempre pública (porque el estado es el poder organizado)	Por lo tanto decide normativamente (como regla previamente) las reglas a que somete los vínculos contractuales en los que forma parte	En consecuencia: En unos casos decide tener prerrogativas especiales a su favor. En otros casos prerrogativas decide ejercer prerrogativas especiales a su favor En otros casos establece una fórmula mixta o señala condiciones, modo o plazo para ejercer prerrogativas. La denominación que corresponde es CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.		

Cada teoría implica el uso necesario de determinados términos y conceptos. Así, la primera teoría, que parte de la doble personalidad del Estado, obliga a una distinción radical entre contrato administrativo y contrato privado del Estado; mientras que la segunda teoría, que parte de la única personalidad del Estado, siempre pública, hace necesario el uso de una sola denominación que comprenda a todos los contratos en que una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

V. La relación entre la categoría contrato y el contrato de la Administración Pública

Otra manera de abordar la contratación pública, en este caso con el propósito de delimitarla, se refiere a la relación entre la categoría general del contrato con la noción de contrato de la Administración Pública. El contrato en general es una categoría abstracta que se extiende en todo el orden jurídico y que consiste en el acuerdo de voluntades entre dos o más partes que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones con un efecto patrimonial.

De lo señalado en el acápite anterior se deriva que la relación entre la categoría contrato y la de contrato de la Administración Pública es una de género a especie; en virtud de la cual la figura contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de efectos patrimoniales, subyace a la noción de contrato de la Administración Pública. Sin embargo, en este último concepto la nota característica es que por lo menos una de las partes que celebra el contrato es una entidad de la Administración Pública.

RECUERDE:

LA FINALIDAD DE AMBOS, CATEGORÍA CONTRATO Y CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ES LA CREACIÓN, REGULACIÓN, MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE UNA RELACIÓN JURÍDICA DE EFECTOS PATROIMONIALES.

VI. El concepto sugerido sobre el contrato de la Administración Pública

De lo señalado precedentemente se sugiere adoptar el siguiente concepto de contrato de la Administración Pública: *“Es 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”*.

De la definición señalada se infiere que el concepto de contrato de la Administración Pública comprende como elemento subyacente la noción genérica de contrato, pero incorpora como especificidad y componente distintivo el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública. En otras palabras, una entidad que, ejerciendo función administrativa en una de las modalidades de esta función (acción de contratar administrativamente) establece un

vínculo contractual con una o más personas privadas y/o con una o más entidades de la Administración Pública.

Cabe precisar que, conforme a esta definición, queda claro que el elemento distintivo del contrato de la Administración Pública no es el hecho de que la entidad administrativa que celebra el contrato tenga prerrogativas especiales a su favor – pues, como se señaló, puede tenerla o no, e incluso condicionar tal prerrogativa a determinadas circunstancias – sino que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública.

La primera parte de la definición (acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial) comprende los elementos propios de la categoría general de contrato; mientras que la segunda parte (en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública), muestra la peculiaridad que caracteriza a los contratos de la Administración Pública.

Este concepto es capaz de soportar sin dificultad alguna la diversidad siempre cambiante de objetos contractuales de los contratos públicos que se han establecido y se van estableciendo en nuestro orden jurídico nacional, pues tiene suficiente versatilidad.

Asimismo, consideramos que pone fin a la antigua discusión sobre la calificación de los contratos en que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública, especialmente en aquellos en que esta última no tiene prerrogativas especiales a su favor; pues, como se señaló, incluso éstos son calificados de contratos de la Administración Pública e indican la presencia de normas y principios de Derecho Administrativo o Derecho Público en general.

Finalmente, resuelve problemas sobre fuentes del Derecho aplicables, pues, será de aplicación primariamente el Derecho Administrativo, seguido del Derecho Público en general y sólo después de ello, otros órdenes normativos próximos, previo tamiz de compatibilidad.

RECUERDE:

EN UN CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LO MENOS UNA DE LAS PARTES ES UNA ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

VII. El sustento constitucional de los contratos de la Administración Pública

La Constitución Política del Perú contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas básicas de la contratación en el Perú. Citamos los casos del artículo 2º, inciso 14, referido al derecho de la persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público, y el artículo 62º sobre libertad de contratar.

Por otro lado, existen previsiones sobre contratación pública en diversos títulos y capítulos de la Constitución Política del Perú sobre objetos contractuales diversos, entre los que resaltan:

- Los bienes, servicios, obras, a favor del Estado, así como disposición de bienes del Estado: artículo 76º.
- El contrato-ley: artículo 62º.
- La igualdad jurídica de la inversión: artículo 63º.
- Las concesiones sobre recursos naturales: artículo 66º.
- La concesión de bienes de dominio público: artículo 73º.
- Las operaciones y convenios de créditos especiales: artículo 85º.
- Los temas relacionados con los anteriores, como la solución de controversias en los contratos celebrados por el Estado con extranjeros domiciliados u otros: artículo 63º.
- La propiedad de nacionales y extranjeros: artículo 71º.
- Las restricciones contractuales por seguridad nacional: artículo 72º.

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.
- Otras aplicables a los contratos de la Administración Pública.

A. El artículo 76º de la Constitución Política: bienes, servicios y obras a favor del Estado; disposición de bienes del Estado

Específicamente en lo referido a los contratos de la Administración Pública, en materia de bienes, servicios y obras a favor del Estado, así como de disposición de bienes del Estado, **el artículo 76º de la Constitución Política** expresa lo siguiente:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.”

“La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional establece de manera clara que para la contratación que implique la utilización de fondos públicos – lo cual supone la aplicación de políticas públicas – deberá obligatoriamente seguirse procedimientos contractuales de naturaleza especial regidos por normas de orden público.

Asimismo, la utilización de términos como contrata, licitación pública, concurso público, ponen de manifiesto la clara opción del constituyente de que sea aplicable a este tipo de contratación los principios y normas propias del Derecho Administrativo, pues estos términos han sido desarrollados históricamente dentro de la evolución de la contratación administrativa.

Sin embargo, una apreciación a detalle acerca el texto constitucional citado, nos permite señalar que el indicado artículo 76° de la Constitución Política, no obstante tener un título amplio como es “Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, únicamente se refiere a los siguientes objetos contractuales:

- **Prestación de servicios en la modalidad contrato de obra** (el texto constitucional dice “obras”).
- **Suministro** (el texto constitucional dice “adquisición de suministros”).
- Compra venta de bienes a favor del Estado (el texto constitucional dice “adquisición de bienes”).
- **Transferencia de propiedad de bienes del Estado** (el texto constitucional dice “enajenación de bienes”), aunque por los antecedentes está más referido a las modalidades de disposición de bienes del Estado, que comprende contratos de compra venta, arrendamiento y afectaciones en uso.
- **Prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios** (el texto constitucional dice “servicios”).
- y agrega otra modalidad que sustantivamente es también **locación de servicios** (el texto constitucional dice contratación de “proyectos”).

El lenguaje utilizado en el texto constitucional citado no está adaptado a la tendencia actual de los términos utilizados en la contratación pública en nuestro país y en el mundo. No obstante haberse producido modificaciones relevantes en las modalidades y medios de la contratación pública, los cuales exigen la utilización de términos nuevos, acordes a su naturaleza, el actual texto constitucional mantiene términos que corresponden a modalidades y medios clásicos de contratación pública que fueron preponderantes hace aproximadamente treinta años, pero que hoy muestran serias limitaciones para comprender tanto modalidades y medios clásicos, como aquellas modalidades y medios recientemente incorporados en nuestro ordenamiento. Entre estos últimos citamos a la Subasta Inversa, el Convenio Marco, la Compra Corporativa, la Contratación Electrónica, así como otras modalidades cuyo ingreso a nuestro régimen jurídico contractual es posible, como los procedimientos negociados, los procedimientos de contratación conjunta entre países u otros.

En tal sentido, se hace necesario replantear el lenguaje utilizado por la Constitución Política, de modo que sea lo suficientemente comprensivo como para acoger las diferentes modalidades y medios de contratación pública actualmente ya existentes, así como aquellos cuya incorporación es previsible, dada la tendencia de las regulaciones de la Contratación pública en el país y en el mundo.

B. El artículo 62º de la Constitución Política: el contrato-ley

“Artículo 62º

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía

arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Este artículo regula tres temas distintos, que bien podrían estar contenidos en tres artículos diferentes o integrados de modo diferente, para que de esa manera no se confundan las normas generales de las especiales: la libertad de contratar como principio esencial aplicable a todo contrato, la inmodificabilidad de los términos contractuales y los medios de solución de controversias.

1. La libertad de contratar

En efecto, la primera parte establece la libertad de contratar como principio esencial aplicable a todo contrato, sea éste privado o público. En el caso de la contratación pública, esta seguirá procedimientos especiales para la formación de la voluntad de la Administración Pública. Desde la perspectiva del cocontratante privado, si bien tiene libertad para establecer el vínculo contractual, deberá respetar determinados principios y normas considerados esenciales para garantizar que esta sea legítima y conforme a nuestro sistema jurídico.

2. La inmodificabilidad de los términos contractuales

A que se refiere el artículo es de fácil comprensión en el caso de los contratos entre privados, dado que vincula centros de interés privados. Sin embargo, tratándose de contratos públicos, debe tenerse en cuenta que, si bien ninguna ley o disposición de cualquier clase los puede modificar, siempre está la posibilidad jurídica de que, previa reforma constitucional, sea factible tal modificación o conclusión, en situaciones de insalvable conflicto entre el centro de interés colectivo y el centro de interés particular.

3. Los medios de solución de controversias

El artículo prevé las modalidades arbitral o jurisdiccional, según lo que señale la legislación. En el caso de la contratación administrativa, la legislación actual prevé casos de solución de controversias en vía arbitral para la fase de ejecución contractual; sin perjuicio de que expresamente o en vía residual, lo pertinente sea la vía jurisdiccional.

Sin embargo, la Constitución Política no prevé el medio de solución de controversias cuando se desarrolla el procedimiento contractual. Ello es abordado expresamente por algunas legislaciones especiales que establecen una vía administrativa, con la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa.

PREGUNTA PARA LA REFLEXIÓN:

¿ES CONVENIENTE EVALUAR LA PERTINENCIA DE INCLUIR UN TEXTO A NIVEL CONSTITUCIONAL SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTORVERSIAS EN EL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL?

C. El artículo 63º de la Constitución Política: igualdad jurídica de la inversión

“Artículo 63º

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

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.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

Este artículo regula cinco temas; pero en este caso todos ellos giran en torno al tema de la inversión nacional y extranjera.

1. Principios esenciales derivados del modelo económico constitucional

Establece la igualdad de condiciones para la inversión nacional y la extranjera, así como la libertad en la producción de bienes y servicios y del comercio exterior; con lo cual establece principios esenciales derivados del modelo económico optado por nuestra sociedad y establecido a nivel constitucional.

2. Adopción de medidas proteccionistas

Como medida de protección, establece la posibilidad del Estado de adoptar medidas análogas si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional. Esta posibilidad es muy razonable y equilibrada dentro de un mundo económico en creciente vinculación e interdependencia a nivel mundial.

3. Solución de controversias en contratos de la Administración Pública

El artículo contiene disposiciones sobre solución de controversias en contratos de la Administración Pública; que son de aplicación general y que no están circunscritos sólo a contratos sobre inversiones, sino sobre todo tipo de objeto contractual. En efecto, señala el artículo que, en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, consta el sometimiento de estos 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.

Regula otro aspecto de la solución de controversias que debe tener un alcance a diversos objetos contractuales y no sólo a inversiones; según lo cual, el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

PREGUNTA PARA LA REFLEXIÓN:

¿SERÍA CONVENIENTE UN REORDENAMIENTO DE LOS CONTENIDOS DE ESTE ARTÍCULO, DE MODO QUE SE AGRUPEN LOS ASPECTOS DE DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A TODO TIPO DE OBJETOS CONTRACTUALES, DIFERENCIÁNDOLOS DE LAS REGULACIONES SOBRE TEMAS ESPECÍFICOS COMO LAS INVERSIONES?

D. El artículo 66º de la Constitución Política: concesiones sobre recursos naturales

“Artículo 66º

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Este artículo establece de modo indubitable la esencia de patrimonio de la Nación que tienen los recursos naturales, tanto renovables como no renovables. Fija la soberanía del Estado en cuanto a su aprovechamiento.

Considerando la importancia de tales recursos pues el Perú es un país muy rico en recursos naturales, así como la necesidad de protegerlos en su utilización, se ha agravado el requisito para la aprobación de normas que fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Así, se establece que ello se regula por

ley orgánica, que requiere ser aprobada por mayoría calificada de votos del Congreso de la República.

Complementando la regulación, constitucionalmente se fija el contenido del derecho de concesión, y se indica que se otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Al igual que en otros casos mencionados, es necesario separar los aspectos de regulación general aplicables también a otros objetos contractuales, respecto de regulaciones sobre temas específicos de la concesión para el aprovechamiento de recursos naturales.

E. El artículo 73º de la Constitución Política: concesión de bienes de dominio público

“Artículo 73º

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles.

Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”

Este artículo centra su atención en dos características esenciales de los bienes de dominio público, como son la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, cuyo propósito es proteger el interés colectivo comprometido en los bienes de dominio público.

Sin embargo, el artículo incorpora reglas contractuales administrativas en su segunda parte. Señala la posibilidad de celebrar contratos de concesión respecto de ellos con particulares para su aprovechamiento económico; pero sujetando tal vínculo a lo que señale la legislación (sin señalar la Constitución Política pauta alguna al respecto, como sí lo hace en otros casos); la cual, inferimos, debe respetar los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad arriba señalados.

También en el caso de este artículo es necesario articular sus disposiciones con las de carácter general que establecen los otros artículos constitucionales sobre la materia contractual administrativa.

F. El artículo 85º de la Constitución Política: operaciones y convenios de créditos especiales

“Artículo 85º

El Banco (Banco Central de Reserva del Perú) puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.

Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.”

Este artículo establece supuestos dentro de los cuales el Banco Central de Reserva del Perú puede efectuar operaciones o celebrar contratos (que erróneamente denomina convenios) de crédito. Así, exige autorización por un medio agravado como es la ley, para los casos en que las operaciones o “convenios” superen el límite establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público, con cargo a dar cuenta al Congreso, es decir, justificando la acción realizada.

Cabe señalar que la Constitución Política no establece pauta alguna para la celebración de los tipos de contrato de la Administración Pública que menciona dicho artículo.

G. El artículo 71º de la Constitución Política: propiedad de nacionales y extranjeros

“Artículo 71º

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”

Este artículo establece la vocación igualitaria de la situación de nacionales y extranjeros respecto de la propiedad. Así, fija una restricción para los extranjeros que consiste en la imposibilidad de adquirir o poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Sin embargo, exceptúa el caso de necesidad pública, la misma que debe estar expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, siguiendo las pautas que señale la ley.

Se puede apreciar que, respecto de los contratos de la Administración Pública, este artículo establece limitaciones por motivos de seguridad territorial. Este tema podría ser agrupado con otros de similar contenido.

H. El artículo 72º de la Constitución Política: restricciones contractuales por Seguridad Nacional

“Artículo 72º

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.”

Este artículo contiene una disposición de carácter general, aplicable tanto a contratos privados, como a contratos de la Administración Pública. En tal sentido, debería estar agrupado con otros artículos de de carácter general.

De todo lo señalado en este acápite, se puede concluir que, en el caso peruano, y tal como sucede en prácticamente todos los países del mundo, la Constitución Política ha mantenido la distinción entre contratación privada y contratación de la Administración Pública. Tal distinción de regímenes no puede ser obviada al legislar sobre la materia.

El constituyente ha optado porque en el tema de los contratos públicos exista una regulación propia de lo que genéricamente se conoce como los procedimientos de contratación pública. En consecuencia, la regulación en materia contractual pública tiene que constituir una legislación especial. En el presente caso, el constituyente nos transmite su decisión de que el legislador tiene la obligación de reflexionar desde el punto de vista de la contratación pública, optando por una de las teorías de la contratación pública, teniendo en cuenta la relación subyacente a este tipo de contratación.

En consecuencia, hay un mandato constitucional que obliga a asumir una perspectiva con una lógica propia de la contratación administrativa, siguiendo la doctrina que se ha ido desarrollando en el mundo. Esa es la opción constitucional.

Se aprecia que la previsión constitucional sobre contratación pública presenta fortalezas; pero también áreas críticas que reclaman un tratamiento con el propósito de procurar que los conceptos utilizados en todos los casos respondan al principio de unidad sobre el contenido esencial de los contratos públicos, así como para armonizar el alcance y lenguaje de tales previsiones constitucionales sobre la materia.

PREGUNTAS PARA LA REFLEXIÓN:

¿CUÁLES SON LAS FORTALEZAS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

¿CUÁLES SON LAS ÁREAS CRÍTICAS?

VIII. Contrato privado, contrato de Derecho Social y contrato de la Administración Pública: coincidencias y las diferencias principales.

Con el propósito de mostrar de modo más preciso las características peculiares del contrato de la Administración Pública, es conveniente realizar una comparación general entre este tipo de contratos y los contratos privados regidos por el Código Civil. La utilidad adicional de esta comparación es que ello permitirá comprender definitivamente que la racionalidad que subyace a la contratación pública es distinta a aquélla de la contratación privada, aún cuando tengan aspectos en los que se les aplican los mismos principios.

Desarrollamos a continuación una comparación tomando en cuenta los aspectos de concepto, perfeccionamiento del contrato, contenido del contrato, reglas y limitaciones al contenido de los contratos, obligatoriedad de las normas de contratación y contratos de estabilidad jurídica.

A. Concepto de contrato

En cuanto al concepto de contrato, el [artículo 1351º del Código Civil](#) establece que es el *“acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”*. Dicho concepto acoge al concepto de contrato privado y subyace también en la noción de contrato de la Administración Pública; pero en este caso el elemento distintivo que le da identidad es que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

B. Perfeccionamiento del contrato

Conforme al [artículo 1352º del Código Civil](#), el consentimiento de las partes basta para el perfeccionamiento del contrato; es decir, tanto el procedimiento como la forma son libres para su celebración, salvo que la ley exija algo distinto, bajo expresa sanción de nulidad. En el caso de los contratos de la Administración Pública, el artículo 76º de la Constitución Política consagra la naturaleza de orden público de las normas que regulan la contratación administrativa; razón por la cual su incumplimiento acarrea en principio la invalidez de las actuaciones y, en su caso, del contrato celebrado.

C. Contenido del contrato

En lo referido al contenido del contrato, el [artículo 1354º del Código Civil](#) señala que las partes pueden determinarlo libremente, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de los contratos es determinado fundamentalmente por la Administración Pública a través de parámetros dentro de los cuales se formará el contenido del contrato. Se ceñirá a normas especiales, con un mínimo margen de negociación.

D. Limitación del contenido de los contratos

Respecto a la limitación del contenido de los contratos, conforme al [artículo 1355º del Código Civil](#), la ley, por consideraciones de orden social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones. En la contratación administrativa es aplicable el mismo criterio.

E. Obligtoriedad de las normas de contratación

En cuanto a la obligtoriedad de las normas de contratación, según el [artículo 1356º del Código Civil](#), las disposiciones de la ley sobre contratos, son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas; confirmando con ello la prioridad otorgada a la libre voluntad de las partes en la contratación privada. En cambio, en los contratos de la Administración Pública, el principio es el contrario; pues la casi

totalidad de las normas contractuales administrativas tienen carácter imperativo y sólo por excepción la voluntad de las partes prevalece respecto de tales normas.

F. Contratos de estabilidad jurídica

Finalmente, merece mención especial el caso de los contratos de estabilidad jurídica. En efecto, el [artículo 1357º del Código Civil](#) establece que “por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”. Esta figura corresponde a los denominados contratos de estabilidad jurídica, celebrados especialmente por la Administración Pública con inversionistas privados con el propósito de brindarles estabilidad y predictibilidad sobre las condiciones que justifican su decisión de invertir en el país.

Este tipo de contratos, dentro de la teoría de la doble personalidad del Estado, calificaron históricamente como contratos administrativos (es decir, en los que siempre el Estado tenía prerrogativas especiales a su favor); pero fue en virtud del [Decreto Legislativo N° 757](#), norma sobre Fomento a la Inversión Privada, que, dentro de la misma primera teoría, se los calificó expresamente como contratos privados del Estado (es decir, sin prerrogativas especiales a favor del Estado), situación ésta que mantienen hoy, si nos acogiéramos a la primera teoría.

Sin embargo, dentro de la segunda teoría de la única personalidad pública del Estado, los mencionados contratos califican siempre como contratos de la Administración Pública, pues, por lo menos una de las partes que lo celebra es una entidad de la Administración Pública. Sólo que el régimen legal varió, desde un primer período en el que la entidad administrativa tenía prerrogativas especiales a su favor, hacia otro en el que en vía normativa se ha establecido que la entidad administrativa dejó de tener tales prerrogativas especiales a su favor. En tal sentido, nuevamente podría cambiar la normativa, si así lo aconsejasen las circunstancias, aún cuando para ello sea necesario modificar previamente la Constitución Política, pues la soberanía no se abdica.

Como puede apreciarse, de esta comparación entre contratación civil y contratación administrativa se puede identificar determinados elementos comunes; sin embargo, tienen entre sí trascendentes diferencias que explican su tratamiento diferenciado. Este hecho confirma el carácter especial del contrato de la Administración Pública.

IX. Los objetos contractuales más frecuentes de los contratos de la Administración Pública

Considerando que la función administrativa consiste en la concreción de los fines del poder, resulta lógico que determinada actividad de concreción como es la contratación administrativa, implique la celebración de contratos sobre cuanto objeto contractual sea necesario para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública. Ello, sin limitación alguna, pues son múltiples los propósitos específicos cuando ella ejerce la función administrativa.

No obstante la regla señalada, en la práctica la Administración Pública celebra contratos dentro de un conjunto de objetos contractuales que son los más frecuentes. Estos son los siguientes:

- **Adquisición de bienes** (sustantivamente es la compra – venta).
- **Contratación de servicios generales** (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades manuales).
- **Contratación de servicios de consultoría** (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades intelectuales). Este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros objetos contractuales como la consultoría propiamente tal, la asesoría, la realización de estudios, el gerenciamiento, entre otros.
- **Contratación para la ejecución de obras** (sustantivamente es la locación de obra).
- **Contrato de disposición de bienes del Estado.** Este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros como la venta (sustantivamente es compra – venta), arrendamiento, afectaciones en uso y otras modalidades afines, sobre disposición de bienes del Estado.
- **Contrato de endeudamiento externo.**
- **Contrato de endeudamiento interno.**
- **Contrato de concesión de servicios públicos.**
- **Contrato de concesión de infraestructura.**
- **Contratos de alianza público – privadas.**
- **Contratos de estabilidad jurídica.**
- **Contratos de personal.** Aunque en este caso, se ha planteado ya la propuesta de considerarlos dentro de los Contratos de Derecho Social, dada la notoria presencia de elementos de Derecho Laboral.

Cabe señalar que cada objeto contractual o grupos de objetos contractuales son regulados por distintos grupos de leyes y reglamentos. Es tarea necesaria la integración progresiva de la normativa contractual de la Administración Pública, de modo que contemple principios generales, estructuras generales de procedimiento y normativa especial para casos especiales.

A continuación presentamos un cuadro que contiene los objetos contractuales más frecuentes de los contratos de la Administración Pública, con indicación general de la normativa aplicable y de la entidad o entidades del Estado rectoras o promotoras correspondientes. Cabe precisar que los objetos contractuales de este tipo de contratos son en realidad los que requiere la Administración Pública para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, algunos objetos contractuales se presentan con mayor frecuencia, como los indicados en el siguiente cuadro:

OBJETOS CONTRACTUALES MÁS FRECUENTES

OBJETO	NORMA APLICABLE	ORGANISMO RECTOR
1. Adquisición de bienes (compra-venta)	Legislación sobre contrataciones del Estado	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE*
2. Servicios en general (locación de servicios)		
3. Servicios de consultoría (locación de servicios) Incluye: - Consultoría - Asesoría - Estudios - Gerencia - Otros similares		
4. Ejecución de obras		
5. Arrendamiento a favor del Estado Incluye: - Préstamos internos - Préstamos externos		
6. Préstamos a favor del Estado	Legislación sobre financiamiento externo e interno	Ministerio de Economía y Finanzas
7. Disposición de bienes del Estado - Venta de bienes del Estado - Arrendamiento de bienes del Estado - Afectación en uso	Legislación sobre propiedad del Estado	Superintendencia de Bienes del Estado
8. Concesión - Concesión de infraestructura - Concesión de servicios	Legislación sobre concesiones	PROINVERSIÓN y organismos reguladores (OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN, SUNASS, entre otros)
9. Personal	Legislación sobre personal de la Administración Pública	Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), SERVIR y Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*Hasta el 31 de enero del 2009 era el Consejo Nacional de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – CONSUCODE.

X. Los centros de interés de los actores involucrados en cada contrato de la Administración Pública

Históricamente la noción de contrato público ha comprometido el interés de cada entidad pública contratante con el interés de cada proveedor que contrata con ella. Sin embargo,

las diferentes transformaciones políticas, económicas y sociales producidas en el país y en el mundo, han incorporado en nuestra cultura nuevos contenidos en las relaciones entre el Estado, la sociedad y la economía, de modo que han incorporado dentro del régimen contractual administrativo, principios y metas programáticas como eficiencia, transparencia, participación ciudadana, protección del medio ambiente, equidad de acceso al mercado estatal, acceso a la información, así como liderazgo y responsabilidad compartidas; todo lo cual ha ampliado el número y tipo de actores que deben ser considerados dentro del sistema contractual del Estado. El contexto actual reclama un modelo inclusivo, en consecuencia, integrador de roles entre los diferentes agentes que se identifiquen como interesados directos en la contratación estatal.

Cada actor tiene la expectativa de que el régimen contractual administrativo le proporcione condiciones para que sus derechos e intereses estén garantizados; sin embargo, todos los actores deben ser conscientes que se espera de ellos una actitud participativa, de modo que cada cual aporte lo que le corresponde a favor del desarrollo y protección de un sistema contractual eficiente y transparente.

Ello reafirma lo señalado en el sentido de que el régimen contractual administrativo debe tener la textura que le permita acompañar con éxito los procesos políticos, económicos y sociales donde se requiera la presencia instrumental del contrato de la Administración Pública; asignando roles a cada uno de los actores señalados, de modo que cada operación contractual y, en general, toda la contratación pública, refleje un efectivo equilibrio de todos los intereses involucrados.

Si un país ha optado por enfatizar alguna modalidad específica de contratación administrativa, se incrementa la posibilidad de cambios normativos con alta frecuencia (o gran presión de que se efectúen), explicados por la necesidad de adaptar dicho régimen a la evolución del entorno económico, político y social que se produzca en períodos relativamente cortos.

Cuando tan alta movilidad normativa se debe a que se está iniciando un período de transformación del sistema contractual de un país, ello resulta explicable o razonable; pero es más conveniente configurar un régimen contractual administrativo que brinde un conjunto de fórmulas (con la exigencia de que todas ellas sean igualmente eficientes y transparentes) que permitan al Estado utilizar, en cada ocasión, aquellas que son más pertinentes para facilitar el cumplimiento efectivo de cada política pública. Tal es el caso del Perú hoy, en que la alta movilidad de la normativa contractual responde a la necesidad de atender los crecientes requerimientos de eficiencia, oportunidad, transparencia y participación inclusiva que surgen de las transformaciones que se vienen produciendo en la relación entre el Estado, los agentes económicos y la comunidad.

En otras palabras, consideramos necesario tener como visión un régimen normativo único que establezca principios y reglas básicas igualmente obligatorias para todas las contrataciones; pero que también contenga previsiones claras para casos especiales. Asimismo, este régimen debe contemplar suficiente variedad de fórmulas contractuales que serán utilizadas según los requerimientos de las políticas públicas. Que el aseguramiento de los principios y la variedad de fórmulas le confieran vocación de estabilidad, pero que sea, también, un régimen permeable a incorporar nuevas fórmulas contractuales o soluciones de casos especiales vía integración de vacíos normativos.

Es importante destacar que la contratación pública no sólo compromete el interés de cada entidad pública contratante con el interés de cada persona privada o entidad pública que contrata con ella; pues la realidad demuestra que los contratos de la Administración Pública, en tanto que implican la aplicación de fondos y recursos públicos para el cumplimiento de políticas públicas, impactan en diferente actores, cada uno de los cuales tiene un propio centro de interés.

Al respecto, se puede mencionar a los siguientes **actores con interés directo en la contratación administrativa**:

1. La entidad contratante

El interés de cada entidad contratante se centra en el cumplimiento de sus respectivas metas públicas.

2. El co-contratante

Su interés se centra en acceder al mercado de la contratación pública en condiciones justas y aprovechar oportunidades de negocio.

INTERESES DE LA ENTIDAD CONTRATANTE Y DEL CONTRATISTA

ENTIDAD CONTRATANTE	CONTRATISTA
<ul style="list-style-type: none"> - Cumplimiento de metas institucionales. - Calidad de gestión: <ul style="list-style-type: none"> - Utilización de fondos públicos. - Procedimientos. - Calidad, oportunidad y economía en los bienes, servicios y obras. 	<ul style="list-style-type: none"> - Acceso a la contratación. - Impacto económico (micro).

3. Las entidades estatales responsables de la modernización de la gestión pública

Su rol es definir políticas de contratación administrativa que impriman eficiencia, eficacia y transparencia en los contratos públicos: modernización de la gestión pública, descentralización, mejora continua de los procedimientos, gobierno electrónico (SEACE).

4. Los gremios y entidades que impulsan y defienden el desarrollo del Sector Privado

Su interés se centra en procurar que la contratación administrativa impacte beneficiosamente en el desarrollo de la actividad privada.

5. Las entidades estatales de promoción, supervisión y control de la contratación estatal

Interesadas en impulsar el mejoramiento constante del régimen y de las prácticas contractuales del Estado, así como la protección del régimen contractual administrativo. Les interesa la calidad de los procedimientos de contratación (economía, eficiencia), la transparencia y la seguridad en la utilización de los fondos públicos (eficiencia del gasto y uso correcto).

6. El destinatario directo de los bienes, servicios u obras que son objeto de la contratación

El beneficiario puede ser un órgano de la Entidad contratante o una categoría de terceros. Su interés se centra en satisfacer sus necesidades (cantidad, calidad, oportunidad e impacto en el beneficiario).

7. La sociedad

En general, y de modo creciente se interesa en que la Administración Pública cumpla eficientemente su rol y que los recursos públicos sean utilizados en condiciones de transparencia (acceso a la información, predictibilidad), eficiencia y eficacia.

8. La comunidad internacional

Dentro de los procesos de acercamiento e integración de las economías en el mundo, procuran la armonización de principios, estructuras básicas de procedimiento contractual, estándares de transparencia y reglas de defensa de derechos.

El régimen contractual administrativo debe tener la suficiente versatilidad para acompañar los procesos políticos, económicos y sociales, asignando roles a cada uno de los actores señalados, de modo que cada operación contractual de la Administración Pública, refleje un efectivo equilibrio de todos los intereses involucrados.

Por lo tanto, cuando se habla de los contratos públicos tiene que hablarse de todo este grupo de interesados. No se puede legislar únicamente pensando en la relación entre la entidad contratante y el contratista; hay que pensar en los efectos de cada norma respecto de la ciudadanía, del destinatario, de la gestión pública, del sector privado, del control, de la lucha anticorrupción, del mejoramiento continuo del sistema, de cada actor y centro de interés.

Por lo tanto, cada norma que se pretenda proponer en la legislación o en la reglamentación sobre contratos públicos, tiene que ser validada respecto de cada uno de estos actores para determinar cuál será su impacto real. Por ejemplo, no por apurar la celebración de los contratos estaríamos mejorando el sistema contractual.

En tal sentido, resulta fundamental ser muy equilibrado, reconociendo cuál es la situación real de nuestra idiosincrasia; cuál es la situación real de nuestra práctica efectiva de ejercicio del poder; cuáles son nuestros antecedentes reales en materia de transparencia o de corrupción; y sobre esa base, cada propuesta pasearla por cada uno de esos actores a efecto de determinar cómo, equilibradamente y con las seguridades respectivas, se puede proponer una norma que sea realmente eficiente y transparente en el tema de los contratos públicos.

Esto resulta fundamental como método y constituye una sugerencia metodológica. De lo contrario, estaremos disminuyendo solamente plazos, cambiando una institución por otra, modificando diferentes temas, pero sin una visión integral que tenga un impacto eficiente en un sistema que reclama tener en cuenta a todos los actores involucrados.

XI. Factores necesarios para desarrollar un Sistema de Contratación de la Administración Pública

Teniendo en cuenta todas las perspectivas sobre los contratos de la Administración Pública señaladas en los párrafos precedentes, resulta lógico concluir que el desarrollo del sistema de contratación administrativa debe ser abordado actuando simultáneamente en un conjunto de temas complementarios entre sí, cada uno de los cuales aporta factores que influyen en todo el sistema.

MÉTODO PARA DESARROLLAR EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN

- 1. Fijar un concepto de contrato de la Administración Pública como punto de apoyo.**
- 2. Identificar a los actores que tienen su interés involucrado en la Administración Pública.**
- 3. Desarrollar una estrategia para transformar integralmente el sistema de contratación.**
- 4. Actuar de manera simultánea y persistente en las áreas indicadas por la estrategia.**

Al respecto se distinguen los siguientes temas y sus propósitos correspondientes:

Temas para el desarrollo del Sistema de Contratación Pública



- Desarrollo doctrinario sobre contratación administrativa.
- Generación y desarrollo de espacios de vinculación entre la Administración Pública y sus potenciales co-contratantes
- Equidad entre potenciales co-contratantes de la Administración Pública, para su acceso al mercado de la contratación administrativa.
- Liderazgo y responsabilidad compartidas entre los actores que tienen intereses en la contratación administrativa.
- Promoción y consolidación de un solo régimen normativo de contratación administrativa que contemple reglas generales y atienda casos especiales.
- Reafirmación de la contratación administrativa como instrumento de desarrollo.
- Fomento de la participación de la sociedad civil en la contratación administrativa.
- Evaluación periódica de la normativa de la contratación administrativa, con el propósito de adaptarla al entorno o adoptar previsiones normativas sobre la base de tendencias.
- Participación activa en los procesos integración internacional, específicamente sobre el tema de la contratación administrativa, con fines de armonización en condiciones equitativas.
- Fomento y protección de una cultura de transparencia en la contratación administrativa, por su trascendencia en la protección de fondos y recursos públicos y por su aporte en las condiciones de gobernabilidad del país