

CAPÍTULO SEXTO

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El contrato representa una de las instituciones de mayor abolengo en el derecho positivo y en la ciencia jurídica en general; adquiere perfiles precisos en el derecho privado romano, revistiendo en la actualidad características propias, tanto en el derecho internacional público y privado, como en el derecho administrativo y en el derecho laboral.

I. CONVENIO, CONTRATO Y CUASI CONTRATO

La convención —también llamada convenio— fue considerada desde el derecho romano como típico acuerdo de voluntades, distinguiéndose en ella dos clases o especies: el contrato y el pacto. El carácter eminentemente formalista del derecho romano negó en sus inicios efecto jurídico a los pactos, otorgándolo únicamente a las convenciones investidas de ciertas solemnidades como *la mancipatio*, *la traditio*, *la stipulatio* y *la transcriptio* que, con sus respectivas modalidades, representaron los primeros modos de configurar los contratos.

La convención fue interpretada en el Código Napoleónico como el genérico acuerdo de voluntades, refiriéndose al contrato como la especie de convención que 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.¹⁶⁴

En su artículo 1628, el Código Civil para el Estado de San Luis Potosí define al convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”; y en su artículo 1629 precisa: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”.

¹⁶⁴ Colección de Códigos Europeos, concordados y anotados por D. Alberto Aguilera y Velasco, Madrid, Establecimiento Tipográfico de la Colección de Códigos Europeos, 1875, T. I, p. 185.

No existe consenso en la doctrina respecto de la elaboración del concepto de contrato; 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 aquélla el género y éste la especie (convención es todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico y contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial). El concepto intermedio del contrato admite el invariable contenido patrimonial e incluye “no sólo los acuerdos dirigidos a constituir una relación obligatoria, sino también los encaminados a extinguirla o modificarla”.¹⁶⁵

Con anterioridad a Gayo, el derecho romano atribuyó el nacimiento de las obligaciones a un contrato o a un delito, siendo el autor de las “Instituciones” quien reconoció otras fuentes adicionales de las obligaciones que posteriormente —como hace notar Fernando J. López de Zavalía—, una corriente de glosadores clasificó como cuasi-contratos y cuasi-delitos.¹⁶⁶

Así, por cuasi-contrato se entiende todo acto lícito voluntario que, sin existir convención que lo acuerde, produce obligaciones respecto de uno de los interesados o recíprocas entre partes, o 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.

II. DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS

La institución del contrato ha encontrado en el derecho civil su mayor perfección y desarrollo; sin embargo, tal circunstancia no le niega su carácter jurídico general ni impide a otras ramas del derecho ocuparse del mismo, como en la realidad ha sucedido. Por ello, de acuerdo a la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir a los contratos en civiles, mercantiles, laborales y administrativos, siendo estos últimos los que interesan a la presente obra.

¹⁶⁵ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1941, t. II, p. 576.

¹⁶⁶ López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 3a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1984, p. 321.

III. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A pesar de que doctrinalmente se puso en duda la posibilidad de que la administración pública celebrara auténticos contratos, una vez superada dicha inquietud se discutió la naturaleza y carácter de los mismos, para poder establecer si existe un tipo especial de negocio contractual (contrato administrativo) diferente al de derecho privado. Como apunta Bartolomé A. Fiorini, “mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares”.¹⁶⁷

1. *Debate sobre la existencia del contrato administrativo*

Con relación a la existencia del contrato administrativo, se advierten dos corrientes doctrinarias: una negativa, que rechaza los contratos administrativos como categoría diferente de los del derecho privado, y otra positiva, que sostiene su existencia diferenciándolos de aquellos celebrados entre particulares, en virtud de que se encuentran sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

La corriente negativa —prácticamente desaparecida en la actualidad— fue sostenida por juristas tan destacados como Otto Mayer, Fritz Fleiner y León Duguit, cuyos argumentos en contra 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 administrati-

¹⁶⁷ Fiorini, Bartolomé A., *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. I, p. 409. Según Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 158) “La discusión que antaño se había suscitado respecto de si existían o no los contratos administrativos, de si era posible 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”.

vos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios y con frecuentes efectos jurídicos de actos condición.¹⁶⁸

Entre otros renombrados autores, figuran en la corriente positiva: Gastón Jèze, Marcel Waline, Rafael Bielsa, Gabino Fraga y Fernando J. López de Zavala; para este último, los contratos administrativos son celebrados por la administración pública, generalmente 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.

Compartimos la tesis de esta corriente positiva que sostiene la existencia del contrato administrativo como categoría diferente al contrato de derecho privado; sin embargo, considero que sólo una parte de los contratos celebrados por la administración pública son 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 sí se aceptan 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.¹⁶⁹

2. *Criterios para diferenciar el contrato administrativo*

Para diferenciar al contrato administrativo se han empleado diversos criterios doctrinales, entre los cuales destacan el subjetivo, el de la jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad y el mixto.

A. *El criterio subjetivo*

De acuerdo con el criterio subjetivo, un contrato es administrativo si uno de los contratantes forma parte de la Administración Pública; empe-

¹⁶⁸ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, vol. III, p. 35.

¹⁶⁹ Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 626.

ro, 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”.¹⁷⁰

Obviamente, los contratos celebrados exclusivamente entre particulares no pueden ser de naturaleza administrativa, pero ello no implica que todo contrato celebrado por la administración pública sea administrativo, en virtud de que muchos de ellos son 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.

En mi opinión, debe rechazarse la tesis de que sea administrativo todo contrato que celebre la administración pública obrando como tal y relacionándose por ese medio con los particulares, porque está basada en la obsoleta teoría de la doble personalidad del Estado, la cual —como vimos en el capítulo primero de esta obra— distingue de los actos de la administración aquellos en los que actúa como autoridad en su carácter de persona de derecho público, de los actos de gestión en los que —según esta teoría— obra como particular.

B. *El criterio de la jurisdicción*

Diversos autores como Alejandro Oliván y Borrue, ¹⁷¹ sostienen este criterio conforme al cual, 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.

Dados sus débiles fundamentos, el criterio jurisdiccional que hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo el carácter 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 del pacto entre las partes.

¹⁷⁰ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I. p. 100.

¹⁷¹ Oliván y Borrue, Alejandro, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Civitas, 1954, pp. 221-223.

A juicio del 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 y que la voluntad del legislador, del juez o de las partes, hagan variar artificialmente la esencia o naturaleza de un contrato, por supeditarlo a su competencia jurisdiccional.¹⁷²

C. *El criterio formal*

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

D. *El criterio de la cláusula exorbitante*

Según el criterio de la cláusula exorbitante, todo contrato será administrativo a condición de que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho privado; por ejemplo, atribuirse a la administración pública contratante prerrogativas —respecto del particular con el que contrata— no conferibles a ninguna de las partes 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.¹⁷³

Sostenido por el Consejo de Estado francés, el criterio de la cláusula exorbitante es objetado porque pudiera ser innecesaria la inserción de tales

¹⁷² Fernández de Velazco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 15.

¹⁷³ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 103.

cláusulas en los contratos administrativos para alcanzar los mismos efectos, por disfrutar la administración pública de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

E. *El criterio teleológico*

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

De acuerdo a la modalidad de los servicios públicos, es administrativo todo contrato cuya finalidad consista en la prestación de éstos. Esta perspectiva ha sido criticada por su imprecisión derivada de la falta de consenso en torno al concepto de servicio público, además de que excluye contratos típicamente administrativos como el de obra pública y suministro.¹⁷⁴

Otra versión del criterio teleológico para la diferenciación de 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.¹⁷⁵

Independientemente de la imprecisión del concepto interés público estimo que no basta para constituir la diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que los contratos celebrados entre particulares —de derecho privado—, también pueden tener ese propósito; así lo reconoce

¹⁷⁴ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de derecho administrativo. Primer curso*, México, Porrúa, 1994, p. 273.

¹⁷⁵ Escola, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, cit., pp. 160 y 161.

el propio Escola cuando se adhiere al criterio subjetivo para complementar la 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”.¹⁷⁶

Por último, la versión del criterio teleológico de la utilidad pública establece que los contratos administrativos son los que celebra la administración pública con esos fines. Al igual que la modalidad del servicio público, se le cuestiona la imprecisión del concepto mismo de utilidad pública, ya que los particulares también pueden contratar entre ellos con ese fin, además de existir otros contratos típicamente administrativos que no necesariamente tienden a satisfacer en sentido estricto esta causa.

F. *El criterio legal*

De todos los criterios empleados para establecer el carácter administrativo de un contrato, el más pragmático 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 podría el legislador considerar como administrativos contratos estrictamente de derecho privado celebrados por la administración pública.

G. *El criterio mixto*

Toda vez que ninguno de los criterios propuestos determinan por sí mismos el carácter administrativo de un contrato, en mi opinión 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

¹⁷⁶ *Idem.*

persona de derecho público en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o de interés público, cuyas controversias que susciten deberán ser de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.

IV. CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

La idea del contrato administrativo parte del supuesto de que, en ciertos casos, los actos bilaterales en que participa la administración contienen peculiaridades propias que impiden asimilarlos a los moldes contractuales del derecho privado.

A este respecto, el profesor venezolano Allan Randolph Brewer-Carías observa cómo la administración pública realiza actos bilaterales que, de acuerdo a su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, lo cual evidencia su sometimiento a ciertas normas jurídicas distintas de las del derecho privado. “Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos”.¹⁷⁷

Así pues, el contrato administrativo es una forma de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, como resultado de una relación bi o plurilateral consensual, frecuentemente 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.

En este orden de ideas, se puede definir el contrato administrativo como *el acuerdo de dos o más personas, de las cuales una es órgano del poder público en ejercicio de función administrativa, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones patrimoniales, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario*.

Miguel Ángel Bercaitz distinguió dos clases de contratos administrativos: los que lo son por su naturaleza y los que tienen tal carácter por volun-

¹⁷⁷ Brewer Carías, Allan Randolph, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 182.

tad 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 co-contratante 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 co-contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.¹⁷⁸

V. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tanto la teoría del contrato administrativo como su regulación jurídica descansan en diversos principios cuya sistematización está pendiente de realizar; entre ellos destacan los siguientes:

1. *Principio de legalidad*

De conformidad con el principio de legalidad, el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión, porque como dice Jean Rivero “La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”.¹⁷⁹

En la entidad potosina, la Ley de Adquisiciones del Estado de San Luis Potosí y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, regulan los contratos administrativos relativos a tales conceptos, que celebren las dependencias y entidades de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, organismos autónomos, los organismos descentralizados, comités o patronatos constituidos por el Estado o los ayuntamientos autónomos locales, los gobiernos municipales, y las personas físicas o morales que realicen obras y servicios relacionados con las mismas, con recursos públicos.

¹⁷⁸ Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 246 y 247.

¹⁷⁹ Rivero, Jean, *Droit administratif*, París, Dalloz, 1970, p. 15.

2. *Principio de continuidad*

De conformidad con el 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 Escolla, tras citar ejemplos de concesión de servicios públicos y de contratos de obra pública, afirma:

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero los datos 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 contratante particular esté obligado a esa continuada prestación.¹⁸⁰

3. *Principio de mutabilidad*

Dado el *ius variando* de la administración pública, el contrato administrativo puede ser unilateralmente modificado dentro de ciertos límites por el órgano administrativos contratante, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se considera al de mutabilidad 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 *contractas lex*) se ve así matizado, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin.¹⁸¹

¹⁸⁰ Escolla, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 384.

¹⁸¹ Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 225.

4. *Principio del equilibrio financiero*

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 administración pública, bien por causas no imputables a éstos, para lo cual se emplean mecanismos diversos como aquellos referidos al llamado “hecho del príncipe” y la teoría de la imprevisión de los contratos.

A. *El “hecho del príncipe”*

Se entiende por “hecho del príncipe” la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, por 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 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.¹⁸²

B. *Teoría de la imprevisión*

La moderna teoría de la imprevisión o de la lesión sobreviniente, toma como punto de partida para su desarrollo la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, epítome o resumen de “*contractus qui habent tractumásuccessivum vel dependentiam 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”.

¹⁸² Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 458.

Los posglosadores del derecho romano del siglo XIV, con Baldo de Ubaldis 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”.¹⁸³

Así, tenemos casos como la prestación del servicio público bajo el régimen de concesión, que de acuerdo al criterio dominante en la doctrina 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)”.¹⁸⁴

La teoría de la imprevisión se ha identificado con la expresión tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, habiendo sido adoptada por el derecho administrativo especialmente 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:

1° 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.

2° 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.

3° Que deben, 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 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.

¹⁸³ “El contrato de tracto sucesivo y la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. (Teoría de la Imprevisión)”, *Revista Ciencias Jurídicas y Sociales*, San Salvador, t. VII, núm. 34, abril-junio de 1962, p. 28.

¹⁸⁴ Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, cit., p. 242.

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 los precios de los bienes y servicios.¹⁸⁵

Diversos autores como Roberto Dromi opinan que la 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.¹⁸⁶

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, tratándose del contrato de suministro, y al reajuste del monto del alquiler en el contrato de locación, lo cual propicia la corrupción.¹⁸⁷

VI. ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En materia contractual, conviene tener presente la diferencia existente entre requisito y elemento; el primero viene a ser toda condición indispensable para la validez del contrato; en cambio, por elemento entendemos cada una de las partes integrantes del mismo, algunas de las cuales —por ser indispensables para su existencia— reciben la denominación de esenciales, a diferencia de las no esenciales en donde el contrato puede existir careciendo de ellas.

Robert Joseph Pothier propuso con éxito una clasificación 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

¹⁸⁵ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1963, p. 572.

¹⁸⁶ Dromi, José Roberto, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 132.

¹⁸⁷ Miranzo Díaz, Javier, *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2019, p. 105.

partes no puede subsanar sus carencias; se consideran como naturales aquellos elementos que de ordinario figuran en todo contrato o derivan de su concepción particular, y los elementos accidentales vienen a ser los que no aparecen en el contrato a menos que las partes convengan incorporarlos.

Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal, únicamente exige dos elementos: I. Consentimiento, y II. Objeto, que pueda ser materia de éste. Así, 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.

Respecto del contrato administrativo, la doctrina no objeta los elementos esenciales pero se muestra reticente en relación con los naturales y los accidentales así como de una clasificación tripartita, por considerar 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, restringiendo la exclusión de elementos naturales y la inclusión de elementos accidentales del contrato.¹⁸⁸

Un sector importante de la doctrina propone una clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo para distinguir simplemente 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 se celebre y tenga validez.

Algunos autores mencionan como elementos esenciales del contrato administrativo a los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; de manera aislada y poco frecuente, también se mencionan como elementos esenciales del contrato la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación.¹⁸⁹ Como elementos no esenciales se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.¹⁹⁰

Se pueden distinguir entre los elementos esenciales del contrato, los básicos y los presupuestos; los primeros se consideran en sentido estricto el consentimiento y el objeto, en tanto que los presupuestos son aquellos que están

¹⁸⁸ Véase García Oviedo, Carlos, *Derecho administrativo*, Madrid, EISA, 1959, t. I, p. 260.

¹⁸⁹ Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, pp. 509-515; Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de derecho administrativo*, cit. pp. 276-278; Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., pp. 183-208, y Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo*. 3er. y 4o. cursos, 3a. ed., México, Oxford, 2000, pp. 108 a 110.

¹⁹⁰ Véase Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 303.

implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos -elemento esencial presupuesto en el consentimiento-, y la causa con relación al objeto.

1. *Los sujetos*

No es posible un contrato sin los sujetos o partes que lo celebran; en los contratos administrativos una de las partes habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto puede ser un particular o incluso otra entidad pública (contrato interadministrativo).

Cuando hablamos de los órganos del poder público que intervienen en la celebración de esta clase de contratos, tenemos que podrán ser administrativos, lo mismo que legislativos o jurisdiccionales, pero siempre en cumplimiento de una función administrativa y dotados de competencia para la realización del mismo. Por tal razón, en mi opinión la competencia es un requisito que debe satisfacer la entidad pública contratante y no un elemento del contrato.¹⁹¹

Por su parte, el otro sujeto del contrato administrativo —salvo que sea de naturaleza interadministrativa— será un particular; éste deberá satisfacer el requisito de tener capacidad para contratar y lo mismo podrá ser una persona física o una persona jurídica. Además, puede quedar obligado a satisfacer requisitos especiales como sería el caso de su inscripción en un padrón de proveedores.

2. *El consentimiento*

Se unifican la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, para considerar al 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 la voluntad de los sujetos o partes y su coincidencia para generarlo.

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 con-

¹⁹¹ Serra Rojas considera elementos del contrato administrativo a la competencia del órgano y a la capacidad del particular. *Derecho administrativo. Segundo curso*, 17a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 645.

currencia con su co-contratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la forma señalada por la norma jurídica aplicable.

3. *La forma*

En opinión de quien esto escribe, la forma no es un elemento esencial del contrato sino un requisito que habrá de satisfacerse con relación al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, así como a la instrumentación del contrato, pues siendo éste por definición *el acuerdo de dos o más personas para crear obligaciones patrimoniales*, existirá desde el momento en que acuerdan crear, modificar o extinguir obligaciones de ese tipo, sin perjuicio de que para su validez se deban satisfacer los requisitos (por ejemplo, los de forma) que la norma jurídica señale respecto de la manifestación de la voluntad.¹⁹²

Acerca de esta última, recordemos también la necesidad de preservarla 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 al consentimiento, respecto de los contratos administrativos.¹⁹³

4. *El objeto*

En todo contrato el objeto es elemento esencial y básico, debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, consistente en la creación, transmisión, modificación o extinción 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.

A diferencia del derecho privado, en el contrato administrativo la cosa objeto del mismo puede no estar en el comercio, como ocurre en el contrato de obra pública relativo a la construcción de un puente vial.

¹⁹² Héctor Jorge Escola 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”. *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 186.

¹⁹³ Véase Aguado y Cudolá Vicenc, *La contratación pública responsable*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

5. *La causa*

Se entiende por causa del contrato administrativo el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del órgano público a la de su co-contratante cuando se trata de un sujeto particular; la importancia de la causa para la entidad pública es de tal magnitud que si desaparece se produce la extinción del contrato, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público y no la del particular co-contratante la que configura a este elemento esencial.

Algunos autores consideran a la causa 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”.¹⁹⁴

6. *La finalidad*

Para otros autores, la finalidad o *telos* del contrato es uno de sus elementos esenciales, por cierto implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el por qué de tal objeto; como bien 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”.¹⁹⁵

7. *Otros presuntos elementos esenciales*

Algunos autores sostienen la existencia de otros elementos esenciales del contrato administrativo, los cuales no han sido aceptados como tales por la mayoría 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 nos hemos ocupado, faltando por analizar los dos restantes.

¹⁹⁴ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 186.

¹⁹⁵ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 344.

A. El régimen jurídico especial

No faltan autores que ven en el régimen jurídico especial un elemento esencial del contrato administrativo, al señalar que se rige por reglas exorbitantes del derecho privado; lo anterior, en virtud de que aun cuando determinados privilegios del órgano público contratante no consten expresamente en el contrato deberán hacerse valer cuando sea necesario, destacando entre ellos su posible modificación, rescisión unilateral o su ejecución directa. En esta tesitura, el profesor Pedro Guillermo Altamira estima que un contrato celebrado por la administración pública será administrativo si establece 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”.¹⁹⁶

Sin poner en duda los referidos privilegios de las entidades públicas en los contratos administrativos que celebren, no se puede considerar al régimen jurídico especial como elemento esencial de los mismos sino como un requisito indispensable, toda vez que deben ser regulados por normas jurídicas exorbitantes del derecho privado so pena de no ser considerados administrativos.

B. La licitación no es elemento del contrato administrativo

En nuestros ordenamientos jurídicos, al igual que en otros países, la palabra licitación se ha usado como sinónimo de subasta, concurso y remate; 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”.

Al margen de que exista o no tal sinonimia, considero que la licitación no es un elemento —y mucho menos esencial como lo consideran algunos autores— del contrato administrativo;¹⁹⁷ se trata, a mi juicio, de un requisito procedimental exigible como regla general en la fase previa a la cele-

¹⁹⁶ Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 516.

¹⁹⁷ Entre otros, Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo*. 3er. y 4o. Cursos, cit., p. 110. “*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”.

bración de los mismos; si fuese un elemento esencial sería imprescindible en todos los actos contractuales, lo cual no ocurre así ya que existen casos de excepción —como por ejemplo cuando se presentan razones de urgencia—, al existir un único posible co-contratante, o por la causa que aduce el citado artículo 134 constitucional al establecer:

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.

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

VII. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Son abundantes las clasificaciones de los contratos administrativos propuestas en la doctrina; para los efectos de la presente obra, recordamos las que los agrupan por el número de partes que resultan obligadas (unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos); por las prestaciones pactadas (a título gratuito u 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 otros contratos (principales y accesorios).¹⁹⁸

De las anteriores clasificaciones, generalmente utilizadas por la doctrina civilista del contrato, destaca aquella que los distingue en nominados e innominados. Los primeros —también llamados típicos— son aquellos que reciben denominación y tienen regulación especial en la ley. Algunos autores distinguen entre contrato típico y contrato innominado; en este sentido, el profesor Miguel Montoro Puerto deslinda uno de otro al definir:

¹⁹⁸ Véase Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, op. cit., p. 239.

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.¹⁹⁹

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 atípico será un contrato *ex novo*, contrato fundado en una realidad social que se anticipa a la realidad legal”.²⁰⁰

VIII. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ

La Ley de Adquisiciones del Estado de San Luis Potosí²⁰¹ y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas de dicha entidad federativa, regulan los contratos administrativos que en dichas materias, y en sus respectivos textos, regulan la adjudicación de tales contratos, para lo cual establecen tres posibles procedimientos: *a)* licitación pública; *b)* invitación a cuando menos tres proveedores o contratistas —según se trate de adquisición o de obra pública—, y *c)* adjudicación directa. Asimismo, se contemplan normas relativas a las convocatorias y bases, presentación y apertura de proposiciones, declaración del fallo y excepciones a la licitación.

Como podemos observar, la legislación potosina contempla los contratos administrativos con base en dos características esenciales: 1) que la administración pública o demás órganos estatales participan como una de las partes contratantes, y 2) que el acto contractual se encuentra sometido a un régimen jurídico de derecho público.

¹⁹⁹ Montoro Puerto, Miguel, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, p. 27.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

²⁰¹ Evidentemente, la denominación de esta ley es defectuosa por dar lugar a pensar que regula cuanto contrato de adquisición, arrendamiento o servicios de bienes muebles, del fuero local, se celebre en el estado de San Luis Potosí, a pesar que sólo regula los que suscriba su administración pública.

Tales contratos son principales, por subsistir por sí mismos y tener fin propio; son sinalagmáticos, por generar obligaciones recíprocas tanto para la Administración Pública u otros órganos estatales, como para su co-contratante; son a título oneroso, por obtener cada una de las partes 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 para suscribirlos la administración o los otros órganos locales, según sea el caso, deben cubrir varias formalidades.

A continuación, los principales contratos administrativos nominados que celebra la administración pública en el Estado de San Luis Potosí:

1. Contrato de adquisición de bienes muebles

Dentro de los contratos administrativos más usuales que celebran el estado de San Luis Potosí y sus municipios se encuentra el de adquisición de bienes muebles; mediante el mismo, uno y otros se proveen de materiales, suministros, bienes y en general aquellos insumos necesarios para el desempeño de sus actividades.

2. Contrato de arrendamiento de bienes muebles

El contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles, es celebrado por la administración pública local para obtener el uso temporal de ciertos equipos —por ejemplo, fotocopadoras—, mediante el pago de una renta.

Al respecto, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Estado de San Luis Potosí previene:

La presente ley es de orden público e interés general; tiene por objeto, regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto y ejecución de las adquisiciones de bienes, así como la contratación de arrendamientos y servicios de cualquier naturaleza, que requieran para desarrollar sus funciones:

- I.- El Poder Legislativo;
- II.- El Poder Ejecutivo y sus organismos;
- III.- El Poder Judicial;
- IV.- Los ayuntamientos y sus organismos.

3. *Contrato de servicios relativos a bienes muebles*

Se trata de un contrato administrativo mediante el cual la parte co-contratante le presta servicios a la administración pública sobre bienes directamente de su propiedad o arrendados, referidos a la instalación, conservación, mantenimiento y reparación, así como al procesamiento de datos, maquila y otros análogos a los mencionados.²⁰²

4. *Contrato de obra pública*

El de obra pública es el contrato administrativo por antonomasia, mediante el cual un sujeto denominado contratista se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio que se obliga a pagarle 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.²⁰³

En la conformación 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, selección del contratista (a través de la licitación respectiva), adjudicación del contrato, su celebración y firma, ejecución de la obra, su control y vigi-

²⁰² Artículo 4o.- Los arrendamientos y servicios a que se refiere esta ley, serán aquéllos que se relacionen con el uso y usufructo de bienes muebles, su instalación, reparación, conservación, mantenimiento y procesamiento de datos, maquila y análogos a los enunciados, siempre y cuando tengan que ver con funciones técnicas o especializadas. En la contratación de adquisiciones y arrendamiento de bienes, se cuidará en todo caso, que el proveedor garantice la prestación de servicios de instalación, reparación, conservación, mantenimiento y hasta capacitación, según se requiera, lo cual se entenderá incluido en el mismo precio que se le cubra, sin cargo extra para las instituciones.

²⁰³ Juristo Sánchez, Rafael, *La ejecución del contrato de obra pública*, 2a. ed., Madrid, Hauser y Menet, 1991, p. 15.

lancia y la recepción de la misma; por último, una etapa final que atañe a la extinción del contrato y a la aplicación de sanciones, en su caso.²⁰⁴

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas del Estado de San Luis Potosí señala en su artículo 1o. que tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto y ejecución de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas, que contraten o realicen: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo; el Poder Judicial; los ayuntamientos; los organismos autónomos; los organismos descentralizados del Estado y municipios; VII. las empresas de participación mayoritaria del Estado y municipios; los fideicomisos constituidos con bienes o recursos públicos del Estado o los municipios y sus respectivos organismos descentralizados, así como los organismos autónomos; e inclusive aquéllos en los que dichas instituciones públicas no sean fideicomitentes únicos; los organismos desconcentrados, comités o patronatos constituidos por el Estado o los ayuntamientos y sus respectivos organismos descentralizados, y las personas físicas o morales que realicen obras y servicios relacionados con las mismas, con recursos públicos.

La propia Ley establece que tales contratos se adjudicarán a través de tres posibles procedimientos: licitación pública, invitación a cuando menos tres personas, o adjudicación directa, según los supuestos que marque la propia ley, admitiendo como modalidades o tipos aquellos que se celebran sobre la base de precios unitarios, a precio alzado o mixtos.²⁰⁵

²⁰⁴ Véase Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991, pp. 130-137.

²⁰⁵ Artículo 36.