

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTRATO DE OBRA

Lic. Roberto Zavala Chavero.

Mayo 2013.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTRATO DE OBRA

I.- Antecedentes.- II.- Concepto e identificación del Contrato Administrativo.- III.- La definición del contrato Administrativo.- IV.- Antecedentes de los Contratos Públicos.- V.- Distinción con el derecho privado.- VI.- Elementos esenciales del Contrato Administrativo.- VII.- Extinción del contrato administrativo.- VIII.- Institutos principales.- IX.- Principios rectores del Contrato Administrativo.- X.- Características principales del Contrato Administrativo.- XI.- Elementos y requisitos del Contrato Administrativo.- XII.- El Contrato de Obra Pública.- XIII.- Clasificación del Contrato de Obra Pública.- XIV.- Formalidades.

I. Antecedentes.

La palabra castellana “contrato” proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído, por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *traho*, traducibles como *venir en uno, ligarse*, lo que después se entiende como acuerdo de voluntades. En el derecho romano el contrato venía a ser la convención que, por llevarse a cabo en la forma requerida por el derecho o por derivar de una causa tenida como idónea para crear una obligación, generaba acción y vinculaba obligatoriamente.

Importa precisar lo que entendemos por contrato, por ser éste un tema trascendental en el presente trabajo; al respecto diremos que es el acto jurídico consistente en el acuerdo de voluntades –cada una orientada por sus propios fines–, con el propósito de crear o transferir derechos y obligaciones de carácter patrimonial.¹

¹ El contrato es un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuado a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial”. Buen Lozano, Néstor de, *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, 1965, p. 211.



El agrupamiento de las cosas con base en sus notas más generales lo hace la división; el más detallado corre a cargo de la clasificación, la cual nos permite un conocimiento más minucioso o preciso, al determinar, por una parte, las diferencias, y, por otra, las semejanzas entre las cosas, mediante labores simultáneas de unión y de distinción, tanto para fusionar lo múltiple en la unidad, como para dividir el todo en unidades o partes. Daniel Márquez Muro la define como: “La ordenación de los seres, según sus semejanzas y diferencias, en grupos metódicamente distribuidos.”²

Los contratos pueden ser –de hecho han sido– clasificado de muy diferentes maneras y de acuerdo con criterios diversos, principalmente económicos y de técnica jurídica, circunstancia que predica sus numerosas variedades, muchas de las cuales son compatibles entre sí al poder coexistir en un mismo contrato. Cabe señalar que la existencia de los grupos de contratos que se derivan de tales clasificaciones tienden a establecer reglas comunes para todos los comprendidos en esa categoría; entre tales criterios clasificatorios deseamos destacar los siguientes:

- a) Por el número de “partes” que asumen obligaciones, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos.
- b) En atención a su gratuidad u onerosidad, los contratos se catalogan en gratuitos y en onerosos.
- c) Por el riesgo que generan, los contratos onerosos suelen clasificarse en conmutativos y aleatorios; así lo hace el artículo 1838 del citado Código Civil para el Distrito Federal, al establecer:

El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

² Márquez Muro, Daniel, *Lógica*, México, Porrúa, p.97.



- d) Por su naturaleza independiente o relacionada, los contratos podrán ser preparatorios, principales o accesorios.
- e) Por el tiempo en que se realizan las prestaciones, es decir, atendiendo al momento y a la duración de su ejecución, los contratos pueden ser de ejecución inmediata, de ejecución instantánea, y de ejecución diferida; dentro de estos últimos se pueden distinguir los de ejecución instantánea diferida y los de tracto sucesivo; en esta última modalidad pueden diferenciarse los de ejecución continua, los de ejecución periódica y los de ejecución escalonada.
- f) Por su perfeccionamiento, o sea, en atención al momento, al procedimiento, modo, manera o forma de perfeccionarse, los contratos pueden ser clasificados en consensuales, reales, formales y solemnes.
- g) Por su previsión o regulación legal los contratos se agrupan en nominados o típicos e innominados o atípicos, según estén o no sujetos a normas jurídicas específicas, además de las generales existentes para todo negocio contractual.

II. Concepto e Identificación del Contrato Administrativo.

Según Forsthoftn, contrato de derecho público “son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”.

Bercaitzf relata el avance transformador del contrato, dentro del constante desarrollo del Derecho en general. Del individualismo pleno ("El mundo existe para mí", dice, citando un aforismo de Ihering), hasta un cambio del eje, que se desplaza hacia otro aforismo del famoso jurista: "Existo para el mundo", lo que no significaba abdicar de la libertad; empero, una indispensable socialización del Derecho comporta que, en el conflicto de un individuo y el derecho de la colectividad, ceda aquél. De esto se deriva una necesaria regulación de la Ley, para equilibrar las



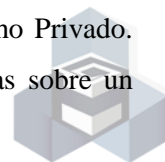
prestaciones en el caso del Derecho Laboral; para subordinar el interés particular en favor del bien común en el Derecho Administrativo; empero, esto se ceñirá, se definirá y se ejecutará acorde con el principio de legalidad.

El contrato administrativo cobra así vida real, porque comporta no sólo la decisión de la Administración, a través de un acto administrativo, sino que hay una expresión de voluntad del contratante, sin cuyo elemento no se generaría el acto bilateral que es el contrato. Por tal expresión de voluntad, por la necesaria subordinación (en vez de la coordinación del contrato privado), por el fin público predominante, por el sentido de la colaboración (algunas veces de mayor grado como en el suministro prolongado), por las garantías especiales internas y prejudiciales, no hay duda alguna, a nuestro juicio, de la categoría del contrato administrativo. Podrá por eso verse cómo algunos notables juristas no satisfechos con la tesis del contrato administrativo convienen en aceptarlo con requisitos que lo integren a fin de cautelar el derecho particular, aplicando por ejemplo el principio del *rebus sic stantibus*.

Para Bielsa la convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público es un contrato de derecho público, de lo que resulta que “el contrato administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o Jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”.

Además hay otras consideraciones que, si bien pueden estar implícitas en alguno de los elementos esenciales, cobran gran importancia tanto en la doctrina como en la vida administrativa; tal es la noción de la cláusula exorbitante del derecho común, que son inusuales en la contratación privada e inclusive inadmisibles por el concepto de la igualdad de las personas; empero, la cláusula exorbitante es ínsita a la contratación pública, dándole privilegios a la Administración para que pueda realizar sus cometidos, aunque deba hacerlo con respeto a las formas y al procedimiento de legalidad.

Las cláusulas exorbitantes del derecho común operan implícitamente, aunque no estén expresamente en el documento del contrato y aun contra lo que éste pueda decir cuando, contrariando la esencia de la contratación administrativa, pretende someterlo al Derecho Privado. En el caso de la Compañía Peruana de Teléfonos con algunas empresas constructoras sobre un



contrato de obra pública, los, expertos designados por el Colegio de Abogados de Lima, ante una consulta, estuvieron en parte concordes en que, tratándose de un servicio público, de las propias formalidades realizadas y de otros elementos, debería considerársele como un contrato público administrativo y, por ende, con cláusulas implícitas exorbitantes del derecho común (Informes del 9.12.86, referentes a contratos de la C.P.T., de obra pública, del 18.02.85) Para Marienhoff, inclusive, si en un contrato de naturaleza privada que celebre la Administración se introducen de modo expreso tales cláusulas exorbitantes, convierte a dicho contrato en administrativo porque se le reconocen a la Administración prerrogativas de poder que no se conciben en los contratos entre personas particulares. Empero, tales prerrogativas se justifican sólo para servir el interés general.

En el contrato administrativo concurren nociones, para una concepción justa: una expresión de voluntad, incluyendo claro está del contratante; un sentido de colaboración, por encima de aquello de que las partes quieren cosas diferentes del contrato privado; el aspecto teleológico, pues se concurre hacia un fin de servicio; el interés de! particular está protegido por la ley y, en ciertos casos, por el principio *rebus sic stantibus* en aras del equilibrio económico o ecuación económico-financiera, y, como ya se ha dicho, el ejercicio reglado -no arbitrario- de las potestades en la relación de subordinación.

Un tratado especial se refiere a las definiciones de contrato administrativo de Marienhoff, Cassagne y Escola.

Para Marienhoff el contrato administrativo es un "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas".

Cassagne expresa que es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros".

Y Escola define los contratos administrativos como los que son "celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas



exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta".

Bercaitz disiente de Marienhoíf, porque un acuerdo generador de obligaciones puede ser un acuerdo colectivo o complejo que no constituye un contrato cuando las voluntades que lo generan no son opuestas. Respecto de Cassagne, critica que se omite consignar que el régimen exorbitante regula la subordinación del cocontratante. Y en Escola repara que no tiene en cuenta los casos en el que el contrato se refiere a ocupaciones del dominio público para una actividad completamente privada y que no precisa lo relativo a las cláusulas exorbitantes. También difiere de Bielsa porque no pone énfasis en la subordinación jurídica y porque "deja fuera de la definición aquellos contratos que no tienen por objeto una prestación de utilidad pública, como son los relacionados a concesiones de ocupación del dominio público en beneficio de interés privado".

El tratadista Bercaitz, define los contratos administrativos diciendo que son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación Jurídica. También considera como contratos administrativos aquellos que el legislador "ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.

Como se ve, es difícil encerrar en una definición el complejo de situaciones contractuales públicas y nos parece que se verá una luz más clara, que ilumine la cuestión, al revisar los criterios y teorías que se han dado para diferenciar la contratación administrativa de la administración privada, así como el criterio Íntegra) que más adelante proponemos para esa distinción.

No obstante, hay que dejar en claro que una contratación entre órganos de la administración es prístinamente de derecho público, tanto por los sujetos como por el fin público que los alienta. Esto puede tener otros matices:



Cuando los órganos públicos son de distinta jerarquía, pues allí se dará una subordinación. Esta, sin embargo, será diferente en esencia a la subordinación que opera respecto de un cocontratante particular porque, en aquella, interrogarnos, la subordinación será por razón de jerarquía;

La contratación con un particular o administrado, la subordinación es por las prerrogativas de cuidar el interés público que tiene como deber la administración pública.

En la contratación administrativa con particulares no cabe la menor duda de que, siendo la relación de derecho público, no existe la coordinación sino la subordinación del sujeto privado al ente público; empero tal subordinación, que opera como privilegio de la administración pública, se justifica solamente por (a representación de la comunidad que tiene la administración y porque sus prerrogativas son para servirla, en pro del interés público, en cuyo beneficio se encuentra también el propio cocontratante.

No obstante, no puede negarse la existencia del contrato administrativo. Lo que sucede es que tiene sus peculiaridades, su ámbito, de modo similar a lo que ocurre con la relación laboral entre el trabajador y la empresa. No quiere decir que porque la ley y la doctrina establezcan cláusulas imperativas y que, inclusive, exista un control de la administración pública, pueda negarse que hay un elemento de consentimiento, que expresión de voluntad de quien se relaciona con la Administración en un vínculo contractual. Por cierto que si el acto está sujeto a un régimen específico -caso de concesiones mineras por ejemplo- entra la relación en otro ámbito Jurídico. En el momento actual hay que tener en cuenta, además, las distintas modalidades que puede adquirir el contrato público, si se conciertan dos entidades de la administración. En este caso se define la pureza pública. En efecto, en el contrato con un particular sucede que las partes, como en los contratos privados (según criterio de León Duguit), quieren cosas diferentes. En el contrato administrativo público, entre dos sujetos públicos, hay concordancia desde el punto de vista teleológico. En el contrato de la administración con un particular, este último querrá su propio objetivo e interés personal, mientras que el sujeto público se dirigirá al bien común. Esto distingue, en profundidad, el contrato entre entidades públicas y el contrato administrativo con una persona privada, sea natural o jurídica.

Es valiosa la opinión de Marienoff¹¹. Él se pregunta si existen contratos administrativos, dado que un sector importante los niega (entre otros Mayer, Raneileti, las objeciones de Bandeira de



Mello), admitiendo sólo el que se celebra entre entes administrativos, Marienhof sigue al sector doctrinario que admite la contratación sea entre entes administrativos o con particulares y administrados, que es la doctrina que prevalece, como por ejemplo Gastón Jeze, Fraga, Bielsa, Escola, Bercaitz. Jean Riveró, García de Enterría, Laubadere y otros.

III. La Definición del Contrato Administrativo.

A sabiendas de que *omnia definitio periculosa est*, es decir, que toda definición es peligrosa, resulta conveniente utilizar la definición para la aclaración, precisión y transmisión del pensamiento, por ser un instrumento especialmente útil para cuando enfrentamos un concepto difícilmente descifrable en razón de nuestra confusión y embrollo. *Así el Contrato administrativo es el celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.*

El siglo XX se inicia con una regulación del contrato administrativo vaga e imprecisa, inserta en un derecho administrativo incipiente, claudicante del dominio de la soberanía nacional; mientras que, al convertirse en gobierno la revolución, orientado por los principios solidarios del Estado de bienestar, se torna reivindicatorio de los intereses de la nación; aun cuando, en las dos últimas décadas, esta rama del derecho se vea avasallada lo mismo por la deuda pública externa que por la corriente neoliberal y globalizadora, la cual, a nivel planetario, bajo la divisa: “el mejor Estado es el menor Estado”, sacrifica el interés público en aras del de las empresas transnacionales, so pretexto del progreso y la modernidad.

IV. Antecedentes de los Contratos Públicos.

El profesor Miguel Ángel Bercaitz se remonta al Derecho romano para señalar las raíces del contrato, que comprendería cuatro categorías: los contratos RE es decir los de carácter real que se perfeccionan con la entrega de la cosa; VERBIS, que reposan en el consentimiento; los UTTERIS, que constan de un reconocimiento del documental del deudor e inclusive en los libros de acreedor; y los contratos CONSENSU, que comportan el acuerdo de las partes. La división con los contratos verbis seña por la necesidad de "fórmulas o palabras solemnes".



En el Derecho moderno, dice Bercaitz, la noción del contrato "se trabaja y enriquece con la profunda transformación Jurídica que produce la Revolución Francesa"; empero, recuerda cómo el individualismo del siglo XIX dio al contrato su expresión categórica dentro de la igualdad en el inicio, en la marcha de contrato y en su terminación.

Esto obedece, como ya hemos dicho, al sistema del liberalismo económico, sistema que tantos males ocasionara como al respecto hemos ya citado al profesor de San Marcos, Guillermo U. Olaechea, comentador de la Constitución Peruana de 1920. Bercaitz no desconoce tal situación, para admitir la legitimidad de la intervención del Estado; e inclusive recuerda que el Padre Lacordaire dijera: "que entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el servidor, es la libertad la que oprime y es la ley la que libera". Como ya hemos advertido, este anatema de Lacordaire se refiere a la libertad económica.

No debe olvidarse que las potestades unilaterales de la administración pública en un contrato administrativo con un administrado no pueden ser Jamás arbitrarias, sino regladas o, en todo caso, discrecionales. Además, el administrado puede: a) Ejercitar los recursos ante la propia administración; b) Agotada la vía administrativa, ocurrir ante el órgano judicial.

V. Distinción con el Derecho Privado.

¿Cuál es la diferencia entre los contratos civiles y los contratos administrativos? En realidad la categoría de los contratos administrativos no es muy antigua. Aparece en el siglo pasado dentro del Derecho francés: la *contractation administrative* o sea la teoría de los contratos administrativos. Hoy en día esta teoría es universalmente aceptada. Para explicarla han surgido varios criterios que han sido agrupados por el tratadista Miguel A. Bercaitz, quien analiza los distintos criterios de diferenciación y las teorías elaboradas para distinguir los contratos administrativos de los contratos civiles. Resume Bercaitz. Los siguientes criterios y teorías:

- A. **Criterio Subjetivo.** El criterio subjetivo consiste en comprobar si en el contrato es parte la Administración del Estado. No se requiere necesariamente que sea el Poder Central del Estado, sino una persona jurídica pública perteneciente a la Administración Pública. De acuerdo al criterio subjetivo, basta dicha condición para que se produzca la contratación administrativa; y éste es el criterio seguido por el antiguo profesor francés Laferrière en su



obra "Tratado de la Jurisdicción Administrativa", y también por el profesor brasilero Brandao Calvalcanti.

- B. **Criterio de la Jurisdicción.** El criterio de la jurisdicción (sostenido por Adolfo Merl en su obra: "Teoría General del Derecho Administrativo"): consiste en establecer que hay contratación administrativa en aquellos casos en que compete conocer a la jurisdicción administrativa por disponerlo un precepto legal, por haberse pactado o por decidirse jurisdiccionalmente, por sus modalidades propias, que corresponde a la Jurisdicción administrativa.
- C. **Criterio Formal.** El criterio formal: se ha sustentado ciñéndose al procedimiento empleado por la administración pública para su concertación, como explica el profesor Fernández de Velasco.
- D. **Teoría del servicio público.** La teoría del servicio público: su más importante y conocido sustentador, León Duguit, sostiene que lo que importa es el fin; y que, por consiguiente, si el contrato tiene como fin un servicio público o contribuye a un servicio público, pues allí hay contratación administrativa. León Duguit compara, como ejemplo, el contrato comercial con el contrato civil y manifiesta que la diferencia formal y de otro orden no es mayor, pero sí en cuanto al fin; agrega que cuando el fin es comercial, evidentemente hay un contrato comercial diferenciado de la contratación civil. Similarmente pasa, dice, con el contrato de carácter administrativo en el cual el fin es el servicio público. De esta teoría no podía dejar de participar Gastón Jeze, pues debemos recordar que Gastón Jeze es quien sostiene, como definición del Derecho Administrativo, que es la ciencia relativa a los servicios públicos; o sea que, para él, el servicio público agota la noción de Derecho Administrativo (tesis criticada por distinguidos y variados autores). Sin embargo, Gastón Jeze tiene algunas salvedades a la teoría del servicio público. Dice, por ejemplo, que no basta este elemento sino que es indispensable que las partes contratantes hayan querido someterse a un régimen del Derecho Público.
- E. **Teoría del Contrato Administrativo por su naturaleza.** La teoría de los contratos administrativos por su naturaleza: León Blum sienta la doctrina de los contratos



administrativos por su naturaleza: "Es necesario que ese contrato por sí mismo y por su naturaleza propia, sea de éstos que sólo pueda concluir una persona pública".

- F. **Teoría por el fin de la utilidad pública.** La teoría del fin de utilidad pública: coincide en algo con la teoría del servicio público, pero la descarta. Por ejemplo, Cario Ferrar! manifiesta: "que lo determinante del contrato administrativo es una prestación de utilidad pública, sin perjuicio de otros elementos que lo integran, como la intervención de un sujeto de derecho público y la posibilidad de que la administración pueda variar unilateralmente el convenio".

Esta teoría es también de Gabino Fraga, el conocido maestro de la Universidad de México. Reúne, en realidad, requisitos más completos como son el fin de utilidad pública o sea una prestación de utilidad pública, la intervención de un sujeto de derecho público y además que la administración pueda variar unilateralmente el convenio.

- G. **Teoría de la cláusula exorbitante del derecho común.** Luego, la teoría de la cláusula exorbitante establece que en la contratación administrativa hay cláusulas espaciales que exorbitan el Derecho Privado. La diferencia, según los sostenedores de esta teoría, "estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas, exorbitantes del Derecho Privado que testimonian un régimen jurídico especial de derecho público". Varios fallos del famoso Consejo de Estado de la Justicia Administrativa Francesa, han sentado las bases de esta teoría de la cláusula exorbitante. Por ejemplo, el fallo del 23 de diciembre de 1921, luego el de! 23 de julio de 1925 y el del 21 de enero de 1938, en las cuales se expresa que allí donde se encuentran poderes, facultades, atribuciones especiales de la entidad que representa a la Administración como sujeto de la relación, seda una contratación administrativa; y, a la inversa, cuando no concurren esas condiciones, se da una contratación privada.

- H. En realidad, esta interesante teoría no explica tampoco, por sí sola, la contratación administrativa. A mi juicio, puede no existir ninguna cláusula exorbitante expresa en determinada contratación de la Administración Pública y, sin embargo haber un contrato administrativo sujeto al derecho público.

- I. **Nuestro Criterio.** En nuestra opinión sostenemos un criterio integral porque, para establecer la contratación administrativa, deben conjugarse los diversos conceptos y



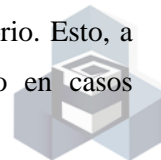
criterios que acabamos de mencionar o por lo menos, algunos de los más importantes e indispensables. Por lo pronto, el que haya contratación administrativa si uno de los sujetos representa a la Administración Pública, lo cual es un aporte del criterio subjetivo, será necesario un procedimiento formal, es decir, un mínimo de requisitos o procedimientos que no se hacen en la contratación privada. El criterio de la jurisdicción es de menor importancia ya que el sistema peruano es siempre judicialista; empero, podrá estar presente el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Sin la menor duda, obran las teorías del servicio público y de la utilidad pública que ayudan a definir la naturaleza del contrato dentro de los parámetros del Derecho Administrativo; y finalmente la teoría de las cláusulas exorbitantes, que pueden ser expresas o implícitas; pensando por nuestra parte, que aunque no estén escritas deben operar otorgando prerrogativas a la Administración Pública, lo cual comporta el contrato administrativo.

Nosotros aplicamos el criterio integral en un estudio sobre el Contrato de Toquepala, en el año 1967, que presentamos al Congreso de Abogados del Cuzco en enero de 1968, que fue muy bien recepcionado en esa reunión profesional. En dicho contrato estaba en Juego la utilidad pública, las minas que son del Estado (mejor dicho del pueblo administradas por el Estado) y que se otorgan en concesión bajo obligaciones y deberes que se resumen en la explotación racional; e inclusive procedimientos de estudios e informes precontractuales, algunos de los cuales no se cumplieron. Esto comportaba la nulidad del contrato, que puede declararla la Administración Pública, cuando es nulidad absoluta (Sayagués Laso, obra citada. Tomo I pág. 565; y Bercaitz obra citada, primera edición, págs. 354 y 355). Fatalmente una Ley 16732 autorizó unas modificaciones, soslayándose la solución jurídica de la nulidad.

VI. Elementos esenciales del Contrato Administrativo.

Son los sujetos; la competencia y capacidad; el objeto; la causa; la finalidad; la forma, y el elemento moral.

- a) Los sujetos deben gozar de la capacidad personal obvia: pero además el sujeto público que pacta debe tener la competencia por razón de la materia, de grado y del territorio. Esto, a nuestro juicio, comporta la necesidad de una aprobación o consentimiento en casos



excepcionales, que puede llevar hasta la de un acto legislativo, como por ejemplo un contrato de empréstito.

- b) El objeto "es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo", según la noción de Bercaitz: La causa está constituida por los motivos determinantes del acto en los que están insertos el cuidado del servicio público y en particular el interés público. Para Bielsa en el Derecho Público "la causa se objetiva siempre en el interés público".
- c) En cuanto a la finalidad, apunta hacia el fin último que se persigue con el contrato, particularizando la generalidad del interés público y dirigirse concretamente a lo que se quiere lograr con el contrato, lo que debe ser muy claro en el documento o desprenderse de él netamente. Recuerda Bercaitz que para Sayagués Laso y para Pratts, si el fin es oculto e indebido se da un caso de desviación de poder, aunque Escola opone ciertos límites a esto por la presencia en el contrato de un sujeto privado "a quien puede afectar la aplicación lisa y llana de la teoría".
- d) En cuanto a la forma, que es también requisito del acto jurídico en general (forma prescrita por ley), en el Derecho Público y, por ende, en el contrato administrativo, es también esencial. Si falta la forma prescrita por la ley o se ha festinado trámites o seguido un procedimiento irregular, el contrato resulta sin validez, es decir afectado de nulidad.
- e) Finalmente, el elemento moral, que plantea el Prof. Marienhoff de la Universidad de La Plata, y de cuyo criterio participamos. Es evidente que en nuestras realidades -como en otras incluyendo del mundo llamado desarrollado- se han dado -y se dan- casos de corrupción. Por ello, el elemento moral es básico para el contrato administrativo. Es grato recordar que, en el régimen peruano de 1968-1975 (Gobierno de Velasco Alvarado), se declararon nulos actos administrativos por violación del elemento moral.

VII. Extinción del Contrato Administrativo.

¿Cómo se extingue el contrato administrativo? No ofrece problema alguno el caso del vencimiento de término del cumplimiento del objeto o de hacer la suelta permitida por la ley o por el propio contrato.



En cambio, sí hay que mencionar los casos de revocación, que puede ser por razones de oportunidad, conveniencia, mérito o por razones de ilegitimidad.

La administración pública puede considerar, por una decisión gubernamental, que no es conveniente continuar un contrato. Esta decisión es unilateral, en ejercicio de potestad administrativa, pero comporta el pago de indemnización al que resulte afectado.

Las decisiones revocatorias por ilegitimidad pueden derivarse de violación de la ley por parte de la administración y en tal caso habría que examinar la concurrencia o complicidad de la contraparte en la burla de la ley, para derivar las responsabilidades.

En cambio, si la ilegitimidad es por la responsabilidad de quien contrata con la administración, se hace obligatoria la indemnización que debe pagar el responsable a la administración pública.

Similarmente ocurre con la nulidad manifiesta o absoluta.

Cabe también la extinción por hacer suelta del contrato, aceptada por la Administración por cumplirse el objeto contractual; por vencimiento del término, por ejemplo en una concesión de servicio público; y por la nulidad del contrato. Sayagués Laso afirma rotundamente; "Cabe admitir, como principio general, que ante un contrato afectado de invalidez la administración puede revocar por ilegalidad el acto administrativo mediante el cual formalizó el contrato y declarar, en consecuencia, que el vínculo contractual es nulo".

VIII. Institutos Principales.

Los institutos principales en que se basa la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, son las siguientes figuras administrativas se van a realizar los diferentes tipos de procesos para realizar un contrato público, con el fin de contratar alguno de estos servicios o instituciones:

- a) **Las Obras Públicas.**- La realización de obras para el bien de la comunidad y de la sociedad, que corresponde al Congreso fijar en el presupuesto Nacional, mediante una norma que indique la partida pertinente y el modo de cubrirla, realizada en este caso por los gobiernos centrales a través de los diversos Ministerios o los gobiernos locales, a través de las



Municipalidades, Gobiernos Regionales, etc. Ejemplo, la mejora de pistas, la construcción de puentes o carreteras.

b) **Los Servicios Públicos** .-Según Bielsa, un gran tratadista argentino, "toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, asegurada evicción o prestación por el poder de justicia." Los tipos de servicio público son:

- a) **Propio e Impropio**: La primera es cuando la administración (central, regional, municipal o autonómica) ejecuta por sí misma obras o servicios en beneficio de la colectividad. Los impropios es cuando en cualquier de sus modalidades no asume por sí misma las obras o servicios, los que transfiere a los particulares mediante autorización, licencia o permiso.
- b) **Directo e indirecto**: El directo, cuando solo la administración actúa con sus propios medios, financiación, personal y equipo. El indirecto, cuando particulares reciben expresa delegación de atribuciones, por contratación o concesión, beneficiándose el aparato público con la contraprestación pecuniaria aceptada por los concesionarios o contratistas.
- c) **Las Adquisiciones**.- Priman dos figuras fundamentales en el campo de las adquisiciones, la compra venta y la locación de servicios.
- d) **Las Consultorías**.- Complementariamente a las áreas afines a la ejecución de obras públicas ya las adquisiciones, están las consultorías, creadas en el Gobierno de 1980-1985, con la Ley N° 23554. Mediante esta ley del presidente Belaúnde Terry, se consideraba la consultoría, "como nacional, cuando es ejercida por peruanos en forma individual, en asociación profesional, integrando sociedades mercantiles, o por personas que reúnan los requisitos de la Decisión 24, del Acuerdo de Cartagena Art. 4.". Sus características más resaltantes son: coyuntural, consubstancial, aclaratoria y esporádica. Debido a que son realizadas con un fin específico que sobre el que se le consulta. Con un contrato específico para tal fin, culminada la consulta, termina el contrato.



- e) **El arrendamiento.**- De bienes del Estado por particulares, o de bienes privados donde el arrendatario es el Estado.

c) Otras Figuras

- a) **El asesoramiento.**-Servicios de expertos cuyas acciones están dirigidas a facilitar la solución de problemas científicos o tecnológicos en diferentes campos ya transferir experiencias y capacidades. Esta prestación es permanente y prolongada, llegando más allá que la consultoría, que normalmente es lo contrario, siendo esta esporádica. En cada Ministerio hay una comisión consultiva y también, por consiguiente, varias asesorías.
- b) **La Residencia.**- Es la función de un arquitecto o ingeniero, encargado por el contratista de la dirección técnica de una obra en ejecución, de modo permanente.
- c) **El Laboratorio.**-Es el local donde se experimentan trabajos técnicos o investigaciones científicas, en relación con el o los proyectos por realizar. Laboratorista es el experto en ejecutar los correspondientes trabajos para los cuales está destinado el laboratorio.
- d) **Supervisión.**-Observación técnica de campo para enseñar y corregir parte de la estructura administrativa de una obra p de un servicio. Supervisor es el profesional o técnico seleccionado para el control de obras.

IX. Principios Rectores del Contrato Administrativo.

Diversos principios, cuya sistematización está pendiente de realizar, dan sustento a la teoría del contrato administrativo y a su regulación jurídica; entre ellos destacan los siguientes:

- A. **El principio de legalidad.** Conforme a este principio, fundamental en el Estado de derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la administración pública, sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho



vigente; en consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque, como bien dice Jean Rivero: “La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción.”³

En México, el régimen jurídico normativo de los contratos administrativos se configura, en el ámbito federal, a través de los artículos 5º, 73, f. VIII; 27, f. I; 28 –antepenúltimo y penúltimo párrafos–, 90, 126 y 134; así como de diversas leyes y reglamentos que habremos de analizar en el capítulo duodécimo.

B. El principio de continuidad. Hace referencia el principio de continuidad del contrato administrativo al derecho de la administración pública a exigir al cocontratante la continuidad o no interrupción en la ejecución del negocio contractual, pudiendo recurrir, en caso de interrumpirse, a la ejecución por cuenta del cocontratante, lo cual representa una notable diferencia con el contrato del derecho privado, en el cual las partes carecen de la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicionado, por regir en él ampliamente la *exceptio non adimpleti contractus*.⁴

Por tanto, la ejecución de los contratos administrativos, conforme al principio de continuidad, no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que se pueda alcanzar cabal y oportunamente su finalidad inspirada en el interés público.

C. El principio de mutabilidad. Otro principio rector del contrato administrativo es su mutabilidad derivada del interés público que lo orienta, por lo cual, al variar los requerimientos existentes a la celebración del contrato, deberá modificarse éste para asegurar el interés público, sin que el cocontratante pueda oponer el principio *pacta sunt servanda*;

3 Rivero, Jean, *droit administratif*, Paris, Dalloz, 1970, p. 15

4 “Esta expresión de excepción *non adimpleti contractus* no se encuentra en los textos del Derecho romano, ha sido creada por los postglosadores que sirviéndose, en realidad, de las reglas enunciadas en el Digesto, construyeron la teoría. La llamaban excepción *non adimpleti contractus* cuando era opuesta a un acreedor que todavía no había cumplido nada de su obligación y *non adimpleti contractus* cuando era opuesta a un acreedor que sólo había cumplido parte de su obligación.” Colín, Ambrosio, y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, 4ª. De. Española, trad. Demofilo de Buen, Madrid, Reus, 1960, t.3, p. 726.



El interés público que constituye en principio la causa de los contratos administrativos, no se satisface si los supuestos de hecho que se tuvieron presentes al celebrarlo, se modifican en tal forma que las acciones o prestaciones convenidas, se tornan inactuales, inoperantes o contraproducentes para la satisfacción de ese interés.⁵

Consecuencia de la mutabilidad del contrato resulta, también, el resarcimiento del interés patrimonial del cocontratante, cuando queda menoscabado por la modificación unilateral del contrato administrativo realizada por la administración pública contratante en aras del interés público.

De esta suerte, con base en el principio de mutabilidad, el contrato administrativo dentro de ciertos límites puede ser unilateralmente modificado por ésta, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se suele considerar al de mutabilidad como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

D. **El principio del equilibrio financiero.** En obsequio a este principio, también denominado “principio de la ecuación financiera”, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o, cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado o a la administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos, como aquellos a que se refieren el llamado “hecho del príncipe”, y la teoría de la imprevisión, conocida también como “teoría de la lesión sobreviniente”.

1. **El “hecho del príncipe”.** En el acto contractual administrativo, se conoce como “hecho del príncipe” la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública. Escola explica el hecho del príncipe como: *Toda decisión o conducta que*

⁵ Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos, obras públicas*. cit., p. 347.



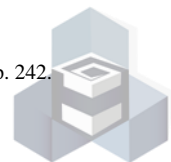
*emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económica-financiera.*⁶

2. **Teoría de la imprevisión.** Como resultado de especiales situaciones de carácter monetario, económico y financiero, generadas por la llamada Primera Guerra Mundial (1914-1918) consistentes, por ejemplo, en la brusca devaluación de las monedas, la hiperinflación y
3. **La bancarrota de numerosos países,** impulsa la moderna teoría de la imprevisión o de la lesión sobreviniente, que toma como punto de partida para su desarrollo la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, epítome o resumen de “*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentian de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*” traducible como “todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales”.

La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible también ha encontrado eco en el ámbito hispanoamericano del contrato administrativo, especialmente en lo relativo a la concesión de servicio público y al contrato de obra pública. Así, dado que, conforme al criterio dominante en la doctrina, la prestación del servicio público bajo el régimen de concesión se realiza a riesgo y ventura del concesionario, la teoría de la imprevisión trata de validar una excepción a tal principio, como sugiere Recaredo Fernández de Velasco al decir: *El servicio público se expresa a riesgo y ventura del concesionario significa que, en tanto se mantenga, subsistirán las circunstancias y condiciones económicas en que fue convenida, salvo aquellos casos excepcionales en que se imponga cierta variación (Teoría de la imprevisión*⁷).

6 Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, op. cit., t.I, p. 458.

7 Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 242.



La teoría de la imprevisión, entre otros efectos, puede dar cabida a una modificación tarifaria o a una ampliación del plazo de vigencia de una concesión administrativa; a una prórroga al plazo de ejecución de un contrato de obra pública, o a una indemnización al contratista de la misma; a la actualización o reajuste de precios, en el contrato de suministro; y al reajuste del monto del alquiler en el contrato de locación del servicio público.

E. Otros que pueden mencionarse son los siguientes:

1. Moralidad.- Cualidad de las acciones humanas apreciadas como buenas, dentro de la ética. Los actos referidos a las adquisiciones y contrataciones deben ser ante todo honradas.
2. Libre Competencia.- Tendencia del Sistema Económico del esto el Estado Social de Mercado, donde se busca la mayor, más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales.
3. Imparcialidad.- Proceder con rectitud y sin designio anticipado. Tratando a todos los postores y personas en igual condiciones. Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y contrataciones se adoptan de me manera estricta a la Ley y el Presente Reglamento, atendiendo criterios técnicos que permitan la objetividad en el tratamiento.
4. Transparencia.- No oculta acciones dudosas. Que todas las actividades y contrataciones sean públicas y siguiendo los procedimientos de la ley y que eso sea claro para los ciudadanos. Además todas las contrataciones deben realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores.
5. Eficiencia.- Que los bienes y servicios proporcionados sean de la mejor calidad posible, cumpliendo los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y usando las mejores condiciones para su uso final.



6. Economía.- Buscar bienes y servicios de precios o costos adecuados. Siguiendo los principios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos en todas las etapas del proceso.
7. Vigencia tecnológica.- Búsqueda y obtención de bienes y servicios de punta, o sea, de mayor adelanto y garantía de recuperación en caso necesario.
8. Trato justo e igualitario.- Procesar las posturas con el más amplio criterio de calificación para garantizar la bondad del bien o del servicio. Está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo que lo diga la ley.

X. Características Principales del Contrato Administrativo.

Antes de abordar el contrato de obra, pasaremos a explicar la esencia de los contratos administrativos, a efecto de tener mayores elementos para comprender la bitácora de obra. Para tratar de conocer el contrato administrativo resulta conveniente analizar sus caracteres esenciales, sus principios rectores, sus elementos indispensables y sus requisitos de validez, a fin de tener un panorama completo de su género próximo y un detalle preciso de su diferencia específica.

En todo contrato administrativo existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales esto no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad.

- A. **Juridicidad.** Por implicar la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario. Recuérdese al decano de la Facultad de Derecho de Burdeos, León Duguit, cuando afirma:

La definición más simple y al mismo tiempo más exacta que nos parece pueda darse del acto jurídico es ésta: Es el acto jurídico todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el



*ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un futuro dado.*⁸

Para su mejor comprensión, conviene separar los actos de la administración pública en dos grandes segmentos, según produzcan o no consecuencias jurídicas: los jurídicos y los actos no jurídicos; estos últimos, aun siendo manifestaciones de voluntad, por tratarse generalmente de informes u opiniones de servidores públicos de la administración pública, no producen efectos jurídicos, o si los llegan a producir, como en el caso de los dictámenes o peritajes, no son efectos jurídicos directos.

Sin duda, el contrato administrativo es un acto jurídico, más no se trata de un acto jurídico cualquiera, sino de cierta especialidad que lo ubica en el sentido amplio del acto administrativo como acto realizado por la administración pública en ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos.

B. Bilateralidad. En principio, parecería ocioso hacer hincapié en la bilateralidad y contractualidad de todo negocio contractual, pues debe tener tales caracteres por antonomasia.

Podemos hablar de la bilateralidad de la mayoría de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

C. Desigualdad de las partes. Hablar de diferentes categorías contractuales implica el reconocimiento de disimilitudes entre las mismas; así, mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados, en la doctrina imperante en la actualidad su desigualdad representa un carácter esencial de los contratos administrativos, sin que sea óbice para ello la celebración de contratos entre dos personas de derecho

⁸ Duguit, León, teoría general del acto jurídico, trad. Del GSMO, México, Editorial Cultura, 1922, p. 12.



público, porque de ubicarse en un plano de igualdad estarían celebrando un contrato de derecho privado, una de ellas estaría en situación de privilegio respecto de la otra.

De lo contrario, como ocurre cuando la titularidad del servicio público, obra pública, dominio público o actividad sobre la que versa el contrato, corresponde a ambas personas de derecho público, no se está, en rigor, frente a un contrato administrativo, sino ante un convenio de coordinación, o ante lo que Bercaitz llama “acto complejo o colectivo”.

D. Restricción de la libertad de las partes. En el contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección del contratante hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasando por el procedimiento de contratación.

E. Interés público prevaleciente. Carácter esencial del contrato administrativo, es sin duda, el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia, guía que orienta el ejercicio de la función administrativa de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones.

En fin, el interés público, invariablemente presente en la obra pública, el dominio público, el crédito público o cualquier actividad a que se refiera el contrato administrativo, prevalece en éste, en todo momento, de ahí su mutabilidad y su régimen exorbitante del derecho privado.

XI. Elementos y requisitos del Contrato Administrativo.

A. Los sujetos como elemento esencial presupuesto del contrato. Resulta imposible la existencia del contrato sin los sujetos o partes que lo celebran, de ahí que los sujetos constituyan un elemento esencial “presupuesto” del elemento esencial “básico” que es el consentimiento. Además, en los contratos administrativos uno de tales sujetos –pueden ser dos o más- habrá de ser la administración pública –entendida en su sentido amplio- en ejercicio de una función administrativa, en tanto que el otro sujeto será un particular; o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro ente público.



Por lo que se refiere al sujeto administración pública, aclaramos que ésta debe entenderse en su sentido amplio, por lo que dicho sujeto podrá ser un órgano del Ejecutivo, lo mismo que uno del Poder Legislativo, del Judicial, o un órgano constitucional autónomo, o bien, una entidad de la administración pública paraestatal, pero siempre en ejercicio de una función administrativa, y dotado de competencia para la celebración del contrato respectivo. Por tal razón, en nuestra opinión, tanto el ejercicio de una función administrativa como la competencia no son elementos del contrato administrativo, sino sendos requisitos que debe satisfacer la administración pública contratante.⁹

B. El requisito del ejercicio de función administrativa. En cuanto a la administración pública, ésta debe cumplir el requisito de actuar en ejercicio de función administrativa en la celebración del contrato, lo cual implica la finalidad de satisfacer directa e inmediatamente el interés público, pues de lo contrario, o sea, si no actúa en ejercicio de función pública, el contrato será de la administración pública, más no un contrato administrativo, sino de derecho privado.

C. El requisito de competencia. De acuerdo con el principio de legalidad, un sujeto, caracterizado en sentido amplio como ente de la administración pública, puede celebrar contratos administrativos si, y sólo si, tiene competencia para ello. Empero, el que la administración pública contratante deba ser competente para celebrar el contrato no significa que esa competencia constituya un elemento, o sea, un componente del contrato, sino un requisito de validez del mismo, que debe satisfacer el ente público contratante.

En consecuencia, un ente de la administración pública sólo será competente para celebrar los contratos administrativos que el orden jurídico vigente le autorice.

D. El requisito de capacidad. Siempre que el contratista del contrato administrativo sea, como ocurre generalmente, un particular, éste deberá satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica. Independientemente de lo anterior, puede quedar obligado a satisfacer requisitos adicionales, como su inscripción en un padrón de proveedores, por ejemplo.

⁹ Andrés Serra Rojas (Derecho administrativo, t. II, p. 496) considera elementos del contrato administrativo a la competencia del órgano y a la capacidad del particular.



- E. **El consentimiento como elemento esencial básico del contrato.** Concuerdan la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, en considerar al consentimiento –acuerdo de voluntades en torno a un fin común– como elemento esencial básico del contrato administrativo, creado de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere, pues, de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento, y con él, el contrato mismo.
- F. **El requisito de la manifestación del consentimiento.** El consentimiento, acabamos de verlo, es elemento esencial básico del contrato administrativo, más para alcanzar eficacia se requiere satisfacer el requisito de manifestarse, de exteriorizarse; de lo contrario, el acuerdo de voluntades en torno al fin y objeto del contrato quedará inédito y será ineficaz.
- G. **Vicios del consentimiento.** Como en los contratos de derecho privado, en el contrato administrativo el consentimiento puede adolecer de vicios que lo invalidan, como pueden ser la violencia, la intimidación, el dolo, el error, y, en lo atinente a la manifestación de la voluntad, la simulación.
- **La violencia.** La coacción física y la moral generan respectivamente la violencia y la intimidación.
 - **El dolo.** Comúnmente identificado con la mala fe, el dolo se interpreta en la doctrina como el artificio o maquinación empleado por uno de los contratantes para engañar a otro, de influir en su ánimo para conducirlo, mediante engaños, a la celebración del contrato, o para inducirlo a aceptar condiciones que no admitiría de no mediar el engaño, lo que en ambos casos invalida el consentimiento.
 - **El error.** La lógica más elemental establece la imposibilidad de conformar un consentimiento válido para la celebración de cualquier contrato si está basado en el error o concepto falso, equivocado o deformado de una cosa, al que suele equipararse la ignorancia de hecho, interpretada como falta de conocimiento o carencia de concepto acerca de la misma. El error admite diversas modalidades, entre la que figura el *error in negotio*, referido a la causa o naturaleza del contrato, como ocurre cuando una parte cree entregar un inmueble en arrendamiento y la otra



entiende recibirlo en comodato, en cuyo caso, por no darse el acuerdo de las dos voluntades dirigidas a un fin común, no se produce el consentimiento ni hay contrato de arrendamiento ni de comodato. El *error in re o in corpore* se da cuando se refiere a la sustancia, a la calidad o a la cantidad de la cosa objeto del contrato. El *error in persona* atañe al nombre, a la identidad o a la cualidad de la persona, y habrá de invalidar el consentimiento tratándose del particular cocontratante en los contratos *intuitu personae*, como en el contrato de obra pública.

- **La simulación.** Respecto del consentimiento, se interpreta como simulación la declaración irreal de voluntad emitida de común acuerdo por las partes, la apariencia de un contrato inexistente o al menos distinto al celebrado en la realidad; esa disconformidad entre la intención y la declaración simulada invalida el consentimiento y el contrato mismo, por estar encaminada a aparentar una situación que no existe y a ocultar lo que en realidad se pretende realizar. La simulación en los contratos administrativos es una de las herramientas favoritas de la corrupción.

H. El requisito de la forma. No queda a discusión el hecho incontrovertible de que, en el contrato administrativo, la voluntad del ente de la administración pública significa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la “forma” señalada en la norma jurídica aplicable. Lo anterior significa que tal “forma” no es un elemento del contrato, sino un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato.¹⁰

I. El objeto como elemento esencial básico del contrato. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina coinciden también en señalar al objeto como otro elemento esencial y básico de todo contrato, el cual debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto

¹⁰ Héctor Jorge Escola (*Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, p. 186) no considera a la forma como requisito, sino “Como elemento esencial complementario, concurrente a veces para la existencia y otras para la mejor eficacia del contrato administrativo, aparece la ‘forma’ tan trascendente siempre en el campo del derecho administrativo”.



a su especie, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones –objeto directo– o, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer. En el contrato administrativo, en contraste con el de derecho privado, la cosa objeto del contrato puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento del Palacio Nacional, sin que ello sea óbice para su celebración.

J. La causa como elemento esencial presupuesto en el contrato. Bajo el esquema del contrato administrativo, se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del ente público a la de su contratante, cuando éste es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia; en efecto, la importancia de la causa del órgano público contratante es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del particular cocontratante, la que configura a este elemento esencial presupuesto en todo contrato administrativo.

K. La finalidad como elemento esencial presupuesto. La finalidad o telos del contrato también es mencionada, por algunos autores, como uno de sus elementos esenciales, por cierto implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el porqué de tal objeto; “La ‘finalidad’ constituye la ‘razón’ que justifica la emisión del acto. De modo que la ‘finalidad’ en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente.”¹¹

XII. El Contrato de Obra Pública.

Destaca entre los contratos administrativos el de obra pública, no sólo por ser ésta una de las primeras expresiones de la actividad de la administración pública sino, también, por su cuantía, que suele ser elevada, por su frecuente celebración, así como por haber sido uno de los primeros negocios contractuales que merecieron regularse mediante un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, por lo cual suele considerársele el contrato administrativo por excelencia o por antonomasia.

¹¹ Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, obras públicas. cit., t. II, p. 344.



En México, como en Francia, España, y otros países, el concepto de contrato de obra pública tiene un trasfondo inmobiliario tomado de la acepción de obra pública que identifica a ésta con los trabajos encaminados a modificar o afectar el estado o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar el negocio contractual, según se ha manifestado tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina.

En México, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada el 4 de enero de 2000, como las leyes que, en el ámbito federal, le precedieron en la regulación del contrato de obra pública, se abstiene de dar un concepto de dicho contrato, aun cuando sí precise el de obra pública.

En Argentina, donde los conceptos de obra pública y de contrato de obra pública carecen del trasfondo inmobiliario que figura en el derecho positivo de otros países como México, el contrato en análisis puede versar, en principio, sobre muebles o inmuebles, porque, como explica Manuel María Díez:

La jurisprudencia ha establecido que la característica especial que distingue al contrato de obra pública de otros similares de derecho público y de derecho privado, es la de que aquél versa sobre la necesidad pública justificada por una razón actual y que la administración dirige la obra por medio de sus técnicos con facultad de impartir órdenes al contratista, aplicar por sí las sanciones previstas, sustituirse provisionalmente al contratista y hasta declarar la rescisión del contrato en caso de incumplimiento.¹²

Numerosos son los conceptos recogidos en la doctrina en torno al contrato de obra pública, por lo que sólo recordaremos algunos de los más representativos:

- a) **Miguel Acosta Romero**¹³ lo define como: “Un acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Pública Federal, local o municipal, por conducto de sus dependencias ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública. Siempre deberá constar por escrito.”

¹² Díez, Manuel María, Derecho administrativo, obras públicas. cit., t. III, p. 29.

¹³ Derecho Administrativo Especial, Volumen I, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 694.



- b) **Alfonso Nava Negrete** considera que “En principio, es un contrato administrativo que tiene por objeto la realización de una obra pública y es el concepto de ésta el que le tipifica e individualiza frente a los otros contratos administrativos.” Y en una segunda aproximación agrega: “Contrato de obra pública es el contrato administrativo cuyo objeto es la realización de una obra material por el Estado, al través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses colectivos.”¹⁴
- c) **Roberto Dromi**¹⁵ concibe al contrato de obra pública como: “Un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra.”
- d) **Oswaldo Máximo Bezzi** conceptualiza de la siguiente forma al contrato de obra pública: “El contrato es la fase final, la culminación del procedimiento de la licitación. Las leyes de obras públicas imponen su forma escrita; en realidad, el instrumento no puede contener, bajo pena de nulidad, innovaciones respecto de las bases y condiciones y de la oferta aceptada, documentos a los que se remite y que se autentican justamente con los planos de la obra, formando parte del mismo.”
- e) **Por su parte Héctor Jorge Escola define:** “El contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular.”¹⁶ La anterior definición coincide con la propuesta por el profesor francés André de Laubadere, para quien, el de obra pública es un “contrato por el cual una persona pública encarga a un empresario la ejecución de una obra pública mediante el pago de un precio.”¹⁷

Coincidimos con los citados autores en el sentido de que el de obra pública es el contrato administrativo que tiene por objeto la realización de alguna de las modalidades de la obra pública, que en el ámbito federal mexicano señala el artículo 3º. De la Ley publicada el 4 de enero de 2000; más para no incurrir en petición de principio y enfatizar su acento

14 Nava Negrete, Alonso, “Contrato de obra pública”, Diccionario Jurídico Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, t. II, p. 302.

15 Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 387.

16 Escola, Jorge Héctor, Tratado integral de los contratos administrativos, obras públicas. cit., t.II, p. 180.

17 Laubadere, André de, *Traté de droit administratif*, 7ª. ed. París, 1980, t. II, p. 315.



inmobiliario, se puede decir que el contrato de obra pública es el negocio jurídico bilateral, sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminados a modificar o afectar el estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual.

De acuerdo con lo expuesto para nosotros, el contrato de obra pública es un acuerdo de voluntades, celebrado por la Administración Pública con un particular, con el objeto de que éste realice trabajos de construcción, reparación, mantenimiento y demolición, de bienes inmuebles, los cuales se destinan a la procuración de las necesidades públicas. Dicho negocio contractual está sujeto al Derecho

El negocio jurídico de referencia se lleva a cabo mediante la libre concurrencia de voluntades de la Administración Pública y de su cocontratante, cada una orientada por sus propios fines: la primera se guía por el beneficio general y el interés público, mismo que anima el propósito intrínseco de tal obra de satisfacer una necesidad pública o una necesidad de carácter general; en tanto la voluntad del contratista o empresario cocontratante está motivada por su interés privado de obtener un lucro; lo que explica que en la confrontación de tales intereses habrá de prevalecer el interés público de la Administración Pública contratante.

Entre los tipos de contratos de obras públicas que normativamente existe, destaca la relativa a la configuración de la remuneración del cocontratante de la Administración Pública, la que admite tres formas básicas: a precio alzado, mediante precios unitarios, y precios mixtos que es una combinación de precio alzado y unitarios, según ordena el artículo 45 de la LOPSRM.

XIII. Clasificación del Contrato de Obra Pública.

En México, el contrato de obra pública se ubica dentro de la clasificación contractual como administrativo, bilateral o sinalagmático, a título oneroso, formal, conmutativo, principal, de ejecución continua, nominado, de adhesión, y eventualmente contrato base.



1. **Contrato Administrativo.** Tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia clasifican como administrativo al contrato de obra pública, por las siguientes razones: I) por ser siempre la Administración Pública una de sus partes, II) por tener como finalidad el interés público, III) contener cláusulas inadmisibles en el Derecho Privado, y IV) estar regulado, en buena medida, por un régimen jurídico de Derecho Público, lo que no impide que, como establece el artículo 13 de la LOPSRM: *“En lo no previsto por esta Ley y demás disposiciones que de ella se deriven, serán aplicables supletoriamente el Código Civil Federal; la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.”*
2. **Contrato Bilateral o Sinalagmático.** Se sostiene el carácter bilateral o sinalagmático del contrato de obra pública toda vez que tanto la Administración Pública como su contratista asumen obligaciones mutuas y recíprocas, las cuales derivan todas del contrato mismo, de ahí que los contratantes tengan el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado el uno recíprocamente respecto del otro.
3. **Contrato a Título Oneroso.** El de obra pública se identifica como contrato a título oneroso porque ambos contratantes pretenden obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente, por lo que uno y otro tienen un interés pecuniariamente apreciable.
4. **Contrato Conmutativo.** Es conmutativo, porque desde su celebración, las prestaciones a que se obligan los contratantes son ciertas, circunstancia que les permite apreciar desde entonces, en principio, el beneficio o pérdida que les habrá de generar, sin que tal utilidad o quebranto se supedita a un acontecimiento incierto, lo que no impide que, como en todo contrato, exista un área implícitamente aceptada por los contratantes, que determinará en la práctica que las partes obtengan beneficios o menoscabo; más dicha área no está pactada en el contrato, por lo que resulta de carácter extracontractual, al ser producto de la circunstancia, por cuya razón no convierte al contrato de obra pública en aleatorio.
5. **Contrato Principal.** Es principal o independiente, habida cuenta que existe por sí sólo y tiene un propósito contractual propio y específico, sin supeditar a otro contrato su validez y existencia.



6. **Contrato de Ejecución Diferida de Tracto Sucesivo.** La eficacia del contrato de obra pública perdura generalmente en un lapso más o menos amplio por ser de tracto sucesivo, lo que predica su eficacia duradera, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea que se agotan en un solo momento o episodio
7. **Contrato de Ejecución Escalonada.** Decimos que la obra pública es un contrato de tracto sucesivo de ejecución escalonada, porque su ejecución se lleva a cabo en momentos separados entre sí por intervalos desiguales, de acuerdo a un programa de ejecución con actividades secuenciales.
8. **Contrato Formal.** En México, el de obra pública es un contrato formal, habida cuenta que debe constar por escrito, y de conformidad con lo dispuesto en la LOPSRM, queda obligadamente sujeto a la observancia de la siguiente forma:

Artículo 46.- *“Los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas contendrán, como mínimo, lo siguiente:*

- a) *La autorización y presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato y sus anexos;*
- b) *La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato;*
- c) *El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato. En el caso de contratos mixtos, la parte y su monto que será sobre la base de precios unitarios y la que corresponda a precio alzado;*
- d) *El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y conclusión de los mismos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y la elaboración del finiquito referido en el artículo 64 de esta Ley, los cuales deben ser establecidos de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;*
- e) *Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;*
- f) *Formas y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;*



- g) *Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los ajustes de costos;*
- h) *Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas, determinadas únicamente en función de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido, las que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. Las dependencias y entidades deberán fijar los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales;*
- i) *Términos en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el artículo 55 de este ordenamiento;*
- j) *Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación por la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;*
- k) *Causales y procedimiento mediante los cuales la dependencia o entidad podrá dar por rescindido el contrato en los términos del artículo 61 de esta Ley;*
- l) *La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar como parte integrante del contrato, en el caso de las obras, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos; tratándose de servicios, los términos de referencia, y*
- m) *Los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán las discrepancias futuras y previsibles, exclusivamente sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo, que de ninguna manera, impliquen una audiencia de conciliación.*

Para los efectos de esta Ley, el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones.”

9. **Contrato Típico.** El contrato de obra pública se identifica como típico porque, además estar denominado expresamente con ese nombre en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, tiene una normativa jurídica particular para todos los de su especie, contenida en el título tercero de dicho ordenamiento legal.



10. Contrato de Adhesión. El contrato de obra pública pudiera caracterizarse como un contrato de adhesión, porque su contenido contractual es predeterminado por uno solo de los contratantes: la Administración Pública, al ser parte de las bases de la licitación, y que al momento de adquirirlas y presentar su propuesta, conoce los términos y condiciones y que consecuentemente se deberá adherir el contratista que desee celebrarlo; debe tenerse presente que la predeterminación contractual de dicho contrato por parte de la Administración Pública contratante debe hacerse obligadamente con apego a lo dispuesto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

11. Contrato Intuitu Personae. No existe duda, que el contrato administrativo que nos ocupa se identifica como un contrato intuitu personae, habida cuenta que la convocante lo puede celebrar en razón de competencia, y el contratista resulta serlo por sus cualidades específicas de carácter legal, técnico y económico

Por ser *intuitu personae*, el contrato de obra pública no puede ser transferido por el contratista, toda vez que adquirió tal carácter en virtud de sus cualidades personales, por cuya razón, en principio, no lo puede ceder ni tampoco recurrir a subcontratar con un tercero la ejecución de dicha obra, a menos que así esté establecido desde las bases de la licitación, conforme el artículo 47 LOPSRM, la medida que se justifica por evitar la especulación y el intermediarismo en perjuicio del erario y del interés público.

XIV. Formalidades.

Efectuada la adjudicación las partes deben proceder a llevar a cabo el perfeccionamiento del contrato respectivo.

El artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, señala: “*La adjudicación del contrato obligará a la dependencia o entidad y a la persona en quien hubiere recaído, a formalizar el documento relativo dentro de los treinta días naturales siguientes al de la notificación del fallo. No podrá formalizarse contrato alguno que no se encuentre garantizado, de acuerdo con lo dispuesto en la fracción II del artículo 48 de esta Ley.*”



La falta de formalización del contrato administrativo, bien sea por causa imputable a la convocante o a la persona física o moral interesada, trae como consecuencias dos supuestos regulados en el artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas:

- a) *Si el interesado no firmare el contrato por causas imputables al mismo, dentro del plazo a que se refiere el párrafo anterior, la dependencia o entidad podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al participante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, de conformidad con lo asentado en el dictamen a que se refiere el artículo 38 de esta ley, y así sucesivamente en caso de que este último no acepte la adjudicación, siempre que la diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora, no sea superior al diez por ciento.*
- b) *Si la dependencia o entidad no firmare el contrato respectivo, el licitante ganador, sin incurrir en responsabilidad, no estará obligado a ejecutar los trabajos. En este supuesto, la dependencia o entidad, a solicitud escrita del licitante, cubrirá los gastos no recuperables en que hubiere incurrido para preparar y elaborar su propuesta, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la licitación de que se trate.*

El contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacerlo ejecutar por otro; pero, con autorización previa del titular del área responsable de la ejecución de los trabajos en la dependencia o entidad de que se trate, podrá hacerlo respecto de partes del contrato o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en las obras. Dicha autorización no se requerirá cuando la dependencia o entidad señale específicamente en las bases de licitación las partes de los trabajos que podrán ser objeto de subcontratación. En todo caso, el contratista seguirá siendo el único responsable de la ejecución de los trabajos ante la dependencia o entidad.

- a) **Estipulaciones.** El contrato de obra pública, como todo contrato administrativo, se compone de “elementos esenciales”, y que a su vez se dividen en elementos esenciales básicos el consentimiento y el objeto; y los elementos esenciales que están implícitos y presupuestos en los anteriores que son tres: sujetos, causa y la finalidad, el primero de ellos, implícito en el consentimiento; los otros dos, presupuestos en el objeto.



En cuanto a los requisitos del contrato de obra pública, debemos entenderlos como la condición necesaria para su validez; entre otros, podemos citar la manifestación o exteriorización del consentimiento, el ejercicio de la función administrativa por parte del ente público contratante, la competencia del mismo, la solvencia del contratista, la existencia de partida presupuestal que soporte la erogación que implica el pago de las obligaciones a cargo del ente público contratante, el plazo de ejecución o entrega y, en ciertos casos, la licitación, el pliego de condiciones, y las garantías que debe otorgar el contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

