

Delimitación del Contrato Estatual en el Derecho Peruano

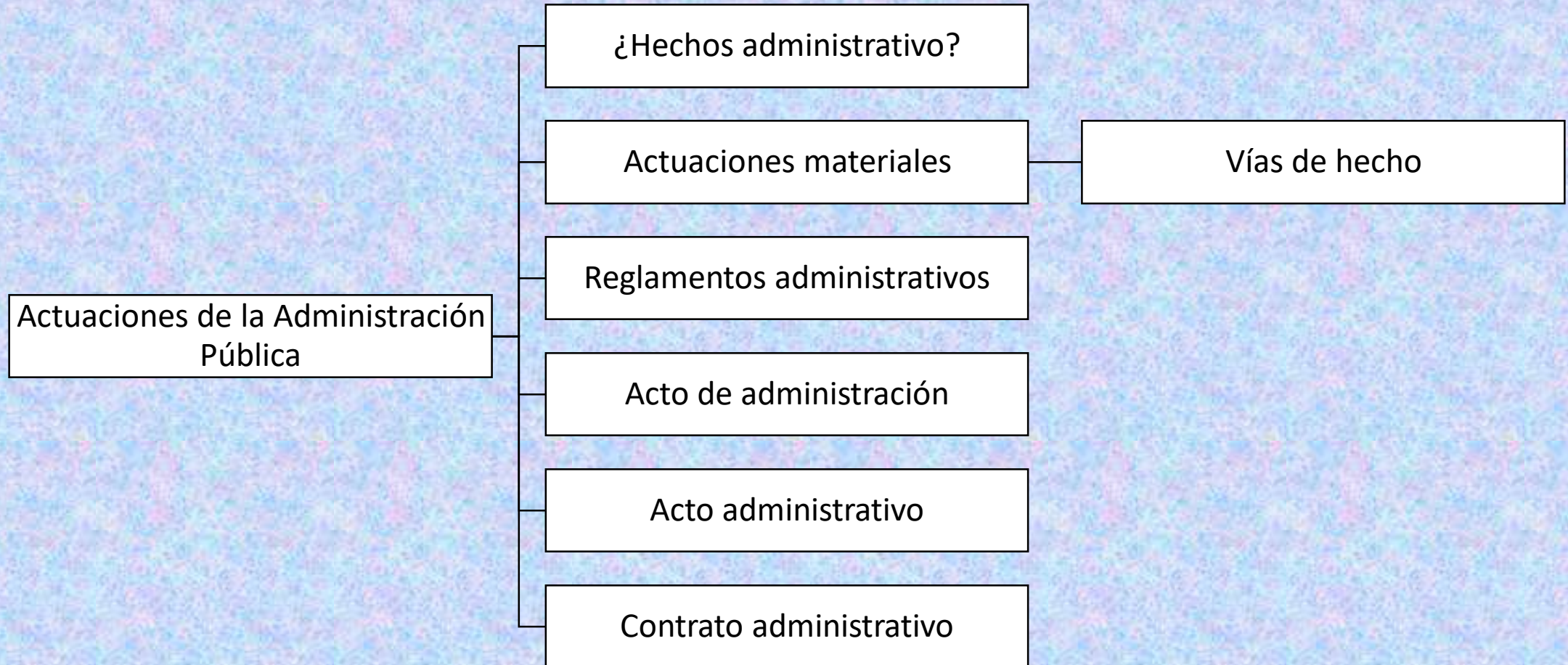
José María Pacori Cari

Maestro en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín en el Perú – Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo

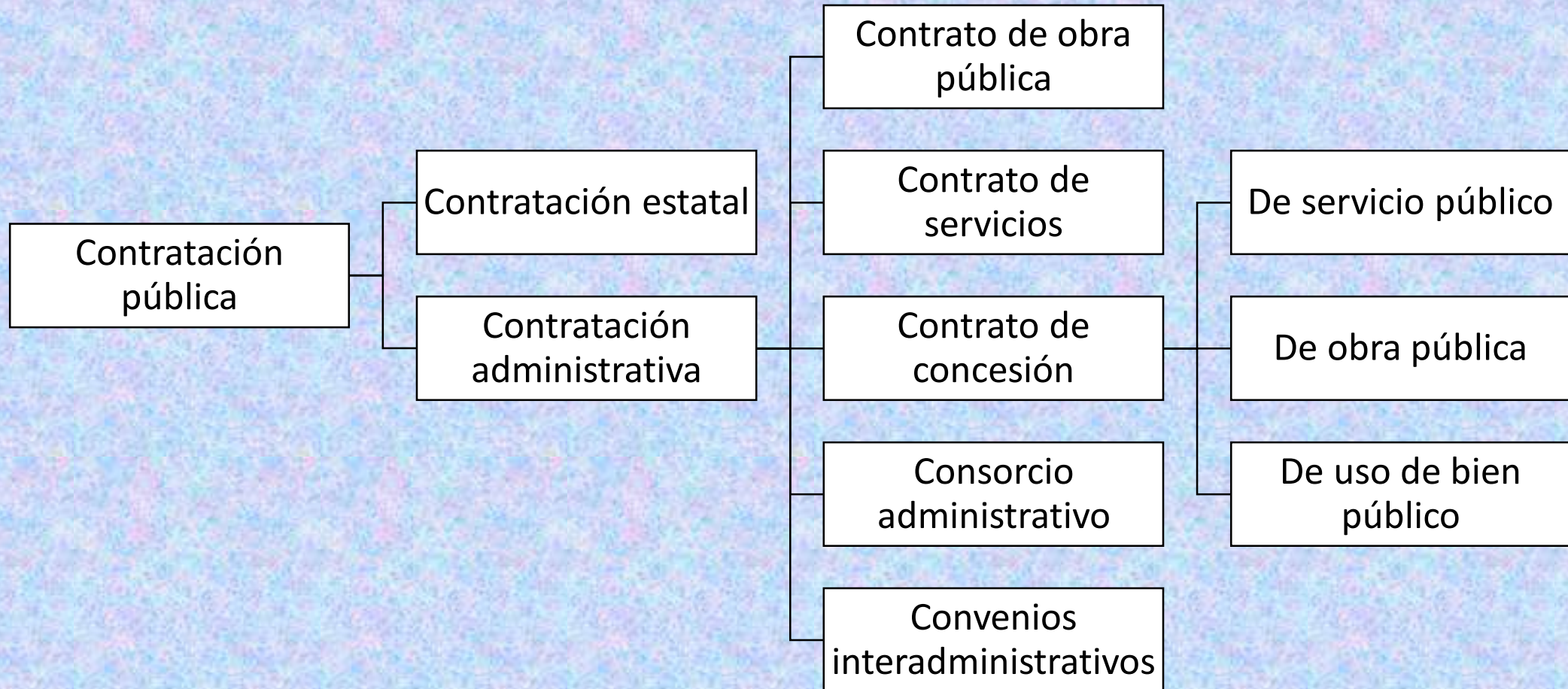
Ubicación de la contratación administrativa



Actuaciones de la Administración Pública



Contratación pública



¿Qué son los contratos de la AP?

- El contrato de la Administración, una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una **especie dentro del género contrato**, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.
- Entendemos por contrato administrativo todo acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público.
- Dos (2) caracteres fisonómicos del contrato administrativo:
 - i) Uno de los sujetos contratantes es la Administración; y
 - ii) El fin que se persigue es la atención de un interés público.
- Conceptualmente entendemos que **contrato administrativo es toda declaración bilateral** o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, **de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.**

¿Qué es la contratación estatal?

- La contratación constituye una actividad de la **gestión de adquisiciones** a fin que las Entidades se provean de **bienes, servicios y obras** asumiendo el pago con **fondos públicos**, para el logro de sus **metas u objetivos** estratégicos y operativos.

Generalidades

Características

- **a. Es una declaración de voluntad común.** En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra.
- **b. Produce efectos jurídicos.** El contrato de la Administración determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos y de manera individual para cada una de las partes.
- **c. Entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.** Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos. Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración central o a entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal.
- **d. Un particular u otro ente público.** El contratista puede ser un particular (persona física o jurídica) u otro ente público (estatal o no estatal). En este segundo caso estaríamos ante un contrato interadministrativo.

Técnica de colaboración administrativa

- El contrato administrativo puede ser considerado como una **técnica de colaboración administrativa**, por cuanto el obrar administrativo requiere la colaboración voluntaria de particulares u otros entes públicos, ya sea en forma amplia, por medio de un acuerdo creador, o en forma limitada, por adhesión, si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria.
- El contrato administrativo es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, entre otros.
- Los **contratos administrativos** son pactos que tienen como objetivo el interés público, de un lado está la Administración Pública y de otro una entidad que puede ser pública o particular.
- En materia administrativa, el fundamento específico de la **interpretación** es el servicio público, el supuesto objetivo al cual deben necesariamente confluir las voluntades recíprocas de las partes, para atender la satisfacción del interés general, causa y razón del vínculo jurídico engendrado por el contrato administrativo.

Contratos civiles y administrativos

- Las diferencias substanciales entre los contratos de derecho civil y de derecho administrativo son, naturalmente, las mismas que justifican su especialidad:
- **a. Por razón del sujeto.** En los contratos civiles intervienen únicamente los particulares; en los contratos administrativos interviene la Administración Pública, la cual señala las condiciones a que han de sujetarse los que con ella quieran contratar.
- **b. Por razón del objeto.** En los contratos civiles se persigue un interés particular; en los contratos administrativos un interés público y general.
- **c. Por razón de forma.** Los contratos civiles están basados, por regla general, en un criterio de consentimiento puro; los contratos administrativos reclaman una suma de solemnidades, que son otras tantas garantías impuestas por la necesidad de defender el interés colectivo.
- **d. Por razón del régimen.** Los contratos civiles se reglan por la legislación ordinaria; los administrativos, por la legislación administrativa especial, y sólo supletoriamente por la civil.
- **e. Por la jurisdicción.** Los contratos civiles, en cuanto a su interpretación y cumplimiento, están sometidos a la jurisdicción ordinaria; los contratos administrativos, a la jurisdicción administrativa, en vía gubernativa, primero, y en la contenciosa, después.

Doble personalidad jurídica

- **La personalidad jurídica del Estado es una no tiene una doble personalidad, pública y privada, que le posibilite celebrar contratos administrativos y contratos privados, civiles o comerciales, sujetos a regímenes jurídicos diversos.** El Estado tiene una sola personalidad, que es pública, aunque su actividad pueda en algunas oportunidades estar regulada por el derecho privado.
- En efecto, se ha considerado que la Administración contrata de diversas maneras: i) en ocasiones en el mismo plano, forma y condiciones que los particulares, y ii) en otras oportunidades revestida del ropaje propio de un poder jurídico superior, que subordina al contratista. De ahí que se hable de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, respectivamente.
- Los contratos del Estado están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único. Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales. Los contratos de la Administración se rigen predominantemente por el derecho público, pero los hay también regidos en parte por el derecho privado.

Prerrogativas de la AP

- Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo. En este sentido puede decirse que la libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista y la subordinación del objeto al interés público.
- El contratista no tiene, en principio, la libertad de disentir respecto de las condiciones del contrato; sólo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados.
- En consecuencia, las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la **desigualdad jurídica en relación a sus contratistas** y en las **cláusulas exorbitantes del derecho común**.

Desigualdad jurídica

- **a. Desigualdad jurídica.** Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles, la administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.
- Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:
 - i) Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista, *verbi gratia*, modificación unilateral, mutabilidad del contrato. Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.
 - ii) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).
 - iii) Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan
- Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato.

Cláusulas exorbitantes

- **b. Las cláusulas exorbitantes en la contratación pública.** Exorbitante viene del latín *exorbitare* y designa algo que sale de la órbita. En los contratos administrativos los participantes del contrato no son tratados de manera igual, puesto que el Derecho Administrativo posibilita que el contrato contenga cláusulas exorbitantes que favorecen exclusivamente a la Administración Pública.
- **i) ¿Qué son las cláusulas exorbitantes?** Forma de prerrogativa o privilegio por respeto al principio de supremacía de interés público sobre el interés privado.
- Las **cláusulas exorbitantes** son cláusulas comunes en los contratos administrativos, sin embargo, serían consideradas ilícitas en los contratos entre particulares, pues son prerrogativas de la Administración Pública que la colocan en una posición superior a la otra parte; son beneficios que la Administración Pública posee sobre el particular y que se justifican en la supremacía del interés público.

Tipos de cláusulas exorbitantes (i)

- **1. Alteración unilateral.** Son alteraciones que son autorizadas cuando la Administración puede modificar la contratación pública
- **2. Rescisión unilateral.** Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista.
- **3. Fiscalización.** Denominada también control de la gestión contractual que se puede dar de las siguientes formas:
 - + **Intervención del Ministerio Público,** de oficio o a petición de cualquier persona, se investigará sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal.
 - + **Visitas e Informes,** visitas a las entidades estatales oficiosamente y con la periodicidad que demande la protección de los recursos públicos.
 - + **Intervención de las autoridades que ejercen control.**
 - + **Participación Comunitaria,** todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

Tipos de cláusulas exorbitantes (ii)

- **4. Penalidades.** Los contratos administrativos comportan la sanción del Poder Público aplicada sobre el particular que incumple
- **5. Nulidad.** Esta nulidad se produce por causas generales establecidas en la ley, por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas o por haber sido celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.
- **6 Restricciones del uso del principio de excepción de contrato no cumplido.** La Administración puede exigir que el otro contratante cumpla su parte en el contrato sin que ella haya cumplido la suya. En efecto, se da el caso que alguna de las partes al celebrar un contrato no cumple con lo que fue acordado, por lo que la parte perjudicada tampoco cumple, esto es la *exceptio non adimpleti contractus*; en los contratos administrativos, eso no es posible, pues la ejecución del contrato es suspendida en el caso que la Administración no cumpla alguna cláusula prevista en el contrato, y el contratado continua con la ejecución del contrato siguiendo los principios de continuidad del servicio público y de la supremacía del interés público.
- **7. Exigencia de garantía.** En los contratos administrativos, los contratistas otorgan garantías

Principios de la contratación estatal

Principios de la contratación estatal (i)

- **1. Libertad de concurrente.** Las Entidades promueven el **libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación** que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias.
- **2. Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las **mismas oportunidades para formular sus ofertas**, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto

Principios de la contratación estatal (ii)

- **3. Transparencia.** Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.
- **4. Publicidad.** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

Principios de la contratación estatal (iii)

- **5. Competencia.** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de **competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público** que subyace a la contratación.
- **6. Eficacia y Eficiencia.** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución **deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad**, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos

Principios de la contratación estatal (iv)

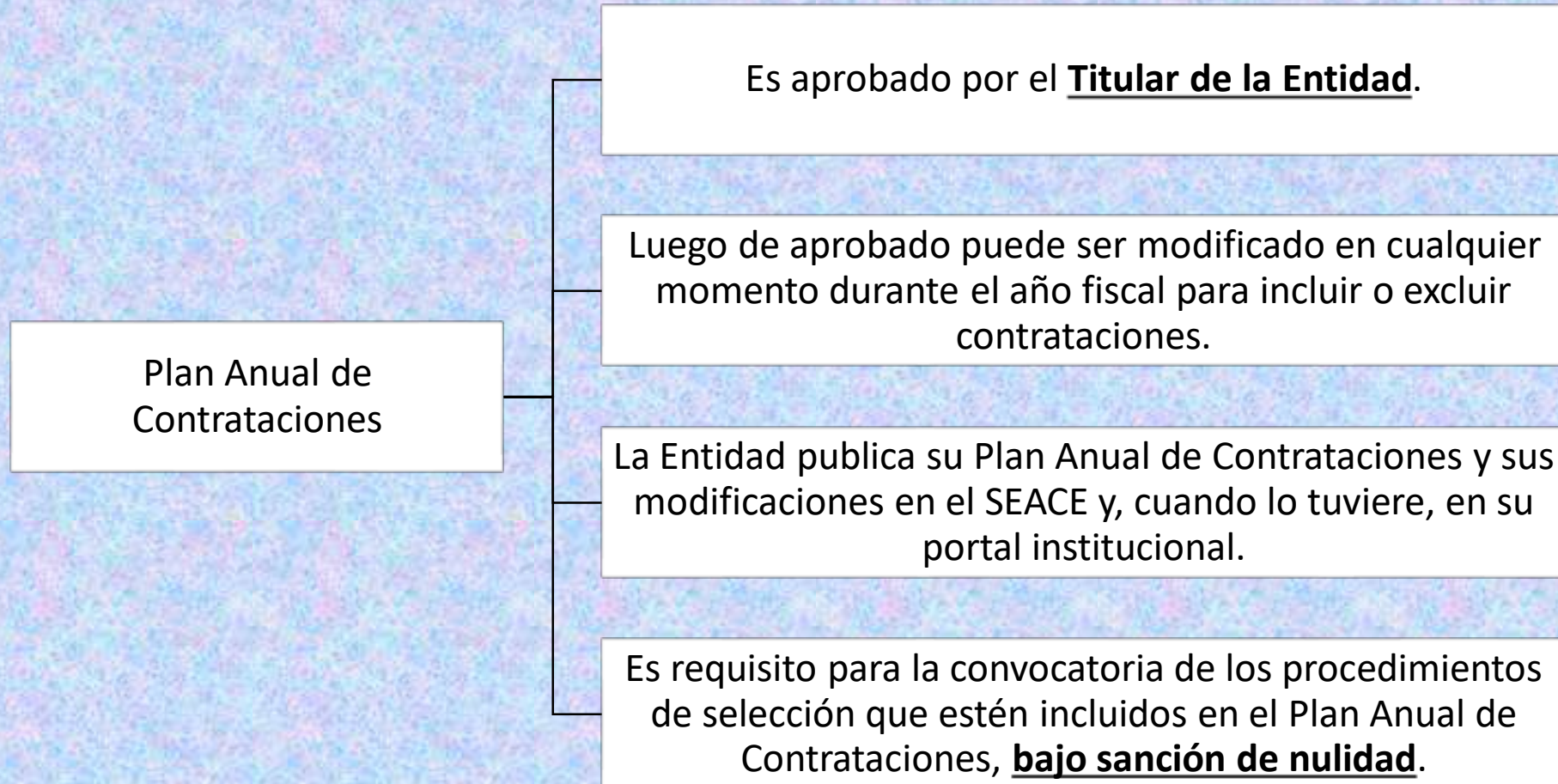
- **7. Vigencia Tecnológica.** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos.
- **8. Sostenibilidad ambiental y social.** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

Principios de la contratación estatal (v)

- **9. Equidad.** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
- **10. Integridad.** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la **honestidad y veracidad**, evitando cualquier práctica indebida

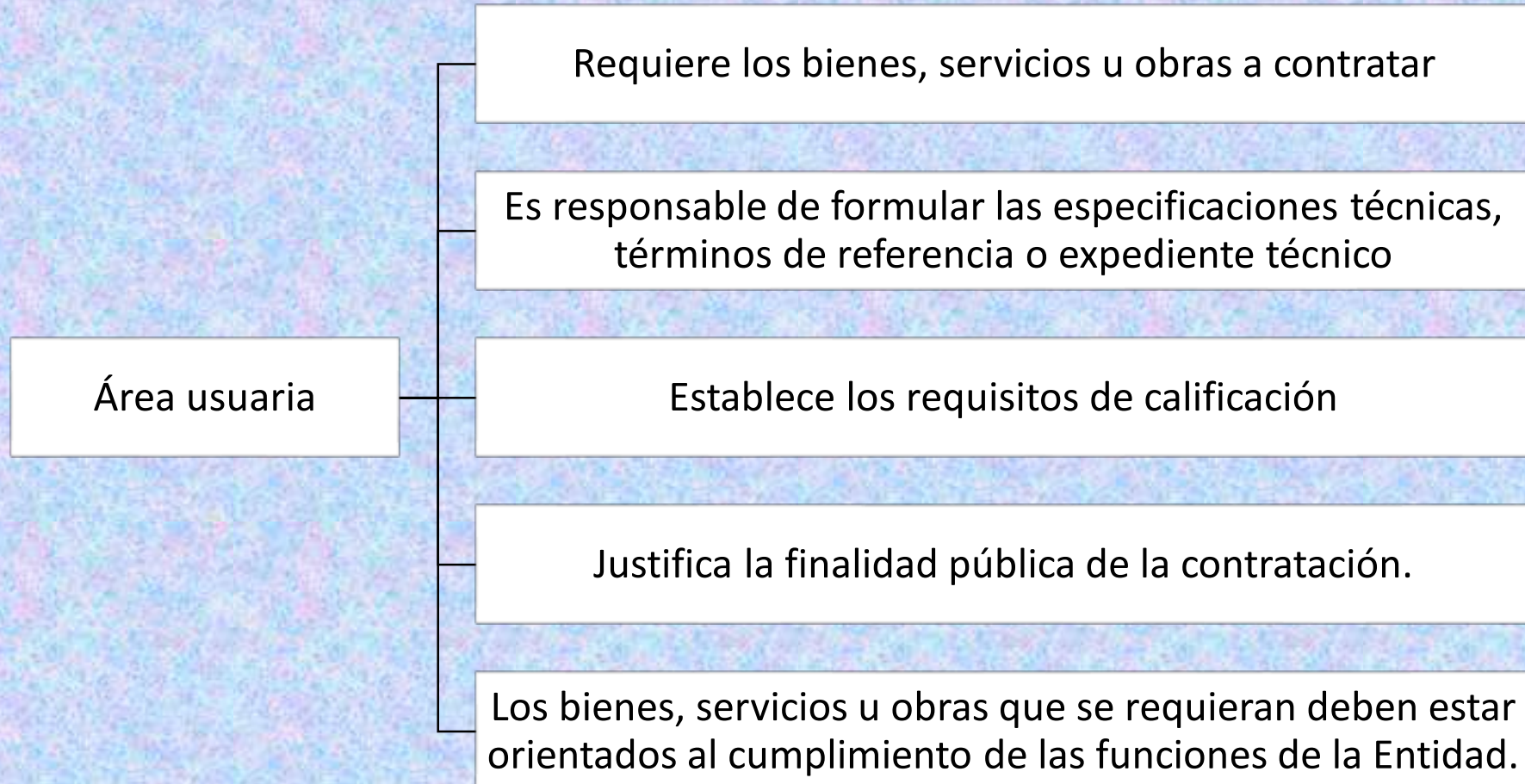
Plan Anual de Contrataciones (PAC)

Características

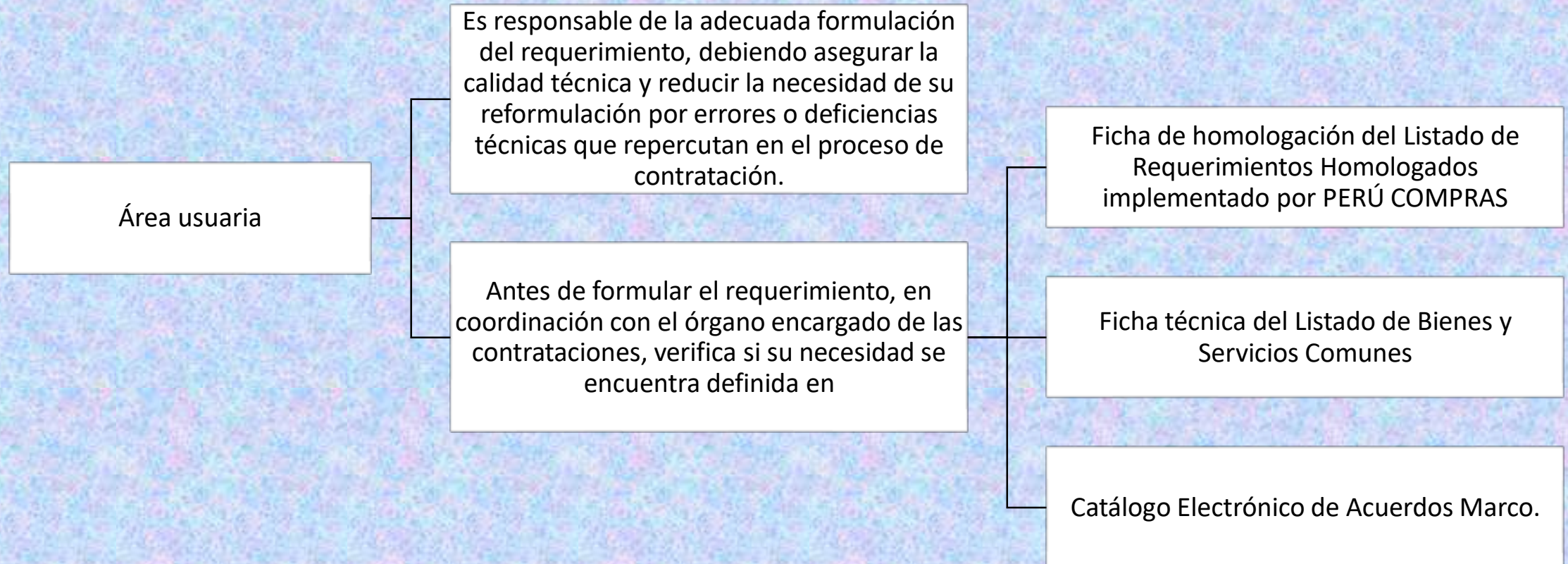


Actuaciones preparatorias

Requerimiento



Área usuaria



Certificación de crédito presupuestario

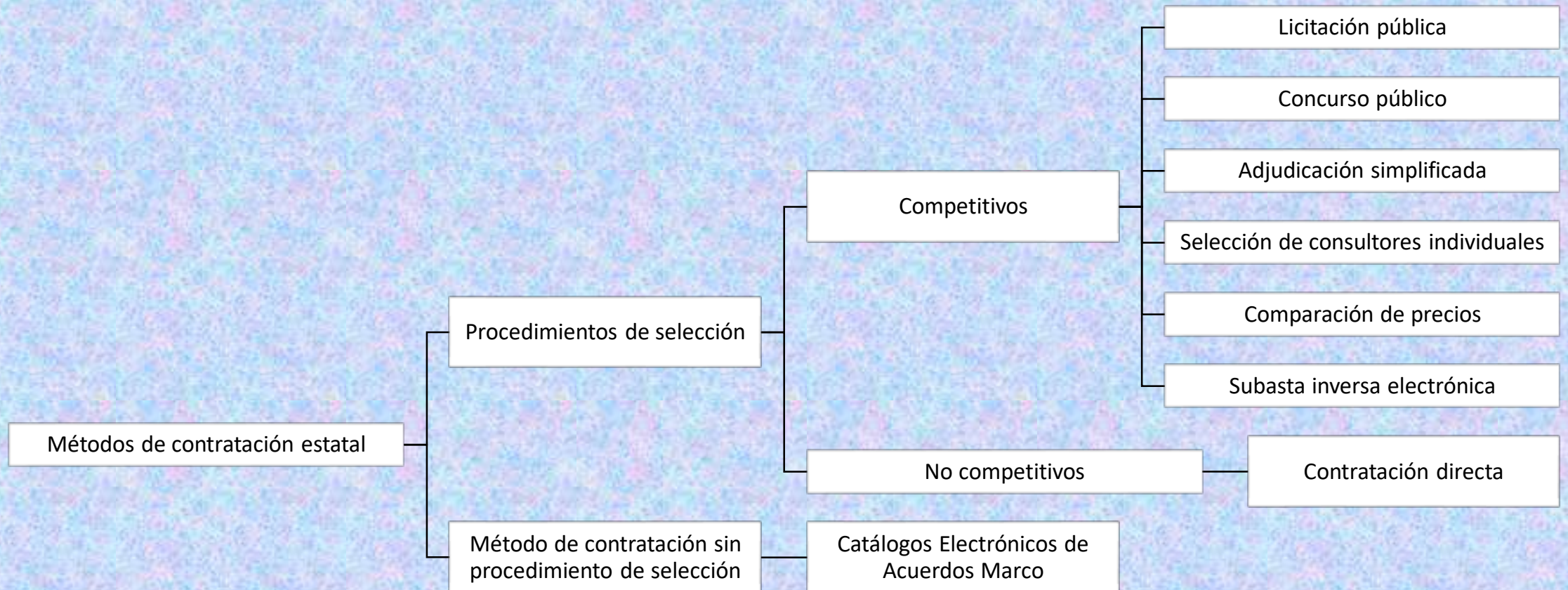
La certificación de crédito presupuestario, es el acto de administración que garantiza que se cuenta con el crédito presupuestario disponible y libre de afectación, para comprometer un gasto con cargo al presupuesto institucional autorizado.



Es requisito para convocar un procedimiento de selección, **bajo sanción de nulidad**, contar con la certificación de crédito presupuestario.

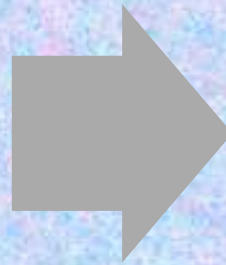
Métodos de contratación estatal

Métodos de contratación estatal



Procedimiento de selección

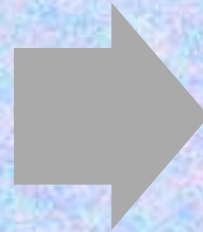
Procedimiento de selección.



Es un procedimiento de naturaleza administrativa que comprende un conjunto de actos de gestión administrativa que se desarrollan con la finalidad de seleccionar a un proveedor con el cual, previo cumplimiento de determinados requisitos, la Entidad formaliza un contrato estatal

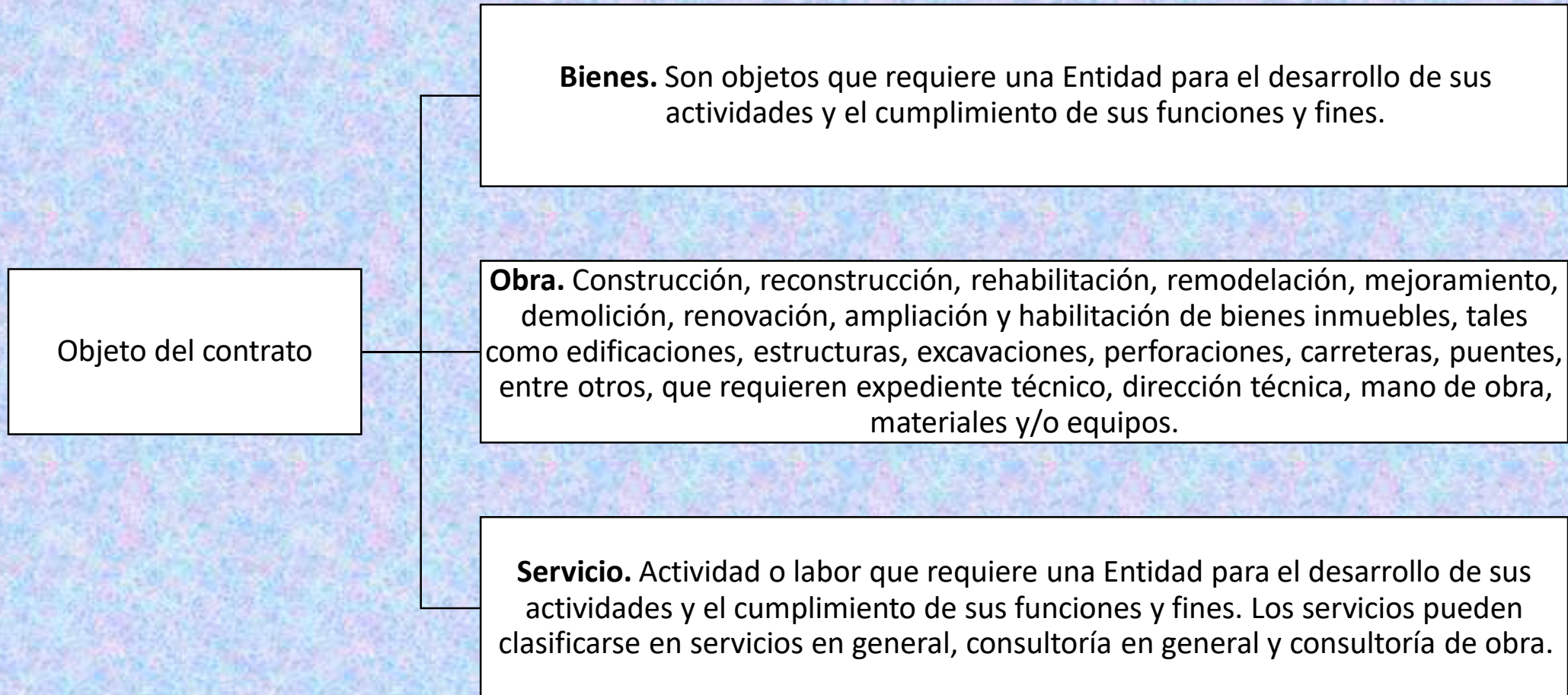
Contrato estatal

Contrato. Es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la legislación de contratación estatal

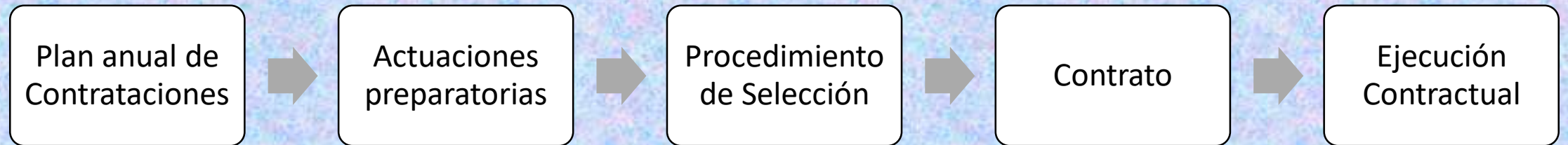


Contrato original. Es el Contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora

Objeto del contrato



Etapas contratación estatal



Muchas gracias

José María Pacori Cari

Contacto

corporacionhiramsl@gmail.com

Teléfono móvil y WhatsApp

959666272