

CAPÍTULO SÉPTIMO

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, y en la actualidad reviste características propias tanto en el derecho internacional público y privado como en el derecho administrativo y en el derecho laboral.

I. CONVENIO, CONTRATO Y CUASICONTRATO

La convención —también llamada convenio— fue considerada desde el derecho romano como un 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.¹⁶²

En su artículo 7.30, el Código Civil del Estado de México define al convenio como “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”; y en su artículo 7.31 precisa: “Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos, reciben el nombre de contratos”. Sin embargo, como el artículo 1344 de dicho ordenamiento legal, al igual que el artículo 1859 del Código Civil del Distrito Federal, establecen

¹⁶² *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.

que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios, pierde relevancia la distinción entre unos y otros, “lo cual —según dice Ramón Sánchez Meda— hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato”.¹⁶³

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 aquella 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”.¹⁶⁴

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.¹⁶⁵

Así, por cuasicontrato 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 cuasicontratos 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 con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir a los contratos en

¹⁶³ Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 4.

¹⁶⁴ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1941, t. II, p. 576.

¹⁶⁵ López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 3a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1984, p. 321.

civiles, mercantiles, laborales y administrativos, siendo estos últimos los que interesan a la presente obra.

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 el 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”.¹⁶⁶

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-

¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷

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 contratos 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.¹⁶⁸

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; empero,

¹⁶⁷ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963, vol. III, p. 35.

¹⁶⁸ Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 626.

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”.¹⁶⁹

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, ¹⁷⁰ 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.

A juicio del profesor Recaredo Fernández de Velasco, el criterio jurisdiccional pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, y lo accidental en lo

¹⁶⁹ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I, p. 100.

¹⁷⁰ Oliván y Borrue, Alejandro, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Civitas, 1954, pp. 221-223.

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 la naturaleza de un contrato, por supeditararlo a su competencia jurisdiccional.¹⁷¹

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 la observancia de 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 específicos 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”.¹⁷²

Sostenido por el Consejo de Estado francés, el criterio de la cláusula exorbitante es objetado, porque pudiera ser innecesaria la inserción de tales cláusulas en los contratos administrativos para alcanzar los mismos efectos, por disfrutar la administración pública de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

¹⁷¹ Fernández de Velazco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 15.

¹⁷² Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 103.

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 pudiera 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 con 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.¹⁷³

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.¹⁷⁴

Independientemente de la imprecisión del concepto “interés público”, estimo que este 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 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”.¹⁷⁵

¹⁷³ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de derecho administrativo, Primer curso*, México, Porrúa, 1994, p. 273.

¹⁷⁴ Escola, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, cit., supra nota 196, pp. 160 y 161.

¹⁷⁵ *Idem.*

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 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 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 distintas de las del derecho privado. “Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos”.¹⁷⁶

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 Berçaitz distinguió 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 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.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Brewer Carías, Allan Randolph, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1964, p. 182.

¹⁷⁷ Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 246 y 247.

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”.¹⁷⁸

En la entidad mexiquense, el artículo 1 de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y sus Municipios dispone que ésta se encargue de regular los actos relativos a la planeación, programación, presupuestación, ejecución y control de la adquisición, enajenación y arrendamiento de bienes, así como la contratación de servicios de cualquier naturaleza, que lleven a cabo las secretarías y las unidades administrativas del Poder Ejecutivo del estado, la Procuraduría General de Justicia, los ayuntamientos de los municipios del estado, los organismos auxiliares y fideicomisos públicos, de carácter estatal o municipal, y los tribunales administrativos.

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 Escola, tras de 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.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Rivero, Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1970, p. 15.

¹⁷⁹ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 384.

3. *Principio de mutabilidad*

Dado el *ius variandi* de la administración pública, el contrato administrativo puede ser unilateralmente modificado dentro de ciertos límites por el órgano administrativo 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.¹⁸⁰

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 a la 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 a 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 ejerci-

¹⁸⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 225.

cio 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.¹⁸¹

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 tractum successivum 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”.

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”.¹⁸²

Así, tenemos casos como la prestación del servicio público bajo el régimen de concesión, que de acuerdo con el criterio dominante en la doctrina se realiza a riesgo y ventura del concesionario, por lo que la 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)”.¹⁸³

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 Confe-

¹⁸¹ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., p. 458.

¹⁸² “El contrato de tracto sucesivo y la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión)”, San Salvador, t. VII, núm. 34, abril-junio 1962, p. 28.

¹⁸³ Fernández de Velasco, Recaredo, *Los contratos administrativos*, cit., p. 242.

rencia 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 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.

4o. 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.¹⁸⁴

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.¹⁸⁵

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.

¹⁸⁴ Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, 1963, p. 572.

¹⁸⁵ Dromi, José Roberto, *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 132.

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 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 elementos naturales y los elementos 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.¹⁸⁶

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 elementos 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

¹⁸⁶ García Oviedo, Carlos, *Derecho administrativo*, Madrid, EISA, 1959, t. I, p. 260.

del contrato la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación.¹⁸⁷ Como elementos no esenciales se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.¹⁸⁸

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 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, aquéllas 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.¹⁸⁹

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.

¹⁸⁷ 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 a 278; Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, cit., pp. 183 a 208 y Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo. 3er. y 4o. cursos*, 3a. ed., México, Oxford, 2000, pp. 108-110.

¹⁸⁸ Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, cit., p. 303.

¹⁸⁹ 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.

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 concurrencia con su cocontratante, 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.¹⁹⁰

Acerca de esta última, recordemos también la necesidad de preservarla contra todo vicio que la violente o deforme; respecto de los contratos administrativos el error, el dolo y la violencia son los vicios más señalados en la doctrina que afectan al consentimiento.

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, con-

¹⁹⁰ 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.

sistente 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.¹⁹¹

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.

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 cocontratante 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 cocontratante 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”.¹⁹²

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 porqué 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”.¹⁹³

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

¹⁹¹ Artículos 1757, 1758 y 1760 del Código Civil del Estado de Veracruz.

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

¹⁹³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 344.

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.

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”.¹⁹⁴

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, bajo la pena de no ser considerados administrativos.

B. *La licitación*

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.¹⁹⁵ Se trata, a mi juicio, de un requi-

¹⁹⁴ Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 516.

¹⁹⁵ 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 mecanis-

sito procedimental exigible como regla general en la fase previa a la celebración de los mismos; si fuera 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 cocontratante, 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 a través del 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).¹⁹⁶

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:

mo 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”.

¹⁹⁶ Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, 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.¹⁹⁷

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”.¹⁹⁸

VIII. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ESTADO DE MÉXICO

La Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios regula los contratos administrativos en dicha entidad federativa y sus municipios, relativos a la planeación, programación, presupuestación, ejecución y control de la adquisición, enajenación y arrendamiento de bienes, y la contratación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen las secretarías y las unidades administrativas del Poder Ejecutivo del estado, la Procuraduría General de Justicia, los ayuntamientos de los municipios del estado, los organismos auxiliares y fideicomisos públicos, de carácter estatal o municipal, y los tribunales administrativos, para lo cual establece tres posibles procedimientos: el de licitación pública, mediante convocatoria pública; el de invitación restringida, y el de 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.

Por otra parte, el Código Administrativo del Estado de México se encarga de regular los actos relativos a la planeación, programación, presupuestación, adjudicación, contratación, ejecución y control de la obra pública, así como los servicios relacionados con la misma que, por sí o por conducto de terceros, efectúen las secretarías y unidades administrativas del Poder

¹⁹⁷ Montoro Puerto, Miguel, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, p. 27.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

Ejecutivo del estado, la Fiscalía General de Justicia, los ayuntamientos de los municipios del estado, los organismos auxiliares y fideicomisos públicos del estado y municipios, y los tribunales administrativos.

Empero, los poderes Legislativo y Judicial, así como los organismos autónomos, aplicarán los procedimientos previstos en dicho Código en todo lo que no se oponga a los ordenamientos legales que los regulan.

Es de hacer notar que la normativa del estado de México 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.

Dichos 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 cocontratante; 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, analizo los principales contratos administrativos nominados que celebran los órganos depositarios del poder público en el estado de México.

1. Los contratos administrativos regulados por la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios

La ley en cita, en sus disposiciones preliminares contiene normas relativas a la integración de comités, de las formas de adjudicar los contratos administrativos; de las garantías, y de las inconformidades

A. Los comités

En los términos del artículo 22 de la ley en cita, los comités son órganos colegiados cuyo objeto consiste en auxiliar a la Secretaría de Finanzas, a las entidades, a los tribunales administrativos y a los ayuntamientos, los cuales deberán constituirse en la Secretaría de Finanzas, lo mismo que en cada entidad, así como en el tribunal administrativo y en cada ayuntamiento.

a. El comité de adquisiciones y de servicios

De esta suerte, la Secretaría, las entidades, los tribunales administrativos y los ayuntamientos son auxiliadas por su respectivo comité de adquisiciones y de servicios, cuyas facultades consisten, según el artículo 23, en dictaminar sobre la procedencia de los casos de excepción al procedimiento de licitación pública; intervenir en los procedimientos de licitación, invitación restringida y adjudicación directa, hasta dejarlos en estado de dictar el fallo correspondiente, incluidos los que tengan que desahogarse bajo la modalidad de subasta inversa, y en expedir los dictámenes de adjudicación.

b. El comité de arrendamientos, adquisiciones de inmuebles y enajenaciones

Según el artículo 24 de la ley de referencia, en cada una de las instituciones públicas mencionadas en el párrafo anterior debe establecerse un comité de arrendamientos, adquisiciones de inmuebles y enajenaciones, cuyas atribuciones lo facultan para resolver sobre la procedencia de los casos de excepción al procedimiento de licitación pública, tratándose de adquisición de inmuebles y arrendamientos; intervenir en los procedimientos de licitación, invitación restringida y adjudicación directa, hasta dejarlos en estado de dictar el fallo correspondiente, tratándose de adquisición de inmuebles y arrendamientos; expedir los dictámenes de adjudicación, tratándose de adquisiciones de inmuebles y arrendamientos; intervenir en los procedimientos de subasta pública, hasta dejarlos en estado de dictar el fallo de adjudicación.

B. Las formas de adjudicar los contratos administrativos

Dispone el artículo 26 de la ley referida, que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudiquen mediante licitaciones públicas a las que se convoque públicamente, y en su siguiente artículo autoriza tanto a la Secretaría como a las entidades, a los tribunales administrativos y a los ayuntamientos para adjudicar los correspondientes contratos, mediante las excepciones de invitación restringida, y de adjudicación directa.

a. La licitación pública

Previene el artículo 29 de la ley invocada, que en toda licitación pública deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos

los licitantes, por lo que los interesados que satisfagan los requisitos de la convocatoria y de las bases de la licitación tendrán derecho a presentar su propuesta; en consecuencia, las entidades, los tribunales administrativos y los ayuntamientos proporcionarán a los interesados igual acceso a la información relacionada con la licitación, con el propósito de evitar favorecer a algún licitante.

Si las propuestas de los licitantes están por encima del precio de mercado, la convocante, como previene el artículo 40 de la ley, lo hará de conocimiento de los participantes, a fin de que reduzcan los precios de sus propuestas hasta que se presente alguna que esté dentro del precio del estudio de mercado; en caso contrario, se declarará desierta la licitación, en cuyo caso la convocante adjudicará el contrato al licitante que presente la propuesta que, estando dentro del precio de mercado, sea la más baja o haya obtenido el mejor puntaje en la evaluación, atendiendo al criterio utilizado, debiendo dar preferencia, en igualdad de condiciones, a las presentadas por micro, pequeñas y medianas empresas.

Los convocantes, como señala el artículo 41, están facultados a declarar desierta la licitación en los procedimientos que tramiten cuando no reciban propuesta alguna o las presentadas no reúnan los requisitos exigidos en las bases de licitación; también puede declararse desierta una licitación cuando no se hubiera recibido propuesta alguna o las presentadas no reúnan los requisitos, respecto de una o varias partidas o conceptos.

El artículo 42 de la ley en comento autoriza a cancelar una licitación por caso fortuito o por causa de fuerza mayor, o cuando existan circunstancias debidamente justificadas que produzcan la extinción de la necesidad de adquirir los bienes y los servicios de que se trate, o que de continuarse con el procedimiento de licitación o contratación, en su caso, se pudiera ocasionar un daño o perjuicio a la administración pública estatal o municipal, supuesto en el que las convocantes deberán comunicar a los interesados la cancelación, mediante escrito en el que se justifique la causa o causas de la misma, sin que ello implique responsabilidad de carácter económico para las convocantes.

b La invitación restringida

Puede considerarse que la invitación restringida es la excepción de la obligación de adjudicar los contratos administrativos a que se refiere esta ley, cuyo artículo 43 establece que las posibles convocantes pueden efectuar procedimientos de adquisición de bienes o servicios a través de las modali-

dades de invitación restringida y adjudicación directa, para lo cual se invitará, o adjudicará de manera directa, a personas que cuenten con capacidad de respuesta inmediata, cuando se hubiera declarado desierto un procedimiento de licitación, o en el caso de que el importe de la operación no exceda de los montos establecidos por el presupuesto de egresos del gobierno del estado de México del ejercicio correspondiente, en el entendido de que se abstendrán de fraccionar el importe de las operaciones, con el propósito de quedar comprendidos en este supuesto de excepción. La Secretaría de la Contraloría y los órganos de control interno, en el ámbito de su competencia, vigilarán el cumplimiento de esta disposición. En la invitación deberá especificarse si en el proceso de asignación aplicará la modalidad de subasta inversa.

c. La adjudicación directa

De conformidad con el artículo 44 de la ley en cita, la Secretaría de Finanzas, las entidades, los tribunales administrativos y los ayuntamientos están facultados para comprar bienes, arrendar bienes muebles e inmuebles y contratar servicios, mediante adjudicación directa, en los casos en que la adquisición o el servicio sólo pueda efectuarse con una determinada persona, por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, registros, marcas específicas, derechos de autor u otros derechos exclusivos, o cuando la adquisición o el arrendamiento de algún inmueble sólo puedan realizarse con determinada persona, por ser el único bien disponible en el mercado inmobiliario que reúna las características de dimensión, ubicación, servicios y otras que requieran las dependencias, las entidades, los tribunales administrativos o los ayuntamientos para su buen funcionamiento o para la adecuada prestación de los servicios públicos a su cargo; o se trate de servicios que requieran de experiencia, técnicas o equipos especiales, o de la adquisición de bienes usados o de características especiales que solamente puedan ser prestados o suministrados por una sola persona; lo mismo que siempre que sea urgente la adquisición de bienes, arrendamientos o servicios por estar en riesgo el orden social, la salubridad, la seguridad pública o el ambiente, de alguna zona o región del estado; se interrumpan los servicios públicos; se refiera a programas o acciones de apoyo a la población para atender necesidades apremiantes, o concurra alguna causa similar de interés público; también, cuando puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes al erario, o pueda comprometerse información de naturaleza confidencial para el estado o municipios, por razones de seguridad pública; igualmente,

en los casos en que haya circunstancias extraordinarias o imprevisibles derivadas de riesgo o desastre; de la misma forma, cuando se hubiera rescindido un contrato, por causas imputables al proveedor o que la persona que habiendo resultado ganadora en una licitación no concorra a la suscripción del contrato dentro del plazo establecido en la Ley; igualmente, si se hubiera declarado desierto un procedimiento de invitación restringida; cuando se aseguren condiciones financieras que permitan al estado o a los municipios cumplir con la obligación de pago de manera diferida, sin que ello implique un costo financiero adicional o que habiéndolo sea inferior al del mercado.

C. Las garantías

Previene el artículo 76 de la ley en comentario, que los particulares que celebren los contratos de adquisiciones y servicios a que se refiere dicha ley deben garantizar, a favor de la Secretaría de Finanzas, o de las entidades, de los tribunales administrativos y los ayuntamientos contratantes, el anticipo que reciban, los bienes o materiales que reciban, el cumplimiento de los contratos, así como los defectos o vicios ocultos de los bienes.

D. Los contratos administrativos de adquisición y de arrendamiento de bienes

En su artículo 120, el Reglamento de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios requiere que los contratos administrativos de adquisición de bienes, los de servicios, así como los de arrendamiento de bienes que celebren la Secretaría de Finanzas, las entidades, los tribunales administrativos y los ayuntamientos, contengan cuando menos los siguientes datos:

- I. Objeto;
- II. Fecha de suministro de los bienes o período de prestación del servicio;
- III. Datos del procedimiento que dio origen al contrato;
- IV. Importe total;
- V. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;
- VI. Formalidades para el otorgamiento y cobro de garantías;
- VII. Penas convencionales por causas imputables al proveedor o prestador del servicio, las que se determinarán en función del incumplimiento de las condiciones convenidas, y que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. Las dependencias,

organismos auxiliares, tribunales administrativos y municipios deberán fijar los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales;

VIII. Términos en que el proveedor o prestador del servicio, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso por la contratación;

IX. Causales por las que la Secretaría, organismos auxiliares, tribunales administrativos o municipios podrán dar por rescindido el contrato y sus efectos;

X. Las consecuencias de la cancelación o terminación anticipada por causas imputables al proveedor o prestador del servicio;

XI. Señalamiento del domicilio de las partes, ubicado en el territorio del Estado, o bien, domicilio para oír y recibir notificaciones; y

XII. Renuncia expresa al fuero que les pudiera corresponder en función de su domicilio o vecindad presente o futuro.

2. *Los contratos administrativos regulados por el Código Administrativo del Estado de México*

El Código Administrativo del Estado de México, en sus disposiciones preliminares, contiene normas relativas a la integración de comités, de las formas de adjudicar los contratos administrativos, de las garantías, y de las inconformidades.

En el artículo 12.4 de su libro décimo segundo, dicho código considera obra pública todo trabajo cuyo objeto consista en construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar o demoler bienes inmuebles propiedad del estado, de sus dependencias y entidades y de los municipios y sus organismos, con cargo a recursos públicos del estado o de sus municipios.

En tanto que el artículo 12.5 de ese libro considera servicios relacionados con la obra pública, los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con los actos que regula este libro; la dirección y supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto principal rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones.

A. *El Comité Interno de Obra Pública*

En los términos del artículo 21 del Reglamento (publicado en la *Gaceta Periódico Oficial* del Estado de México del 15 de diciembre de 2003) del libro

décimo segundo del referido código, los comités internos de obra pública constituyen una instancia interna auxiliar de los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades en los procesos de contratación de obra pública y de servicios, así como de los ayuntamientos

El artículo 23 de dicho código faculta a los comités internos de obra pública para supervisar los proyectos de programas y presupuestos de obra pública o servicios, así como formular las observaciones y recomendaciones que correspondan; emitir dictamen sobre la procedencia de iniciar procedimientos de invitación restringida o de adjudicación directa, y elaborar y aprobar su manual de integración y funcionamiento.

B. Las formas de adjudicar los contratos administrativos

Contempla el Código de referencia la adjudicación de los contratos administrativos de obra pública y de servicios relacionados con las mismas, la licitación pública, la invitación restringida y la adjudicación directa.

a. La licitación pública

Explica el artículo 26 del Reglamento del Libro Décimo segundo del Código Administrativo del Estado de México, que la licitación pública es el procedimiento de adjudicación de una obra pública o de un servicio por convocatoria pública, consistiendo su objeto en posibilitar que todos los interesados participen en igualdad de condiciones, y en asegurar una resolución fundamentada y transparente, a efecto de que se apruebe la propuesta más conveniente para las dependencias, entidades y ayuntamientos.

b. La invitación restringida

El procedimiento de invitación restringida, similar al de licitación pública, inicia con la publicación de la convocatoria y concluye con la adjudicación

Dispone el artículo 87 del reglamento del código en cita, que “En caso de no presentarse alguna propuesta que esté dentro del precio de mercado, el comité procederá a declarar desierto el procedimiento adquisitivo”.

Si se declara desierto un procedimiento de licitación, la dependencia, entidad o ayuntamiento que cuente con comité interno de obra pública solicitará el dictamen de procedencia del procedimiento de invitación restringida a ese órgano colegiado.

c. La adjudicación directa

Respecto a este tema, la sección tercera del capítulo segundo del título tercero del Reglamento del Libro Décimo segundo del Código Administrativo del Estado de México ordena:

Artículo 88. Si la dependencia, entidad o ayuntamiento necesita llevar a cabo un procedimiento de adjudicación directa, salvo que las obras o servicios a contratar no rebasen los montos establecidos por el Presupuesto de Egresos del Gobierno del Estado de México del ejercicio correspondiente y cuenta con Comité Interno de Obra Pública, se solicitará a ese órgano colegiado el dictamen de procedencia del procedimiento de adjudicación directa; para ello, la unidad ejecutora de obra pública o servicio integrará y presentará el caso conforme se señaló en el procedimiento de invitación restringida.

C. *El contrato de obra pública*

Los requisitos acerca del contenido de los contratos de obra pública están precisados en el reglamento de referencia de la siguiente manera:

Artículo 104. Los contratos de obra pública y servicios contendrán, como mínimo:

I. La autorización presupuestal para cubrir el compromiso derivado del contrato y sus anexos;

II. La indicación del procedimiento conforme al cual se adjudicó el contrato;

III. La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos como parte integrante del contrato en el caso de las obras; tratándose de servicios, los términos de referencia;

IV. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato. En el caso de contratos mixtos, la parte y el monto que se cubrirá sobre la base de precios unitarios y la correspondiente a precio alzado;

V. El plazo de ejecución de los trabajos determinado en días naturales, indicando la fecha de inicio y término de los mismos, así como el plazo para la recepción física de los trabajos y la elaboración del finiquito, los cuales deben ser establecidos de acuerdo con las características, complejidad y magnitud de los trabajos;

VI. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen;

VII. Forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;

VIII. Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados y, cuando corresponda, de los ajustes de costos;

IX. Penas convencionales por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas, determinadas únicamente en función del incumplimiento al programa convenido, las que en ningún caso podrán ser superiores, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento. El contratante deberá establecer los términos, forma y porcentajes para aplicar las penas convencionales;

X. Términos en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que hubiere recibido en exceso por la contratación o durante la ejecución de los trabajos, para lo cual se utilizará el procedimiento que se establezca;

XI. Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser el determinado desde las bases de la licitación por el convocante, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;

XII. Causales y procedimiento mediante los cuales el contratante podrá dar por rescindido el contrato en los términos de este Reglamento;

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes resolverán, entre sí, las discrepancias futuras y previsibles sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo;

XIV. Señalamiento del domicilio en el Estado para oír y recibir notificaciones; y

XV. Manifestación de renuncia expresa al fuero que les pudiera corresponder en función de su domicilio presente o futuro en el caso de que no se encuentre en el Estado de México.

El contrato deberá firmarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación del fallo. Se deberá entregar al contratista una copia del contrato firmado.

Para los efectos del Libro y este Reglamento, el contrato, sus anexos y la bitácora son los instrumentos que establecen los derechos y obligaciones de las partes. El contratante enviará a la Secretaría del Ramo y a la Contraloría un informe de los contratos formalizados por excepción a la licitación pública durante el mes inmediato anterior, dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes. De la misma manera, lo harán los ayuntamientos que en esas modalidades contraten obra pública o servicios con cargo total o parcial a los recursos estatales.

a. Contrato sobre la base de precios unitarios

En los términos del título quinto, capítulo primero, sección segunda, del reglamento en cita, en la contratación sobre la base de precios unitarios se

considerará precio unitario al importe de la retribución que debe cubrirse al contratista por unidad de concepto de trabajo terminado, ejecutado de acuerdo con lo establecido en el proyecto, en las especificaciones de construcción y en las normas de calidad; se compone el precio unitario por los costos directos del concepto de trabajo, los costos indirectos, el costo por financiamiento, el cargo por la utilidad del contratista y los cargos adicionales.

Los precios unitarios deben analizarse, calcularse e integrarse de conformidad con los criterios establecidos en el propio reglamento, a efecto de satisfacer el total de los recursos requeridos para realizar cada concepto de trabajo en la forma más amplia posible.

El cálculo de los precios unitarios para definir el valor de un concepto de trabajo determinado debe ser congruente con los procedimientos constructivos, con los programas de trabajo, de suministro de materiales, de personal y utilización de maquinaria y equipo de construcción, tomando en cuenta las especificaciones generales y particulares de construcción y normas de calidad que determine el contratante, y considerando los costos de los materiales, recursos humanos y demás insumos necesarios en el momento y en el lugar donde se llevarán a cabo los trabajos.

b El contrato de obra pública a precio alzado

Tratándose del contrato de obra pública a precio alzado, la sección tercera del capítulo primero del título quinto del reglamento citado, el contratante podrá dividir los trabajos en actividades principales de obra para efecto de medición y de pago, en cuyo caso la responsabilidad del contratista subsistirá hasta la total terminación de los trabajos, entendiéndose por actividad principal de obra al conjunto de acciones que deben ser ejecutadas totalmente en un periodo y por un monto establecido por el licitante en su propuesta, en congruencia con las bases de licitación y determinadas por las unidades de medida definidas en las propias bases y en el contrato; en la medición y pago de los trabajos, se deberá emplear la red de actividades, cédulas de avances y de pagos programados y el programa de ejecución de los trabajos, los que deben ser congruentes y complementarios entre sí.

Consiste la red de actividades, en la representación gráfica del proceso constructivo que seguirá el contratista para realizar los trabajos, en la que se incluirán las actividades a realizar, y calcular las fechas de inicio y terminación; la cédula de avances y de pagos programados es una matriz en la que el contratista muestra todas las actividades que le representan un costo;

en la cédula, el contratista define las cantidades y el importe de trabajos a ejecutar mensualmente, a efecto de mostrar su avance físico y financiero; el programa de ejecución de los trabajos se emplea para que el contratista desglose las actividades principales de obra a realizar y represente en forma gráfica la fecha de inicio y terminación y duración de cada actividad en los que se realizará la obra o servicio de que se trate.

Finalmente, el desglose de las actividades deberá permitir la evaluación objetiva del avance físico y financiero de los trabajos, de acuerdo con los programas de ejecución, utilización y suministro, con el fin de detectar en su caso, desviaciones y analizar posibles alternativas de solución; en caso de que se detecten desviaciones que no afecten el costo o el plazo de los trabajos pactados en el contrato, se podrá realizar una revisión a la red de actividades para estructurar las medidas correctivas que permitan el cumplimiento del contrato.

D. El contrato de servicios relacionados con la obra pública

En su artículo 93, el multicitado reglamento entiende por servicios relacionados con la obra pública, los trabajos que tienen por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías; la dirección y supervisión de la ejecución de las obras, y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones.

Tales servicios incluyen la planeación, cuyo objeto consiste en concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto urbanístico, arquitectónico, de diseño gráfico o artístico y de cualquier otra especialidad del diseño; la arquitectura y el urbanismo que se requieran para integrar un proyecto ejecutivo de obra pública, así como los estudios inherentes al desarrollo urbano en el estado; los estudios técnicos de agrología y desarrollo pecuario, hidrología, mecánica de suelos, sismología, topografía, geología, geodesia, geofísica, geotermia, meteorología, aerofotogrametría, ambientales, ecológicos y de ingeniería de tránsito; los estudios económicos y de planeación de preinversión, factibilidad técnico-económica, ecológica o social, de evaluación, adaptación, tenencia de la tierra, financieros, de desarrollo y restitución de la eficiencia de las instalaciones; los trabajos de coordinación, supervisión y control de obra; de laboratorio de análisis y control de calidad; de laboratorio de geotecnia, de resistencia de materiales y radiografías industriales; de preparación de especificaciones de construcción, presupuestación o la elaboración de cualquier otro docu-

mento o trabajo para la adjudicación del contrato de obra correspondiente; los trabajos de organización, informática, comunicaciones, cibernética y sistemas aplicados a las materias que regulan éste, los dictámenes, peritajes, avalúos y auditorías técnico-normativas y estudios aplicables a la obra pública; los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir, sustituir o incrementar la eficiencia de las instalaciones en un bien inmueble, y los estudios de apoyo tecnológico, incluyendo los de desarrollo y transferencia de tecnología, entre otros.