

VIII. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	143
El convenio, el contrato y el cuasi contrato	143
División de los contratos	144
Los contratos de la administración pública	144
Debate sobre la existencia del contrato administrativo	145
Criterios para diferenciar el contrato administrativo	145
Concepto de contrato administrativo	150
Principios rectores del contrato administrativo	151
Principio de legalidad	151
Principio de continuidad	151
Principio de mutabilidad	151
Principio del equilibrio financiero	152
Elementos del contrato administrativo	154
Los sujetos	155
El consentimiento	156
El objeto	156
La causa	157
La finalidad	157
Otros presuntos elementos esenciales	157
Clasificación de los contratos administrativos	159
Contratos administrativos nominados	160
Contrato de adquisición de bienes muebles	160
Contrato de arrendamiento de bienes muebles	160
Contrato de servicios relativos a bienes muebles	161
Contrato de obra pública	161

VIII. El contrato administrativo

EL CONVENIO, EL CONTRATO Y EL CUASI CONTRATO

Ya desde el derecho romano la convención o convenio fue considerada como típico acuerdo de voluntades y se distinguieron en ella dos clases o especies: el contrato y el pacto. En sus inicios, el carácter eminentemente formalista del derecho romano negó efecto jurídico a los pactos, otorgándolo sólo a las convenciones investidas de ciertas formas solemnes como las de la *mancipatio*, la *traditio*, la *stipulatio* y la *transcriptio* que, con sus respectivas modalidades, representaron los primeros modos de configurar los contratos en el ordenamiento jurídico romano.

El Código Napoleónico interpretó la convención como el genérico acuerdo de voluntades y tuvo al contrato como la especie de convención cuyo acuerdo de voluntades da origen a una obligación, por ser, en los términos de su artículo 1101 “un convenio en cuya virtud una o varias personas se obligan respecto de otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.¹²⁰

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, en su artículo 1792 define el convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”; y en su artículo 1793 precisa: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

Empero, como el artículo 1859 establece que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios, pierde relevancia la distinción entre unos y otros, “lo cual —según Ramón Sánchez Medal— hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato”.¹²¹

La doctrina no es unánime en la elaboración del contrato; así, el renombrado profesor español José Castán Tobeñas distingue tres interpretaciones del negocio contractual: el concepto amplio identifica la noción de contrato con la de convención o acto jurídico bilateral; el concepto estricto distingue la convención del contrato, al considerar a aquélla el género y a éste la especie, porque entiende por convención todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico, y contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial.

¹²⁰ Colección de códigos europeos concordados y anotados por D. Alberto Aguilera y Velasco. Establecimiento Tipográfico de la Colección de Códigos Europeos. Madrid, 1875, t. I, p. 185.

¹²¹ Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 13ª ed., Porrúa, México, 1994, p. 4.

Por su parte, el concepto intermedio admite el invariable contenido patrimonial de la noción del contrato e incluye dentro de ella “no sólo los acuerdos dirigidos a constituir una relación obligatoria, sino también los encaminados a extinguirla o modificarla”.¹²²

El derecho romano anterior a Gayo atribuyó el nacimiento de las obligaciones a un contrato o a un delito; el autor de las *Instituciones* fue quien reconoció otras fuentes adicionales de las obligaciones que después, como hace notar Fernando J. López de Zavalía, una corriente de glosadores clasificó como cuasi contratos y como cuasi delitos.¹²³

Se entiende por cuasi contrato todo acto lícito voluntario que, sin existir convención que lo acuerde, produce obligaciones, ya respecto de uno de los interesados o recíprocas entre partes, bien en beneficio de un tercero. Se suelen considerar como cuasi contratos el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios y la promesa pública de recompensa.

DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS

Es notorio que la institución del contrato ha encontrado en el derecho civil su mayor desarrollo, pero tal circunstancia no niega a dicha institución su carácter jurídico general ni impide a otras ramas del derecho ocuparse de ella, como en la realidad ha sucedido; por ello, de acuerdo con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir los contratos en civiles, mercantiles, laborales y administrativos; estos últimos son los que interesan a la presente obra.

LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La doctrina ha llegado a poner en duda la posibilidad jurídica de que la administración pública celebre auténticos contratos; mas, superada tal inquietud, discute cuál es su naturaleza y carácter para poder establecer si existe un tipo especial de contrato, diferente al de derecho privado, o sea, si existe el contrato administrativo. Así, como apunta Fiorini, “mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad cotidiana patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares”.¹²⁴

¹²² José Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*, Reus, Madrid, 1941, t. II, p. 576.

¹²³ Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Víctor P. de Zavalía, editor, Buenos Aires, 1984, p. 321.

¹²⁴ Bartolomé A. Fiorini, *op. cit.*, t. I, p. 409. Según Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 158) “La discusión que antaño se había suscitado respecto de si existían o no los contratos administrativos, de si era posible la

Debate sobre la existencia del contrato administrativo

En ese disenso doctrinal se advierten dos corrientes, una negativa que rechaza la existencia de contratos administrativos, constitutivos de una categoría diferente a la de los del derecho privado; y otra corriente positiva que sostiene la existencia de los contratos administrativos, diferentes a los celebrados entre particulares y sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

La corriente negativa —casi desaparecida en la actualidad— fue sostenida por juristas tan destacados como Otto Mayer, Fritz Fleiner y Leon Duguit; los argumentos contra ella los resume Fernando Garrido Falla, diciendo:

[...] la negación del contrato administrativo supone que los ejemplos que normalmente se manejan bajo tal denominación habrían de ser clasificados, bien como contratos civiles de la administración, bien como actos administrativos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios y con frecuentes efectos jurídicos de actos condición.¹²⁵

En la corriente positiva figuran entre otros renombrados autores, Gaston Jèze, Marcel Waline, Rafael Bielsa, Gabino Fraga y Fernando J. López de Zavalía; para este último los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración pública.

El autor de esta obra comparte la tesis de la corriente positiva que sostiene la existencia del contrato administrativo como categoría diferente al contrato de derecho privado. Empero, considera que sólo una parte de los celebrados por la administración pública son contratos administrativos, habida cuenta que también celebra otros de derecho privado. En este sentido, Miguel Acosta Romero afirma:

Aun cuando la doctrina ha discutido mucho sobre el particular, creemos que en la actualidad si se acepta teóricamente esta clase de contratos, y se explica la intervención del Estado en vista de una autolimitación a su soberanía y a su poder de mando, en función de los objetivos que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos.¹²⁶

Criterios para diferenciar el contrato administrativo

La diferenciación del contrato administrativo se ha postulado de acuerdo con diversos criterios doctrinales entre los cuales destacan: el subjetivo, el de la

aparición de un tipo de contrato diferente del que era conocido en el derecho privado, y de la capacidad de la administración pública para celebrarlos, está ya definitivamente superada, y actualmente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen esa existencia y esta posibilidad, como algo indubitable.”

¹²⁵ Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho...* op. cit., vol. III, p. 35.

¹²⁶ Miguel Acosta Romero, op. cit., p. 245.

jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad y el mixto.

El criterio subjetivo

En rigor, conforme a este criterio un contrato es administrativo si uno de los contratantes forma parte de la administración pública; no obstante, para los promotores de este criterio, “un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares”.¹²⁷

Es indiscutible que los contratos celebrados entre particulares no pueden ser de naturaleza administrativa, pero ello no implica que todo contrato celebrado por la administración pública sea administrativo, ya que en muchos de los que ella es parte son contratos de derecho privado, como lo demuestran, entre otros, los contratos de compraventa que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado celebra con los clientes de sus tiendas.

La tesis que sostiene que es administrativo el contrato que celebre la administración pública obrando como tal y relacionándose, por ese medio, con los particulares, debe rechazarse porque está basada en la obsoleta teoría de la doble personalidad del Estado, que en los actos de la administración pública distingue los de autoridad, en los cuales actúa como persona de derecho público, y los actos de gestión, en los que —según esta teoría— obra como particular.

La teoría de la doble personalidad ha sido descartada, entre otras razones, por comprobarse con facilidad que el Estado no es sino un solo y único sujeto de derecho; por ello, si caprichosamente se le dividiera en dos personalidades, una pública y otra privada, se tendría que admitir que, como persona de derecho público no sería responsable de los actos que efectuase como persona de derecho privado y a la inversa, lo cual sería absurdo.

El criterio de la jurisdicción

Quienes, como Alejandro Oliván y Borruel,¹²⁸ sostienen este criterio señalan que, a diferencia del contrato de derecho privado cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo.

A causa de sus débiles fundamentos, el criterio jurisdiccional, que hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo el carácter

¹²⁷ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, vol. I, p. 100.

¹²⁸ Alejandro Oliván y Borruel, *De la administración pública con relación a España*, Civitas, Madrid, 1843.

administrativo de un contrato, obtuvo poco eco y muchos detractores; estos últimos subrayaron que la competencia de dichos tribunales respecto de las controversias relativas a los contratos puede derivar de la ley, de la resolución jurisdiccional en atención a las características de un contrato específico o de pacto entre las partes.

En consecuencia, como hace notar el profesor Recaredo Fernández de Velazco, el criterio jurisdiccional pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que el accidente jurisdiccional altere la esencia contractual, como inadmisiblemente resulta que la voluntad del legislador, del juez o de las partes, haga variar de manera artificial la esencia o naturaleza de un contrato, por supeditarla a su competencia jurisdiccional.¹²⁹

Lo argumentado en los dos párrafos anteriores exhiben el criterio jurisdiccional como insuficiente para determinar por sí solo la categoría jurídica del contrato administrativo.

El criterio formal

La caracterización de un contrato como administrativo se determina, conforme al criterio formal, por la observancia de ciertas formalidades específicas y predeterminadas, tales como la licitación previa o el apego a bases o condiciones preestablecidas, entre otras. Este criterio es objetado porque las formalidades no son exclusivas de los contratos administrativos, los cuales, por cierto, en ocasiones quedan exentos de su cumplimiento.

El criterio de la cláusula exorbitante

Según este criterio un contrato será administrativo, siempre que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho privado, por ejemplo, por atribuirse a la administración pública contratante derechos —respecto del particular con el que contrata— no conferibles a ningún particular en contrato alguno; o bien por otorgar al particular con quien contrata poderes o facultades específicas respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado. Como dice el profesor Héctor Jorge Escola:

[...] la nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público.¹³⁰

¹²⁹ Recaredo Fernández de Velazco, *Los contratos administrativos*, Librería General de Victoria-no Suárez, Madrid, 1927, p. 15.

¹³⁰ Héctor Jorge Escola, *op. cit.*, vol. I, p. 103.

El criterio de la cláusula exorbitante, sostenido por el Consejo de Estado francés, se objeta ya que la inserción de tales cláusulas en los contratos administrativos pudiera ser innecesaria para alcanzar los mismos efectos, porque la administración pública disfrute de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

El criterio teleológico

Acorde con este criterio teleológico, el carácter público de un contrato lo determina su *telos*, su finalidad; de suerte que un contrato será administrativo si tiene determinados fines —distintos a los propios de los contratos de derecho privado—, como pudiera ser la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés público, o el logro de la utilidad pública. Este criterio teleológico registra en la doctrina versiones diferentes; entre ellas destacan la de los servicios públicos, la del interés público y la de la utilidad pública.

Conforme al criterio teleológico en su modalidad de los servicios públicos, es administrativo todo contrato cuya finalidad consista en la prestación de un servicio público.¹³¹

Así, la concesión, la locación, la subrogación y la gestión interesada del servicio público se configuran mediante contrato administrativo. A esta modalidad se le censura su imprecisión derivada de la falta de consenso en torno al concepto de servicio público, así como la exclusión de contratos administrativos tan evidentes como el de obra pública.

La utilidad pública es otra versión del criterio teleológico de deferenciación de los contratos administrativos, los cuales se identifican por ser los celebrados por la administración pública con fines de utilidad pública. A esta modalidad, como a la de los servicios públicos, se le critica la imprecisión del concepto determinante (en este caso del concepto de utilidad pública), que impide realizar tal diferenciación; además de que también los particulares pueden celebrar entre sí contratos con fines de utilidad pública.

Otra modalidad del criterio teleológico para diferenciar los contratos administrativos es la del interés público, conforme a la cual dicho interés representa la finalidad de los mismos, como explica Héctor Jorge Escola:

Todas esas singularidades características, todas las peculiaridades que le son asignadas y contribuyen a perfilar los contratos administrativos, nacen de su específica finalidad de interés público, por lo que es ese propósito de alcanzar de manera directa e inmediata la satisfacción de ese interés público el que define de manera contundente e irrefutable un contrato como contrato administrativo.¹³²

¹³¹ Cfr. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de derecho administrativo, primer curso*. Porrúa, México, 1994, p. 273.

¹³² Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 160 y 161.

Sin embargo, aun dejando de lado la imprecisión del concepto determinante, la sola finalidad de interés público no basta para establecer la diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que los contratos celebrados entre particulares, y por tanto de derecho privado, también pueden tener tal finalidad; así lo reconoce el propio Escola al asirse del criterio subjetivo para complementar su caracterización de los contratos administrativos, cuando dice:

Es por esa circunstancia, por tener una finalidad de interés público, por lo que *en los contratos administrativos una de las partes que lo celebran debe ser siempre la administración pública actuando como tal, esta vez, en cumplimiento de una función administrativa.*¹³³

El criterio legal

El más pragmático de los criterios para establecer el carácter administrativo de un contrato es el criterio legal, conforme al cual sólo serán administrativos los contratos que la ley determine como tales; por ejemplo, el artículo 50 de la derogada Ley de Obras Públicas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1980, disponía:

Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público.

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley o de los contratos celebrados, serán resueltas por los tribunales federales.

Pese a su pragmatismo, el criterio legal es objetable porque el legislador podría llegar a considerar como administrativos contratos estrictamente de derecho privado celebrados por la administración pública, sin que por ello adquieran, en rigor, tal carácter.

El criterio mixto

En opinión del autor esta obra, debe prevalecer el criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos, aquellos en los que, cuando menos, una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarias al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, y cuyas controversias que pudieran suscitarse deberán ser de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.

¹³³ *Ibidem*, p. 160.

CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como se acaba de ver, la idea del contrato administrativo supone que, por lo menos en ciertos casos, los actos bilaterales en que participa la administración son contratos con peculiaridades propias que impiden asimilarlos a los moldes contractuales del derecho privado.

En este orden de ideas, el eminente profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías observa cómo la administración pública realiza actos bilaterales que, de acuerdo con su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, lo cual evidencia su sometimiento a ciertas normas jurídicas, muchas de las cuales son distintas de las del derecho privado. “Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos.”¹³⁴

El contrato administrativo es una forma de crear obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, con frecuencia caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes —la administración pública— guarda respecto de la otra —un particular—, en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.

El profesor Miguel Ángel Berçaitz distingue dos clases de contratos administrativos: los que lo son por su naturaleza y los que tienen tal carácter por voluntad del legislador; en su opinión, por su naturaleza son contratos administrativos:

[...] 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.¹³⁵

Respecto de la anterior definición conviene recordar que el contrato administrativo no sólo se celebra entre la administración pública y los particulares, sino también entre dos órganos de la administración pública, razón por la cual parece más exacta la definición propuesta por Marienhoff, para quien el contrato administrativo.

[...] es el 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 finalidades públicas.¹³⁶

¹³⁴ Allan Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 182.

¹³⁵ Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 246 y 247.

¹³⁶ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho*, op. cit., t. III-A, p. 34.

PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La teoría del contrato administrativo y su regulación jurídica descansan en diversos principios cuya sistematización está pendiente de realizar; entre ellos destacan los siguientes.

Principio de legalidad

De acuerdo con este principio el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión porque, según dice Jean Rivero “la administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”.¹³⁷

En México, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas regula los contratos administrativos relativos a la adquisición y arrendamiento de bienes muebles, a la prestación de servicios de cualquier naturaleza; así como a la obra pública y los servicios correspondientes a la misma, que celebren las unidades administrativas de la presidencia de la República, las secretarías de Estado, las procuradurías generales de la República y de Justicia del Distrito Federal, el gobierno del Distrito Federal; los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal y los fideicomisos públicos de la administración pública federal.

Principio de continuidad

Conforme al principio de continuidad, la ejecución de los contratos administrativos, no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que puedan alcanzar cabal y oportunamente su finalidad; a este respecto, Héctor Jorge Escola, tras citar ejemplos de concesión de servicios públicos y de contratos de obra pública, afirma:

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero los dados son suficientes como para demostrar que en el contrato administrativo la administración pública necesita contar imprescindiblemente con el derecho de exigir, en todo momento, la continuidad de su ejecución, y que el interés público impone que el cocontratante particular esté obligado a esa continuada prestación.¹³⁸

Principio de mutabilidad

De conformidad con este principio, merced al *ius variandi* de la administración pública, el contrato administrativo puede ser unilateralmente modificado por ésta

¹³⁷ Jean Rivero, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1970, p. 15.

¹³⁸ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos ...*, op cit., t. I, p. 384.

dentro de ciertos límites, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*; así, el principio de mutabilidad se considera como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo. En relación con tal principio, Gaspar Ariño Ortiz explica:

[...] la administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su voluntad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa de interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquél o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aun declarada en el contrato, sería nula y sin valor. La inmutabilidad del contrato (principio del *contractus lex*) se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la *inmutabilidad del fin*.¹³⁹

Principio del equilibrio financiero

De acuerdo con este principio, conocido también como principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, a efecto de que las partes no resulten perjudicadas —o que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión—, por 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 ello se emplean mecanismos diversos como aquellos a que se refieren el llamado “hecho del príncipe”, y la teoría de la imprevisión.

El “hecho del príncipe”

Se suele entender por “hecho del príncipe”, la alteración de las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, que se deriva de decisiones 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 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.¹⁴⁰

¹³⁹ Gaspar Ariño Ortiz, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, p. 225.

¹⁴⁰ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos ...*, op. cit., t. I, p. 458.

Teoría de la imprevisión

La Primera Guerra Mundial (1914-1918) impulsó 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*, epitome o resumen de “*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, que puede traducirse 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”.

En el siglo XIV, los posglosadores del derecho romano, con Baldo de Ubaldis (1327-1400) a la cabeza, utilizaron el texto anterior para sistematizar un desarrollo doctrinal cuya idea central es la siguiente: “Se presume que los contratantes sólo están dispuestos a mantener y cumplir las obligaciones contraídas mientras no cambien las circunstancias en que contrataron.”¹⁴¹

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, por lo que teoría de la imprevisión trata de validar una excepción a tal principio, como sugiere Recaredo Fernández de Velasco cuando expresa:

Que el servicio público se expresa a riesgo y ventura del concesionario significa que, en tanto aquélla 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).¹⁴²

También conocida como teoría del riesgo imprevisible, la teoría de la imprevisión se ha identificado con la expresión tradicional de cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁴³ que fue adoptada por el derecho administrativo en especial en lo relativo a la concesión de servicio público y al contrato de obra pública. Respecto de esta teoría, la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, realizada en Lima en 1947, aprobó la siguiente resolución:

1º Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación a los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y de suministro.

2º Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que alteren las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, si el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad.

3º Que debe, por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar

¹⁴¹ “El contrato de tracto sucesivo y la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión)”, en *Ciencias Jurídicas y Sociales*, San Salvador, t. VII, núm. 34, abril-junio 1962, p. 28.

¹⁴² Recaredo Fernández de Velasco, *op. cit.*, p. 242.

¹⁴³ *Vid.* Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 571.

el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos.

4° Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en más en los precios de los bienes y servicios.¹⁴⁴

En opinión de José Roberto Dromi, a teoría de la imprevisión es aplicable a todo contrato administrativo

ya sea de obra pública, servicios, suministro, locación, concesión de servicios públicos, etc. En consecuencia se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal) y por sus entidades autárquicas (empresas del Estado, sociedades del Estado y otras modalidades de descentralización administrativa y económica).¹⁴⁵

Así, la teoría de la imprevisión, entre otros efectos, puede dar lugar a una modificación tarifaria o a una ampliación del plazo de vigencia; 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.

ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al tratar este punto resulta conveniente considerar la diferencia que existe en materia contractual entre requisito y elemento; el primero es toda condición indispensable para la validez del contrato; en cambio, por elemento se entiende cada una de las partes integrantes del contrato, algunas de las cuales reciben la denominación de esenciales por ser indispensables para su existencia, a diferencia de las no esenciales, así llamadas porque el contrato puede existir aun si carece de ellas.

A partir de Robert Joseph Pothier (1699-1772), la doctrina hace una división tripartita de los elementos del contrato de derecho privado al agruparlos en esenciales, naturales y accidentales.

Se entienden como esenciales los elementos indispensables para que exista el contrato, por cuya razón la voluntad de las partes no puede subsanar su carencia; se consideran como naturales aquellos elementos que de ordinario figuran en todo contrato o derivan de la naturaleza particular de un contrato dado, y que la voluntad de los contratantes puede excluir del contrato. Son elementos accidentales los que no aparecen en el contrato a menos que las partes convengan en incorporarlos.

En relación con el contrato administrativo, la doctrina no objeta los elementos esenciales, pero se muestra reticente respecto de los naturales y de los accidentales,

¹⁴⁴ Citado por Enrique Sayagués Laso, *op. cit.* p. 572.

¹⁴⁵ José Roberto Dromi, "La imprevisión en los contratos de la administración", en *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 132.

así como de una clasificación tripartita, ya que considera que la administración pública está siempre obligada a ceñir su actuación al marco de su competencia, la cual le impide actuar fuera del perímetro de sus facultades y la sujeta a los fines determinados por la ley, lo que restringe la exclusión de elementos naturales y la inclusión de elementos accidentales del contrato.¹⁴⁶

En este orden de ideas, algunos autores proponen una clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo para distinguir sólo los elementos esenciales de los no esenciales o naturales; sin cualquiera de los primeros el contrato no puede existir, en cambio, la ausencia de los no esenciales no impide que el contrato exista.

La doctrina menciona con insistencia a los sujetos, el consentimiento, el objeto, y la causa como elementos esenciales del contrato administrativo; aun cuando de manera aislada y poco frecuente, también se postulan como elementos esenciales la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación.¹⁴⁷ Como elementos no esenciales del contrato administrativo se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.¹⁴⁸

Dentro de los elementos esenciales del contrato se pueden distinguir los básicos y los presupuestos; los primeros son los elementos esenciales en sentido estricto: consentimiento y objeto; en tanto que los elementos presupuestos son aquellos que están implícitos en los básicos, como es el caso de *los sujetos*, que constituyen un elemento esencial *presupuesto* en el consentimiento, lo mismo que *la causa* lo es en el *objeto*.

En su artículo 1794, el Código Civil para el Distrito Federal sólo exige dos elementos: consentimiento y objeto, que pueda ser su materia. De esta manera, se reconoce implícitamente la existencia, por lo menos, de los sujetos y de la causa, porque no puede haber consentimiento sin los sujetos que lo otorgan, ni puede existir el objeto sin una causa que lo genere.

Los sujetos

Todo contrato es imposible sin los sujetos o partes que lo celebran. En los contratos administrativos, por lo menos una de las partes, que pueden ser dos o más, habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto será un particular o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro órgano del poder público.

El órgano del poder público podrá ser un órgano administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en cumplimiento de una función

¹⁴⁶ Vid. Carlos García Oviedo, *Derecho administrativo*, IESA, Madrid, 1959, t. 1, p. 260.

¹⁴⁷ Cfr. Pedro Guillermo Altamira, *op. cit.*, pp. 509 a 515; Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, y Manuel Lucero Espinosa, *op. cit.*, pp. 276 a 278; Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, *op. cit.*, pp. 183 a 208; Rafael Martínez Morales, *op. cit.*, 128 a 130.

¹⁴⁸ Vid. Miguel Ángel Berçaitz, *op. cit.*, p. 303.

administrativa, y dotados de *competencia* para la celebración del contrato respectivo. Por tal razón, *la competencia es un requisito* que debe satisfacer el órgano público contratante y no un elemento del contrato.¹⁴⁹

Cuando el otro sujeto del contrato administrativo sea, como suele ocurrir, un particular, éste deberá satisfacer el *requisito* de tener *capacidad* para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica. Además puede quedar sujeto a satisfacer requisitos especiales como, por ejemplo, su inscripción en un padrón de proveedores.

El consentimiento

Doctrina, legislación y jurisprudencia se unifican para considerar el consentimiento —acuerdo de voluntades en torno a un fin común— como causa esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere de la voluntad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo.

La voluntad administrativa, es decir, la voluntad del órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa, representa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante; dicha voluntad se exterioriza a través de una manifestación realizada en la *forma* señalada en la norma jurídica aplicable.

En consecuencia la *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 instrumentación del contrato.¹⁵⁰

En otro orden de ideas, es importante recordar la necesidad de preservar la voluntad contra todo vicio que la violente o deforme; el error, el dolo y la violencia son los vicios más señalados en la doctrina, que afectan el consentimiento respecto de los contratos administrativos.

El objeto

Otro aspecto esencial y básico de todo contrato es su objeto, el cual debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones —objeto directo— o, tratán-

¹⁴⁹ Serra Rojas (*op. cit.*, t. II, p. 496) considera elementos del contrato administrativo la competencia del órgano y a la capacidad del particular.

¹⁵⁰ Héctor Jorge Escola (*Tratado integral de los contratos, op. cit.*, 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".

dose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer (Código Civil del Distrito Federal, artículo 1824).

A diferencia del contrato de derecho privado, la cosa objeto del contrato administrativo puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la conservación o mantenimiento del edificio del Museo Nacional de Antropología.

La causa

En el contexto del contrato administrativo, se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración; la causa del órgano público es diferente de la de su cocontratante, cuando éste es un particular, y en ese caso no tiene mayor relevancia. No ocurre lo mismo con la causa del órgano público contratante, cuya importancia 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 este elemento esencial de dicho contrato.

La causa suele considerarse como un elemento esencial presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, Héctor Jorge Escola afirma: “La existencia del objeto, a su vez, implica la de ‘una causa’ y la de una ‘finalidad’, implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos.”¹⁵¹

La finalidad

Algunos autores mencionan entre los elementos esenciales del contrato su finalidad o *telos*; este elemento, fuertemente imbricado con la causa, está implícito o presupuesto en el objeto mismo, habida cuenta que la finalidad explica el porqué de tal objeto; ya que, como dice Miguel S. Marienhoff, “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.”¹⁵²

Otros presuntos elementos esenciales

Como ya se ha indicado, diversos autores sostienen la existencia de otros elementos esenciales del contrato administrativo, los cuales no han sido aceptados por el grueso de la doctrina; entre ellos figuran la forma, la competencia y la capacidad, el régimen jurídico especial y la licitación. De los dos primeros ya se ha hablado; ahora se analizarán los dos restantes.

¹⁵¹ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos...* op. cit., t. I, p. 186.

¹⁵² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 344.

El régimen jurídico especial

Quienes ven en el régimen jurídico especial un elemento esencial del contrato administrativo, señalan que éste es regido por reglas exorbitantes del derecho privado, de tal suerte que aunque determinados privilegios del órgano público contratante no consten en forma expresa en el contrato, deberán hacerse valer cuando sea necesario; entre ellos destacan su posible modificación y aun su rescisión unilateral, así como su ejecución directa.

Sostenedor de tal tesis, el profesor Pedro Guillermo Altamira estima que un contrato celebrado por la administración pública será administrativo si establece estas tres posibilidades, de lo contrario será un contrato común. “Ellas tienen a su vez como presupuesto ineludible: a) un régimen de interpretación especial, b) el privilegio de la decisión unilateral, c) el privilegio de la ejecución directa.”¹⁵³

La presente obra no pone en duda los referidos privilegios del órgano del poder público en los contratos administrativos que celebre, lo que no admite es considerar el régimen jurídico especial que los establece como elemento esencial de tales contratos, por no ser parte integrante de ellos sino un requisito indispensable, toda vez que deben ser regulados por normas jurídicas exorbitantes del derecho privado, so pena de no ser contratos administrativos.

La licitación

La acción de licitar se ha usado en nuestros ordenamientos jurídicos —y también en los de otros países— como sinónimo de subastar, concursar y rematar; así, por ejemplo, el texto vigente del artículo 134 constitucional habla de licitaciones para la adjudicación de los contratos del gobierno, en tanto que su texto original utilizó el término “subasta”.

Empero, sin menoscabo de que exista o no tal sinonimia, lo que interesa precisar ahora es si la licitación es un elemento del contrato administrativo, como lo consideran algunos autores.¹⁵⁴

En opinión del autor, la licitación no es un elemento —y mucho menos esencial— del contrato administrativo, sino que se trata de un requisito procedimental exigible en muchos de tales contratos; si fuese un elemento esencial sería imprescindible en todos ellos, lo cual no ocurre así, entre otras razones, por urgencia, porque existe un único posible cocontratante o por la que aduce el citado artículo 134 constitucional, al establecer:

¹⁵³ Pedro Guillermo Altamira, *op. cit.*, p. 516.

¹⁵⁴ Entre otros Rafael I. Martínez Morales (*Derecho administrativo. Segundo curso*, p. 129) “Licitación. Este elemento es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos; encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública.”

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Empero, la licitación no constituye siquiera un elemento no esencial del contrato administrativo, sino un requisito previo a su celebración que se satisface mediante un procedimiento administrativo específico para seleccionar —de entre todos los aspirantes cuya idoneidad moral, técnica y financiera quedó comprobada antes— al cocontratante que haya presentado la mejor oferta, que no necesariamente la más baja o la más alta.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Entre las numerosas clasificaciones de los contratos administrativos propuestas en la doctrina, destacan las que los agrupan por el número de partes que resultan obligadas: unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos; por las prestaciones pactadas: a título gratuito o a título oneroso; por el momento de su conclusión: consensuales y reales; por su regulación en la ley: nominados e innominados; por la certeza de sus prestaciones: conmutativos y aleatorios; y por su relación con otro contrato: principales y accesorios.¹⁵⁵

De esas clasificaciones, utilizadas también por la doctrina civilista del contrato, la presente obra se ocupará ahora sólo de la que los distingue en nominados e innominados.

También llamados típicos por algunos autores, los contratos nominados son aquellos que reciben denominación y tienen regulación especial en la ley. Otros autores, en cambio, distinguen entre contrato típico y contrato innominado; en este sentido, el profesor Miguel Montoro Puerto deslinda uno de otro al definir:

[...] contrato típico es aquel que tiene una disciplina concreta y detallada en la ley, disciplina que no es óbice para que las partes contratantes introduzcan cláusulas, siempre y cuando tales cláusulas no modifiquen sustancialmente aquella disciplina legal. [...] Contrato nominado, por su parte, será aquel que tenga un nombre, un *nomen juris*, pudiendo tener además de tal nombre una disciplina legal o carecer de ella.¹⁵⁶

En el esquema de Montoro Puerto, el contrato innominado es el que carece de nombre en la ley y aun cuando un sector de la doctrina lo identifica con el contrato atípico, dicho profesor español distingue entre uno y otro, al señalar que:

[...] contrato atípico es aquel que carece de regulación legal o, también, aquel que carece de regulación específica en el ordenamiento jurídico [...] En suma, el contrato

¹⁵⁵ Vid. Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos...* op. cit., vol. I, p. 239.

¹⁵⁶ Miguel Montoro Puerto, *Contratos administrativos atípicos*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1969, p. 27.

atípico será un contrato *ex novo*, contrato fundado en una realidad social que se anticipa a la realidad legal.¹⁵⁷

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOMINADOS

En México, la vigente Ley de Adquisiciones y Obras Públicas nombra cuatro tipos de contratos, con lo que los determina como contratos nominados; todos ellos principales, sinalagmáticos, onerosos, conmutativos y formales, y que son los siguientes: de adquisición de bienes muebles, de arrendamiento de bienes muebles, de servicios relativos a bienes muebles y de obra pública.

Se trata de contratos administrativos tanto porque es siempre la administración pública una de sus partes como porque están regulados por un régimen jurídico de derecho público, que en nuestro país está inserto, principalmente, en el artículo 134 constitucional y en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas —que es de orden público—, y como se establece en el artículo 13 de dicha ley: “En lo no previsto por esta Ley, serán aplicables el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y el Código Federal de Procedimientos Civiles.”

Tales contratos son principales, por subsistir por sí mismos y tener fin propio; son sinalagmáticos, porque generan obligaciones recíprocas tanto para la administración pública como para su cocontratante; son a título oneroso, ya que cada una de las partes obtiene sendas prestaciones a cambio de otras que han de realizar, consideradas como equivalentes; son conmutativos, por ser ciertas, desde su celebración, las prestaciones a cargo de las partes; y son formales porque deben constar por escrito y la administración pública debe cubrir varias formalidades para suscribirlos.

Contrato de adquisición de bienes muebles

El contrato de adquisición de bienes muebles o de suministro es uno de los más usuales contratos administrativos nominados; mediante él la administración pública se provee de los bienes muebles necesarios para el desempeño de sus actividades.

Contrato de arrendamiento de bienes muebles

Regulado en nuestro país principalmente por los mismos ordenamientos jurídicos relativos al de adquisición de bienes muebles, el contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles lo celebra la administración pública para tener el uso

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

temporal de ciertos equipos —por ejemplo fotocopiadoras— mediante el pago de una renta, o para adquirir la propiedad de bienes en el caso del arrendamiento financiero o *leasing*, en el cual la administración pública, al concluir el plazo forzoso, puede adquirir los bienes arrendados pagando un precio simbólico.

Contrato de servicios relativos a bienes muebles

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas también regula de manera expresa el contrato de servicios relativos a bienes muebles, o sea, el que versa básicamente sobre seguros, maquila, transportación, reconstrucción, reparación, conservación, limpieza y vigilancia de la maquinaria, el equipo, los vehículos y, en general, los bienes muebles propiedad de la administración pública, así como los estudios técnicos relativos a la adquisición de los mismos.

Contrato de obra pública

Para muchos, el de obra pública es el contrato administrativo por antonomasia; mediante él, un sujeto a quien se denomina contratista —por lo general un particular—, se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio al que se obliga otro sujeto que siempre será un órgano de la administración pública. El profesor Rafael Juristo Sánchez lo define como:

[...] aquel tipo de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario se obliga a realizar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una administración pública.¹⁵⁸

En la configuración del contrato de obra pública se puede advertir una etapa preliminar que comprende su planeación, programación y presupuestación; una etapa ejecutiva que inicia con la autorización de la obra e incluye, además, la selección del contratista —y en su caso la licitación respectiva—, la adjudicación del contrato, su celebración y firma, la ejecución de la obra, su control y vigilancia, y la recepción de la obra; por último, una etapa final que atañe a la extinción del contrato, a la devolución de garantías, o en su caso a hacerlas efectivas, a la evicción y saneamiento, y a la aplicación de sanciones.¹⁵⁹

En la legislación federal mexicana, la etapa preliminar de planeación, programación y presupuestación está regulada por el capítulo único del título segundo de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; la parte ejecutiva de la conformación

¹⁵⁸ Rafael Juristo Sánchez, *La ejecución del contrato de obra pública*, 2ª ed., Hauser y Menet, Madrid, 1991, p. 15.

¹⁵⁹ *Cfr.* Jorge Ricardo Canals Arenas, *El contrato de obra pública*, Trillas, México, 1991, pp. 130 a 157.

del contrato de obra pública se regula en el título tercero de dicho ordenamiento, en tanto que la parte final se ve normada en los títulos tercero y quinto de dicha ley.

De acuerdo con la normativa vigente, el contrato de obra pública admite dos modalidades o tipos: sobre la base de precios unitarios o a precio alzado, como lo establece el artículo 57 de la referida ley. al disponer:

Para los efectos de esta Ley, los contratos de obra pública podrán ser de dos tipos:

- I. Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado, o
- II. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista para la celebración de estos contratos, tanto en sus aspectos técnicos como económicos, deberá estar desglosado por actividades principales.

Los contratos de este tipo no podrán ser modificados en monto o plazo, ni estarán sujetos a ajuste de costos.

Los contratos que contemplen proyectos integrales se celebrarán a precio alzado.

Las dependencias y entidades podrán incorporar las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de la obra, siempre que con ello no se desvirtúe el tipo de contrato con que se haya licitado.