

NULIDAD EN LA CONTRATACION PUBLICA

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**ESCUELA DE POSGRADO.**  
**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**



TEMA DE INVESTIGACIÓN:

**“RÉGIMEN DE NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PUBLICA EN EL SALVADOR”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:

**MAESTRA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

PRESENTADO POR:

**MDP. MARIELA GUADALUPE ÁLVAREZ MEJÍA**

DOCENTE ASESOR:

**DR. ROBERTO OLIVA DE LA COTERA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN MIGUEL, EL SALVADOR

11 DE JULIO DE 2025

NULIDAD EN LA CONTRATACION PUBLICA

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL  
ESCUELA DE POSGRADO.  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN:**

**“RÉGIMEN DE NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PUBLICA EN EL  
SALVADOR”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TITULO DE:

**MAESTRA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

PRESENTADO POR:

**MDP. MARIELA GUADALUPE ÁLVAREZ MEJÍA**

DOCENTE ASESOR:

**DR. ROBERTO OLIVA DE LA COTERA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN MIGUEL, EL SALVADOR

11 DE JULIO DE 2025

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
AUTORIDADES**



**MSC. JUAN ROSA QUINTANILLA  
RECTOR**

**DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN  
VICERRECTORA ACADÉMICA**

**MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA  
SECRETARIO GENERAL**

**LIC. CARLOS AMÍLCAR SERRANO RIVERA  
FISCAL GENERAL**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL  
AUTORIDADES**



**MSC. CARLOS IVÁN HERNÁNDEZ FRANCO  
DECANO**

**DRA. NORMA AZUCENA FLORES RETANA  
VICEDECANA**

**MTRO. CARLOS DE JESÚS SÁNCHEZ  
SECRETARIO**

**MTRO. BALMORE ALEXIS RODRIGUEZ OCHOA  
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POST-GRADO**

**MTRA. DORIS LIZZETTE FERNÁNDEZ VENTURA  
COORDINADORA DE LA MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y POLÍTICAS PUBLICAS.**

## DEDICATORIA

***“Tendrás fracasos en tu vida, pero es lo que haces durante esas caídas lo que determina la altura a la que llegarás”. Rahm Enmanuel.***

En primer lugar, agradezco al Creador por haberme permitido culminar con éxito esta etapa tan significativa de mi vida académica. Mi gratitud se extiende a mi esposo y a mis tres hijas —a quienes cariñosamente llamo mis tres tesoros—, pues su amor, paciencia y constante apoyo me brindaron la fortaleza necesaria para continuar y alcanzar la culminación de esta investigación.

De igual manera, expreso un especial reconocimiento al Dr. Roberto Oliva de la Cotera, destacado autor de diversos libros y artículos en el ámbito del Derecho Administrativo, quien con generosidad compartió sus conocimientos y experiencia, aportando valiosas orientaciones y acompañamiento a lo largo del desarrollo de este trabajo de investigación.

## LISTA DE ABREVIATURAS

**Art.** Artículo

**CC.** Código Civil

**Cn.:** Constitución de la República de El Salvador.

**LPA.** Ley de Procedimientos Abreviados

**LACAP.** Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

**LCP.** Ley de Compras Públicas.

**UNAC.** Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

**UACI** Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales

**RELACAP.** Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

**RLCP.** Reglamento de la Ley de Compras Públicas.

**LCSP.** Ley de Contratos del Sector Público ( España)

**TRLCSPP.** Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.( España)

**LRJAPPAC.** Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común España.

**LCGA.** Ley General de la Administración Pública ( Costa Rica).

**LOCUCIONES LATINAS Y ABREVIATURAS EN NOTAS AL PIE Y BIBLIOGRAFÍA**

**op. cit:** Obra Citada

**pp.:** Páginas

**p:** Página

## ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS .....	i
INDICE .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
INDICE DE TABLAS .....	ix
Resumen: .....	1
CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1. Situación Problemática .....	3
1.2. Enunciado del Problema.....	4
1.3. Justificación de la Investigación .....	5
1.4. Objetivos de la Investigación: .....	9
1.4.1. Objetivo general: .....	10
1.4.2. Objetivos Específicos: .....	10
1.5. Alcances de la Investigación .....	10
1.6. Delimitación Temporal y Espacial.....	11
1.7. Metodología.....	11
CAPITULO II. MARCO TEÓRICO-METODOLÓGICO .....	13
2.1. Antecedentes del Problema.....	13
2.2. Marco Teórico .....	18
2.2.1. Administración Pública .....	18
2.2.2. Administrar .....	19
2.2.3. Administrado.....	20

2.2.4. Contrato.....	20
2.2.5. Contrato Administrativo.....	21
2.2.6. Contratación Pública.....	22
2.2.7. Acto Administrativo.....	22
2.2.8. Acto Unilateral.....	23
2.2.9. Acto Bilateral.....	24
2.2.10. Acto Separable.....	24
2.2.11. Derecho Administrativo.....	25
2.2.12. Derecho Civil.....	25
2.2.13. Nulidad.....	25
2.2.14. Nulidad Absoluta o de pleno derecho.....	26
2.2.15. Nulidad Relativa.....	26
<b>CAPITULO III. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>28</b>
3.1. Noción de los Contratos Administrativos.....	28
3.2. Acto Jurídico Bilateral.....	39
3.3. El Marco Legal de los Contratos Públicos en El Salvador.....	40
3.4. Evolución del Régimen Jurídico de la Contratación Administrativa en El Salvador .....	42
3.4.1. Marco Normativo Constitucional.....	47
3.4.2. Marco Normativo Internacional.....	50
3.4.3. Proceso de Contratación Administrativa.....	51
3.5. Principios Rectores de la Contratación Pública.....	52

3.5.1. Principio de Legalidad.....	53
3.5.2. Principio de Continuidad .....	57
3.5.3 Principio de Mutabilidad .....	61
3.5.4. Principio de equilibrio financiero .....	62
3.6. Elementos de los Contratos Administrativos.....	63
3.6.1. Elemento subjetivo.....	64
3.6.2. Elemento objetivo.....	65
3.6.3. Sujetos Contratantes en Compras Públicas.....	65
3.6.4. El Consentimiento .....	69
3.6.5. Objeto .....	71
3.6.6. La causa .....	71
3.6.7. La forma.....	72
3.6.8. Plazo .....	73
3.6.9. Modo.....	73
3.7. Contratos y Actos Administrativos.....	73
3.7.1. Concepto. ....	80
3.7.2. Elementos.....	81
3.7.3 Clases.....	83
3.8. Clasificación del Contrato de la Administración .....	84
3.8.1. Por razón del sujeto .....	84
3.8.2. Por razón de su objeto .....	85

3.8.3. Norma general: Ley de Compras Públicas.....	87
3.8.4. Tipos de contratos regulados por la Ley de Compras Públicas.....	92
3.9. Régimen Especial de los Contratos Públicos.....	119
3.10. Etapas de la actividad contractual del Estado.....	120
3.10.1 Fase Precontractual o Etapa Preparatoria .....	120
3.10.2. Fase Esencial.....	122
3.10.3. Fase Integrativa o de Adjudicación.....	124
3.10.4. Ejecución del contrato y evaluación .....	124
3.11. Contratos administrativos y contratos civiles. Criterios diferenciadores.....	125
3.11.1. Nociones Generales Contratos Administrativos.....	126
3.11.2. Teoría de la Existencia de los Contratos Administrativos .....	132
3.11.3. Prerrogativas de la Administración Publica .....	139
3.11.4. Cláusulas Exorbitantes .....	145
3.12. Criterios Diferenciadores del Contrato Administrativo y Contrato Civil. ....	154
3.12.1. Competencia .....	161
3.13. Contratos Civiles .....	165
3.13.1. Nociones Generales.....	165
3.13.2. Elementos de los Contratos.....	166
3.13.3. Requisitos de Validez de los Contratos.....	168
3.14. Régimen Jurídico a la Aplicación de los Contratos.....	171
CAPITULO IV. NULIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PUBLICA.....	174

4.1. El Ámbito y los Tipos de Nulidad Civil .....	174
4.2. Régimen Jurídico de las Causales de Nulidad Civil.....	176
4.3. Clases de Nulidades .....	179
4.3.1. Nulidad Absoluta .....	180
4.3.2. Nulidad Relativa .....	185
4.4. Diferencias entre Nulidad Absoluta y Relativa .....	190
CAPITULO V. LA NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	192
5.1. Nulidad .....	192
5.2. Declaratoria de Nulidad .....	193
5.3. Declaratoria de Nulidad del Contrato .....	197
5.4. Nulidad por Defectos de los Actos Preparatorios .....	199
5.5. Las Causales de Nulidad Administrativa ante los Actos Administrativos .....	202
5.6. Los mecanismos de anulación y sus consecuencias respecto de la distinción entre nulidad y anulabilidad .....	209
5.7. Nulidad Del Derecho Común .....	210
5.8. Invalidez de los Contratos Públicos.....	212
5.8.1. Objeto de invalidez.....	215
5.9. Jurisprudencia Administrativa y Campos de Aplicación con Respecto a la Nulidad .....	215
5.9.1. Regulación en el ordenamiento jurídico salvadoreño .....	216
5.10. Carencias o Vacíos de la Nulidad de Derecho Público, en especial respecto de Contratos.....	217

5.11. Nulidad Contractual Administrativa (Aplicable O Excluyente a las Reglas de la Nulidad Civil .....	219
CAPITULO VI. DERECHO COMPARADO .....	222
6.1. España .....	223
6.1.1. La Anulabilidad de los Actos Administrativos .....	227
6.1.2. Supuestos de Invalidez .....	230
6.1.3. Causas de anulabilidad de derecho privado .....	237
6.1.4. Competencia .....	239
6.2. Costa Rica.....	239
6.2.1. Tipos de procedimientos de contratación .....	243
6.2.2. Nulidad absoluta evidente y manifiesta .....	247
6.3. Colombia .....	251
6.4. Chile .....	255
6.4.1. La Nulidad en la Etapa Precontractual .....	255
6.4.2. Régimen típico de nulidad en el Código Civil Chileno.....	257
6.4.3. Régimen Jurídico Nulidades en Derecho Administrativo .....	258
CAPITULO VII CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	260
7.1. Conclusiones.....	260
7.2. Recomendaciones .....	262
BIBLIOGRAFÍA.....	264

**INDICE DE TABLAS**

Tabla 1 Formas de Contratación .....	90
Tabla 2 Criterios diferenciadores del Contrato Administrativo y Contrato Civil.....	164
Tabla 3 Diferencia entre Nulidad Civil y Administrativa .....	190
Tabla 4 Cuadro Comparativo de la Nulidad, Anulabilidad e Invalidez .....	208
Tabla 5 Casos de Nulidad .....	230
Tabla 6 Diferencias de Actos Nulos (Absolutos y Relativos de Costa Rica).....	250

**Resumen:**

La presente investigación tiene como objetivo central determinar si las nulidades previstas en el Código Civil son aplicables a la contratación de la Administración Pública en El Salvador, considerando normativa nacional como el Derecho Comparado. Los contratos administrativos, a diferencia de los contratos privados, se rigen por principios propios del Derecho Administrativo, orientados al interés público y bajo un régimen jurídico especial que reconoce prerrogativas a la Administración.

El estudio analiza la normativa vigente, especialmente la Ley de Compras Públicas y la Ley de Procedimientos Administrativos, en contraste con la derogada Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, para determinar si la nulidad civil es aplicable a la contratación pública o si la regulación se limita a los actos administrativos preparatorios. Además, mediante el Derecho Comparado, se examina la posible aplicación de las nulidades contractuales al contexto administrativo salvadoreño.

Metodológicamente, la investigación es de tipo documental y cualitativo, como fuentes bibliográficas, normativa nacional e internacional. Los resultados muestran que, a diferencia de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones que contemplaba supuestos específicos de nulidad contractual, la Ley de Compras Pública restringe su alcance a los actos administrativos. En definitiva, el derecho común cumple un papel supletorio en materia de nulidad contractual administrativa en El Salvador.

**Palabras clave**

Nulidad; contratación administrativa; Código Civil; Derecho Administrativo; contratos públicos; Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; Ley de Compras Públicas.

**Abstract:**

The main objective of this research is to determine whether the nullities established in the Civil Code are applicable to public procurement by the Public Administration in El Salvador, taking into account both national regulations and Comparative Law. Unlike private contracts, administrative contracts are governed by principles specific to Administrative Law, oriented toward the public interest and under a special legal regime that grants prerogatives to the Administration.

The study analyzes current regulations, especially the Public Procurement Law and the Administrative Procedures Law, in contrast with the repealed Law on Procurement and Contracting of the Public Administration, in order to determine whether civil nullity applies to public procurement or if regulation is limited to preparatory administrative acts. Additionally, through Comparative Law, the study examines the potential applicability of contractual nullities to the Salvadoran administrative context.

Methodologically, the research is documentary and qualitative, using bibliographic sources and both national and international regulations. The results show that, unlike the former Procurement and Contracting Law, which included specific grounds for contractual nullity, the current Public Procurement Law restricts its scope to administrative acts. Ultimately, common law plays a supplementary role regarding contractual nullity in administrative matters in El Salvador.

**Keywords**

Nullity; administrative contracting; Civil Code; Administrative Law; public contracts; Law on Procurement and Contracting of the Public Administration; Public Procurement Law.

## CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Situación Problemática

En nuestro ordenamiento jurídico no se han fijado criterios normativos que indiquen cuál es el régimen de nulidad aplicable a los Contratos Públicos. Entonces, cuando se señala que un contrato de la Administración adolece de nulidad, no existen criterios definidos que indiquen qué reglas aplicar de ahí la necesidad imperiosa de profundizar el tema en estudio.

La nulidad es una sanción frente a la contravención de la ley por la inobservancia de requisitos establecidos en ella para la validez de los contratos, sin embargo, la LACAP, contemplaba en el artículo 101 de la LACAP, que los contratos regulados en dicha ley serán nulos cuando lo sea algunos de sus actos preparatorios o el de adjudicación o cuando concurren algunas de las causas establecidas en esta ley. Dicha disposición establecía en su literal b), que una causal de nulidad es la concurrencia de alguna infracción o prohibición sancionada expresamente con nulidad, y que la misma permitía la concurrencia de aplicar el derecho común, sin embargo la LCP, en su art.166 menciona tácitamente las formas de extinguir los contratos, no mencionando el derecho común, pero nos da una salvedad en el art. 4 que solo cuando no sea posible determinar por la letra o por su espíritu, el sentido o el alcance de las normas, conceptos o términos, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos de la Ley de Procedimientos Administrativos y del Derecho común, en cuanto fueren aplicables.

Por otra parte, si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recoge expresamente el término nulidad de pleno derecho, no especifica qué tipo de actos encajan en esta categoría, es decir, no hace referencia a los supuestos en que se concretiza dicho vicio.

En el Derecho comparado, los supuestos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho suelen recogerse en una norma sustantiva de aplicación general, o una Ley en el marco de procedimientos administrativos. No obstante, para abordar el tema de las nulidades de pleno derecho en El Salvador, ha de partirse de un dato esencial: la ausencia de una Ley que regule en términos generales qué supuestos dan lugar a las nulidades de los actos administrativos y, en especial, a las llamadas nulidades de pleno derecho, y los supuestos que se aplican a los contratos públicos atendiendo al interés públicos, ya que en el resto del sistema jurídico salvadoreño escasamente se ha abordado este concepto.

Al revisar el Derecho comparado, resulta que algunos ordenamientos han trasladado los supuestos de nulidad del Derecho Civil al Derecho Administrativo. Sin embargo, en nuestro país es necesario determinar si esos supuestos de nulidad en materia civil son aplicables a la materia administrativa.

## **1.2. Enunciado del Problema.**

Con base en lo antes expuesto se suscitan las siguientes inquietudes:

¿Podrán aplicarse las nulidades consagradas en nuestro ordenamiento jurídico del Código Civil con relación a la Nulidad del contrato de la Administración?

¿Cómo aplica el Derecho Comparado posibles formas de aplicación de las nulidades en la contratación pública de El Salvador?

¿Podrá aplicarse las nulidades contempladas y que son taxativas del acto administrativo contempladas en la Ley de Procedimientos Administrativos a los contratos administrativos?

¿Existe jurisprudencia contenciosa administrativo sobre la nulidad de la contratación pública, es decir, que tipo de actos encajan en esta categoría, los supuestos en que se concretiza dicho vicio?

¿Atendiendo a la Jurisprudencia contenciosa administrativa solo podrán ser declarados nulos los actos preparatorios o el de adjudicación y no como tal el contrato en su contenido?

### **1.3. Justificación de la Investigación**

La contratación pública es una actividad esencial del Estado salvadoreño, ya que a través de ella, se canalizan recursos públicos hacia obras, bienes y servicios de interés colectivo, permitiéndole transmitir, modificar y extinguir un vínculo jurídico, es decir, por una parte la Administración puede realizar negocios jurídicos con los particulares inmersos dentro del ámbito privado, pero también la Administración Pública puede ejecutar o realizar actos bilaterales que por su naturaleza contractual surge una relación dentro del Derecho Administrativo, y por ello es necesario que identifiquemos si esas normas jurídicas son distintas del Derecho Privado.

Los contratos administrativos, como todo contrato deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, este principio responde al cumplimiento de las obligaciones pactadas.

En El Salvador, este proceso anteriormente era regulado principalmente por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) y otras normativas complementarias. La entrada en vigor de la Ley de Compras Públicas (LCP) marca un cambio sustancial en el marco jurídico que regula estas contrataciones, con el objetivo de fortalecer la transparencia, eficiencia y sostenibilidad en el uso de los recursos públicos.

Por otra parte, en los contratos administrativos hallamos los mismos elementos que en los actos administrativos: El primero: Sujetos (competencia y capacidad): Los conceptos

"competencia" y "capacidad" integran el elemento sujeto. Ambos pertenecen a la validez del contrato, pues se exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. El segundo presupuesto: el consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista de la Administración y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce la función administrativa. La capacidad jurídica se encuentra regulada en los art.1316, 1317, 1318 C.C. Art. 24 LCP.

En la revista de Derecho Público, el autor menciona que los actos y contratos administrativos son dos expresiones más conocidas de la manera en que la Administración pública intenta servir objetivamente el interés general. (Rodríguez-Arana D. J., 2015), sino que también es necesario identificar cada uno de estas expresiones, así como en materia de nulidades, por una parte porque los actos administrativos, contempla la nulidad absoluta o de pleno derecho<sup>1</sup> que está configurada como un supuesto excepcional, reservado para las infracciones de especial gravedad, que no ampara el interés general y que, por tanto, deben de ser excluidas del ordenamiento jurídico e interpretadas con manera restrictiva debido a su carácter singular y tasado y por otra parte la nulidad relativa<sup>2</sup>, que no están reguladas como nulidad absoluta.

---

<sup>1</sup> Art. 36LPA "Nulidad Absoluta o de pleno derecho Art. 36.- Los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando: a) Sean dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la Ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados; c) Se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; d) Tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de los particulares actuaciones que resulten irreconciliables entre sí; e) Sean constitutivos de infracciones penales o se dicten como consecuencia de éstas; f) Sean contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; g) Sean dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una Sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; y, h) Así lo determine expresamente una Ley especial. Los actos viciados de nulidad absoluta o de pleno derecho, no se podrán sanear ni convalidar.

<sup>2</sup> Art. 37.LPA " Se considerarán relativamente nulos los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que no esté calificada como nulidad absoluta o de pleno derecho.

## NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el Derecho Administrativo la noción de nulidad tal como lo señala García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se reduce a las exigencias del actuar de la Administración, y que están orientadas hacia la consecución de un resultado conforme con el interés público, gozando las actuaciones administrativas de presunción de validez y solo en aquellos supuestos de gravedad máxima se aplicaría dicha sanción quedando convertida en algo residual (García de Enterría, 2008, pág. 607).

El régimen de nulidad de los contratos administrativos reviste gran importancia jurídica por sus implicaciones directas en la seguridad jurídica de los contratistas y del propio Estado, en primer lugar debido a que la Ley de Procedimientos Administrativos solo refiere a la nulidad de los actos administrativos, y la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa hace referencia que los contratos administrativos, los actos de preparación y adjudicación celebrados por la Administración pública puede ser objeto de impugnación, consecuentemente determinar si la Nulidad regulada en la Ley Compras Públicas opera solo para las nulidades de actos en la fase preparatoria o la fase integrativa o de adjudicación, más no la contratación, ya que la anulación de un contrato puede generar consecuencias como indemnizaciones por daños y perjuicios, paralización de proyectos, responsabilidades administrativas. A pesar de ello, la Ley de Compras Públicas no desarrolla con suficiente claridad o sistematicidad las causales, procedimientos y efectos de la declaración de nulidad, generando incertidumbre tanto para las entidades contratantes como para los proveedores.

Ahora bien en la Ley de Compras Públicas, no contiene disposiciones específicas sobre las nulidades contractuales, es decir, no regula expresamente el régimen de nulidades contractuales dentro de sus disposiciones, generando así un vacío jurídico en cuanto a los efectos y procedimientos para declarar la invalidez de los contratos administrativos como lo regulaba de manera taxativa la LACAP; en consecuencia, ante esta falta de regulación expresa, deben aplicarse de forma supletoria la disposición contenida en el Artículo 4 de la Ley

de Compras Públicas (LCP) instituye el principio de supletoriedad en los procesos de contratación pública. Esto significa que, en todo lo que no esté expresamente regulado por la LCP, se aplicarán de forma supletoria las disposiciones contenidas en otras leyes, especialmente la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) normativa que en sus artículos 118 y 120 desarrolla el régimen general de nulidad absoluta y anulabilidad de los actos administrativos. Asimismo, dicho artículo también remite al derecho común, es decir, al Código Civil, lo que nos permite entonces acoplarnos cuando persistan vacíos o sea necesario recurrir a normas generales sobre contratos en materia de nulidad, encontrándonos entonces en la disyuntiva si efectivamente en materia contractual solo podría alegar nulidad de la fase preparatoria<sup>3</sup> o fase integrativa o de adjudicación<sup>4</sup> que menciona la LCP.

Partiendo de ello, en nuestro país, el régimen de nulidad reviste gran importancia jurídica por sus implicaciones directas en la seguridad jurídica de los contratistas y del propio Estado, ya que la anulación de un contrato puede generar consecuencias como indemnizaciones de daños y perjuicios, paralización de proyectos, responsabilidades administrativas.

En materia de daños indemnizables causados por la Administración Pública, el marco legal salvadoreño reconoce mecanismos para la tutela efectiva de los derechos vulnerados. El artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa garantiza a toda persona el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa cuando se ve afectada por actos o actuaciones administrativas, haciendo referencia a contratos administrativos que lesionen sus derechos o intereses legítimos, incluyendo aquellos que generen daño patrimonial o moral. Complementariamente, el artículo 9 de dicha ley permite el control pleno del acto impugnado, autorizando a los jueces no solo a declarar la nulidad del acto administrativo ilegal, sino

---

<sup>3</sup> Art. 77 y 79 LCP.

<sup>4</sup> Art. 100 LCP

también a condenar a la administración al pago de una indemnización por los daños ocasionados. Esta vía judicial se articula con el artículo 59 de la Ley de Procedimientos Administrativos, el cual establece el derecho de los particulares a interponer recursos administrativos para la revisión de actos que les generen perjuicio, constituyendo una etapa previa obligatoria antes de acudir a la vía contencioso administrativa.

En ese sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo, relacionada en la sentencia<sup>5</sup> que en lo sustancial conceptualiza el término de Responsabilidad contractual, estableciendo:

*“Por otra parte, la responsabilidad contractual es la que se origina cuando se incumple una obligación concreta, previa a la actuación dañosa que un sujeto estaba obligado a satisfacerla”.*

Por tanto, al referirnos al régimen de nulidad en la contratación pública, no existe suficiente producción académica sobre este tema concreto en El Salvador, siendo necesario realizar un estudio sobre el régimen de nulidad en la contratación pública bajo el marco de la Ley de Compras Públicas en El Salvador, identificando los vacíos normativos, principios constitucionales, el derecho administrativo general, y el derecho comparado para contribuir a una mejor interpretación y aplicación del régimen de nulidad dentro del sistema de compras públicas salvadoreño.

#### **1.4. Objetivos de la Investigación:**

---

<sup>5</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia El Salvador, (2021). Sentencia 13-21-RA-SCA. de Fecha 7 de Julio de 2021.

**1.4.1. Objetivo general:**

Determinar si las nulidades reguladas en el Código Civil son aplicables a la contratación de la Administración Pública.

**1.4.2. Objetivos Específicos:**

1. Investigar si existe la jurisprudencia contenciosa administrativa respecto a las nulidades de la contratación pública.
2. Proponer, con base al Derecho Comparado, posibles formas de aplicación de las nulidades en la contratación pública de El Salvador.

**1.5. Alcances de la Investigación**

El presente trabajo de investigación abarcará una metodología que enfoca en el análisis del derecho comparado entre la legislación extranjeras con el propósito de enriquecer el estudio sobre la nulidad de los contratos públicos en El Salvador. En este contexto, se ha considerado pertinente retomar la legislación de Chile, España, Argentina y la de Costa Rica, debido a la experiencia normativa y jurisprudencial que estos países ofrecen en materia de contratación pública con respecto a nuestra legislación nacional, denotando sus principales paralelismos, ausencia de normativas y puntos donde la legislación nacional puede tomar ejemplo para la solución de casos que adolezcan de vicios de nulidad en la contratación pública.

## **1.6. Delimitación Temporal y Espacial**

El ámbito de la presente investigación en cuanto a la delimitación espacial se circunscribe al territorio de la República de El Salvador, tomando como referencia su ordenamiento jurídico en la contratación administrativa. No obstante, para efectos del análisis comparativo, se analizarán diversas legislaciones extranjeras entre ellas Chile, España, Argentina y Costa Rica, seleccionadas por su desarrollo y consolidación en materia de contratación administrativa, en relación con el tema de investigación, delimitando la presente investigación temporalmente a partir de la entrada en vigor de la Ley de Procedimientos Administrativos en El Salvador, publicada en el Diario Oficial el 23 de marzo de 2018 y vigente desde el 8 de junio del mismo año a la fecha), dado que dicha normativa introduce disposiciones fundamentales en materia de nulidad de los actos administrativos, incluyendo aquellos relacionados con la contratación pública, en lo relativo a la nulidad de los contratos públicos.

## **1.7. Metodología**

La presente investigación es principalmente de tipo documental ya que se basa en la recopilación por documentos bibliográficos (libros, libros digitales, artículos de revistas especializadas, entre otras), así como de fuentes como la normativa salvadoreña y el derecho comparado, relacionadas con el régimen de nulidad en la contratación pública. El estudio se desarrolla a través del método de análisis sistemático comparado, el cual permite examinar de forma ordenada y crítica las disposiciones contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) y la Ley de Compras Públicas de El Salvador, específicamente en lo relativo a los supuestos de nulidad de los contratos administrativos.

Una vez recolectado el material antes mencionado, se realizaron fichas de trabajo para así proceder a la segunda parte de este procedimiento investigativo: la organización del material recolectado. En esta segunda parte, se buscó discriminar el material que resultara insuficiente, innecesario o inadecuado para cubrir los objetivos de la investigación. Lo anterior, se logró mediante el estudio del material recolectado, procediendo a ordenar los documentos conforme con el aporte e importancia de estos con respecto al objetivo general y específicos del proyecto investigativo.

En el presente trabajo, se utilizarán tanto el método descriptivo como el analítico. De esta forma, se procedió a descomponer cada uno de los elementos que forman parte dentro de los supuestos de las nulidades en el contrato y si estas son aplicables al contrato administrativo. Asimismo, dichos métodos facilitarán elaborar un diagnóstico del marco legal vigente con respecto a las nulidades. La investigación se realizó desde un enfoque cualitativo. Se efectuará una combinación del método deductivo y el inductivo para, a través de los principios y conceptos fundamentales, llegar a observar lo concreto del tema objeto de investigación.

## CAPITULO II. MARCO TEÓRICO-METODOLÓGICO

### 2.1. Antecedentes del Problema

El Doctor José Antonio Calderón Martínez, en su tesis doctoral denominada “*Los Contratos Administrativos*”, es enfático en mencionar que la celebración de los contratos entre entidades públicas que convienen en el desarrollo de determinadas funciones o la gestión de ciertos servicios públicos no ofrece dificultad alguna. El problema del contrato de derecho público se presenta al analizar los actos que a simple vista son el resultado de un concurso de dos voluntades, una de las cuales es un ente público y la otra un particular; que generan derechos y obligaciones para ambas partes. De ahí que, tal como lo menciona Sánchez Morón, la Administración no solo puede alcanzar los fines de interés público mediante decisiones unilaterales e imperativas, sino también mediante acuerdos, pactos, convenios o contratos, es decir, mediante el concierto de voluntades (Sanchez Moron, 2016, pág. 591).

Marienhoff, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo* (Marienhoff, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, pág. 3), menciona que la figura "contrato" pertenece, al derecho en general, y no sólo al derecho privado, de ahí que se conciba en el derecho público, "administrativo" en la especie, agregando que el contrato aparece caracterizado por desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la Administración Pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración Pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos. Pero a pesar de estas notas especiales, el "contrato" administrativo *stricto sensu* realizado por entes públicos entre sí o entre entes públicos y administrados es perfectamente concebible.

A lo largo del tiempo, la figura del contrato administrativo se ha ido consolidando como una institución propia del derecho administrativo, adaptada a las particularidades y necesidades del tráfico jurídico público. Sin embargo, no han estado exentos de controversia los conceptos vinculados a esta figura, particularmente en torno a la distinción entre contrato administrativo, contrato público o contrato estatal. La polémica no radica tanto en la definición del contrato administrativo en sí, sino en la comprensión del contrato público como tal.

Tradicionalmente, el contrato se concibe como una relación bilateral, basada en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y su igualdad jurídica. No obstante, en el ámbito de la contratación pública, esta igualdad se ve matizada, ya que la Administración Pública, en ejercicio de su poder público, tiene la facultad de modificar unilateralmente la relación contractual mediante decisiones de carácter imperativo sustentadas en normas, reglamentos o leyes, utilizando con ello el poder estatal.

García de Enterría señala que en Francia el criterio de diferenciación entre actos de autoridad y actos de gestión fue, en su momento, el eje central para delimitar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Este criterio fue progresivamente sustituido por el criterio sustancial del servicio público, el cual se consolidó a partir de importantes decisiones jurisprudenciales. Inicialmente, esta evolución se vinculó al célebre *arrêt Blanco* de 1873, que sentó las bases para el Derecho Administrativo francés, pero fue con el *arrêt Terrier* de 1903 donde, por primera vez, se formuló de manera expresa el principio fundamental de que todo lo relacionado con la organización y funcionamiento de los servicios públicos queda sujeto a la jurisdicción administrativa. De esta evolución surge la doctrina moderna sobre los contratos administrativos, sentando las bases para su distinción respecto a los contratos de derecho privado.

LAFERRIERE por otra parte hace una observación dogmáticamente muy significativa: la de la existencia de determinados contratos que «no son actos de gestión, sino verdaderos actos de poder público, a los cuales se añade un elemento contractual» (García de Enterría, La Figura del Contrato Administrativo, págs. 103-104).

Continúa acotando García Enterría que el Derecho francés, según el cual los contratos administrativos (se entiende, los sometidos a los Tribunales contencioso-administrativos) son precisamente actos de gestión, y no de imperio, con los particulares, actos de colaboración y no de sumisión o subordinación de éstos.

Por otra parte, se sostiene que la primera caracterización que se obtiene del Derecho Francés de un contrato administrativo, por su naturaleza, está ligada a la famosa doctrina del servicio público. Y es que esta tesis, regulaba al Derecho administrativo como un derecho especial, distinto y exorbitante del Derecho Común y es que se le atribuía al contrato administrativo una vinculación de los servicios públicos y no contratos regulados por el derecho común, esta primera identificación era las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común, cláusulas que no entrarían en los tipos de los contratos civiles, dado que este era acorde a la doctrina del servicio público.

García de Enterría, en obra citada (García de Enterría, La Figura del Contrato Administrativo, pág. 110) señala que en España, el desarrollo francés de la doctrina del servicio público vino a dar un inesperado apoyo a la propia expresión legal que se refería a los contratos de la Administración, cuya competencia se atribuía a los Tribunales contencioso-administrativos como a aquellos referentes a obras y servicios públicos, surgiendo con ello el llamado contrato no civiles pero que estos iban encaminados a la utilización del servicio público, relacionado con ello las cláusulas exorbitantes incluidas por la Administración en referencia a aquellos servicios públicos.

De lo anterior se denota que la doctrina no ha sido uniforme al determinar las razones por las que se objetan o no se admite la figura de la actividad contractual del Estado, encontrándose teorías relativas a la existencia del contrato administrativos y que estas teorías no admiten la existencia del contrato administrativo.

Por ejemplo encontramos la Teoría de la Desigualdad entre las partes, estableciendo que la Administración está revestida de poder de imperio; con ello se ponen intereses de dos partes, que deben ser tratados en un plano de igualdad (Paz & Benito y Rodríguez Román, 1969, pág. 195); esto en los contratos que celebra la Administración con particulares (contratos administrativos), no puede ser posible, en tanto que la Administración representa intereses públicos, por lo que debe garantizar este interés, aún si con ello transgrede el interés privado que tiene el particular, se trata entonces de una desigualdad necesaria únicamente por ese interés (Diez M. M., 1980, pág. 310).

En El Salvador, el régimen jurídico aplicable a la contratación pública ha experimentado importantes transformaciones, especialmente a partir de la promulgación de la Ley de Procedimientos Administrativos en 2018 y, posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley de Compras Públicas en 2023.

Nuestro ordenamiento jurídico en referencia a la contratación pública tiene su ordenamiento jurídico en el cual se fijan sus principios, su régimen de contratación y su aplicación supletoria, sin embargo, no existe un régimen normativo que regule especialmente la acción de nulidad del contrato de la Administración Pública, anteriormente Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), establecía el régimen aplicable a la nulidad de los contratos celebrados por las instituciones del Estado en el marco de la contratación pública, contemplando que los contratos podrán ser declarados nulos cuando exista infracción a disposiciones legales esenciales que afecten su validez entre otras,

actualmente con la Ley de Compras Públicas que rige en materia de contrataciones estatales, sigue careciendo de una normativa especial que nos indique la declaración nulidad como una sanción legal en materia de contratación pública, surgiendo la necesidad de identificar si esa relación contractual puede adolecer de nulidad la cual tiende a identificarse con el derecho para atacar el acto mediante la acción de nulidad.

En el ámbito jurídico salvadoreño, hasta la fecha no existe jurisprudencia por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo que aborde de manera específica casos relacionados sobre la nulidad de contratos en materia de contratación pública. Las resoluciones emitidas por dicha Sala y que se han encontrado en esta investigación se han limitado, en su mayoría, a pronunciarse sobre la nulidad de actos preparatorios o el de adjudicación<sup>6</sup> previos al perfeccionamiento del contrato<sup>7</sup>, las cuales contemplaba la LACAP, como por ejemplo las bases de licitación, adjudicaciones o resoluciones administrativas dentro del procedimiento de contratación. No obstante, respecto a la nulidad del contrato ya celebrado, como acto administrativo bilateral perfeccionado, no se cuenta aún con criterios jurisprudenciales que desarrollen los efectos, procedimientos o consecuencias jurídicas específicas de dicha declaratoria.

Esta ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales impide también una adecuada armonización entre las disposiciones contenidas en la Ley de Procedimientos Administrativos y la Ley de Compras Públicas, generando incertidumbre tanto para la Administración Pública como para los contratistas privados.

De ahí que surge la necesidad de estudiar el régimen jurídico de nulidades de la contratación pública, dado que la LCP establece el Principio de Supletoriedad permitiendo

---

<sup>6</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2022), Ref. Sentencia 466-2012, de fecha 19 de enero de 2022.

<sup>7</sup> CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE ORIENTE(2017), Ref. 3F-06-15-12-16 de fecha 16 de febrero del 2017.

integrar cualquier vacío que pudiera presentarse en la aplicación en las contrataciones de la Administración Pública, recurriendo a la Ley de Procedimientos Administrativos y en el Derecho Común.

## **2.2. Marco Teórico**

En el presente trabajo de investigación, resulta necesario realizar un marco conceptual que defina los elementos determinantes de la figura de la nulidad del contrato administrativo como un mecanismo esencial a través del cual el Estado a través de sus instituciones, adquiere bienes, servicios u obras por parte del contratista y por parte de la Administración Pública. Esto permitirá conocer y entender la naturaleza de dicha figura. Sin embargo, para que estos contratos sean válidos, deben ajustarse al marco normativo vigente, regulado por la Ley de Compras Públicas (LCP), cuando se violan principios o requisitos legales esenciales, el ordenamiento jurídico establece la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o contratos administrativos celebrados.

Todos estos conceptos están interrelacionados en el marco de la contratación pública de la siguiente manera:

### **2.2.1. Administración Pública**

Surge al enmarcarla como la parte orgánica del Estado que realiza la función administrativa, donde el autor en su libro Derecho Administrativo la definió como: “La actividad que realiza el Estado fundamentalmente a través del Órgano Ejecutivo, bajo el orden jurídico de derecho público y que consiste en la creación de actos jurídicos subjetivos que crean, modifican, limitan o extinguen situaciones jurídicas particulares y en la realización de actos

materiales para cumplir con los fines o cometidos que el hombre le ha asignado (Galindo, 1997).

Marienhoff sostiene que, al referirse a la Administración Pública no lo hace desde una perspectiva orgánica o subjetiva, sino desde el punto de vista material, substancial u objetivo. Es decir, la Administración se define por la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, independientemente del órgano o del agente productor del acto o que lo haya producido. Lo esencial es el contenido y la finalidad del acto, y no quién lo emita (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 1965, pág. 40).

Casagne define la Administración Pública como una organización social dotada de personalidad jurídica y de poder público con la finalidad institucional de servir al interés general, sometiéndose plenamente al Derecho y al control judicial.

Acción del gobierno al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para conservación y fomento de los intereses públicos y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo demandado. (Martinez Morales, 1997, pág. 7).

Este término es importante pues define que la Administración Pública es el conjunto de órganos del Estado que ejercen funciones ejecutivas y administrativas y que podrán intervenir como parte contratante en la contratación pública, asegurando que sus actos deben ajustarse a la legalidad. La LCP y la LPA regulan su actuación, y si actúa sin competencia o con vicios en su voluntad, puede incurrir en nulidades.

### **2.2.2. Administrar**

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “administrar” proviene del latín *administrare*, compuesto por *ad* y *ministrare*, que significa “servir”. Etimológicamente,

por tanto, su significado es 'servir a otro'. Ello traduce la idea de "acción", "actividad", tendiente al logro de un fin. Pero el significado etimológico no es el significado jurídico, máxime si a la idea de administración se la relaciona con la actividad del Estado. (Española, 2014).

Este término permite identificar que Administrar es ejercer funciones públicas para el cumplimiento del interés general.

### **2.2.3. Administrado**

Es un término utilizado para designar al sujeto destinatario del ejercicio de las potestades administrativas, es decir, a la persona que se sitúa en una relación jurídico-administrativa como contraparte de la Administración Pública, y que suele coincidir con el término de "particular".

En los contratos públicos, el administrado es la parte contratista. La protección de sus derechos implica que pueda alegar nulidades si la administración actúa fuera de la ley.

### **2.2.4. Contrato**

La convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones (Cabanellas J. G., 1998).

En contratación pública, el contrato debe ajustarse a las normas especiales de derecho administrativo y, subsidiariamente, al Derecho Civil. La nulidad del contrato puede ser absoluta o relativa conforme al Código Civil y a la LPA.

### 2.2.5. Contrato Administrativo

Los contratos administrativos pueden definir como aquellos que celebra la administración a efecto de cumplir con un fin público, o que por cuyo medio se pretende satisfacer una necesidad pública. (Martinez Morales, 1997, pág. 44).

El contrato administrativo se entiende como aquel acuerdo bilateral de voluntades realizado entre dos o más personas jurídicas, una de las cuales es la Administración Pública actuando en función administrativa, con la finalidad de servicio público y el efecto de crear una situación jurídica individual y subjetiva. (Brewer-Carias, 2021).

El Tratado de Derecho Administrativo define el contrato administrativo como un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas (Marienhoff, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, pág. 8).

Este concepto es relevante porque enmarca aquel contrato celebrado por una entidad pública para la satisfacción del interés público, bajo normas especiales, regulado por la LCP.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha expresado que un contrato administrativo es aquel en el que concurre la voluntad de una persona jurídica estatal, contiene cláusulas exorbitantes, que tiene por objeto un fin público y que la contraparte es un sujeto de derecho que se encuentra comprometido a prestar un servicio público, teniendo un régimen especial en el derecho público con la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública hoy la Ley de Compras Públicas<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> 00271-23-ST-COPA-3CO Proceso abreviado Juzgado Tercero de lo Contencioso Administrativo. San Salvador, a las once horas con veinte minutos del siete de septiembre de dos mil veintitrés.

### **2.2.6. Contratación Pública**

Contratación pública son las compras a través de cualquier medio contractual de bienes, obras y servicios, por parte de las instituciones de la Administración Pública para satisfacer sus propias necesidades o para proveer los servicios a la población, sin que estos tengan como finalidad su comercialización o reventa. Las compras que realiza el gobierno poseen un efecto positivo en la economía, generando oportunidades para que empresas y productores ofrezcan sus bienes y servicios a precios competitivos, que luego se transforman en beneficios para los demás agentes económicos involucrados en el proceso. Debido a que los fondos gubernamentales provienen principalmente de los contribuyentes, es de suma importancia que los procesos de compra se realicen de forma efectiva y transparente y que existan las condiciones que garanticen una libre competencia entre las partes involucradas. (Economía, 2022).

La contratación pública está regulada principalmente por la Ley de Compras Públicas, y su régimen de nulidades es crucial para garantizar la legalidad y el uso eficiente de los recursos del Estado.

### **2.2.7. Acto Administrativo**

Acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, emanada de un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria. (Cassagne J. C., Derecho administrativo I, pág. 318).

La mayoría de los tratadistas de Derecho administrativo aportan su propia definición del acto administrativo, y es que la dificultad de conceptualizar el acto administrativo proviene de dos fuentes: la gran producción doctrinal y la diversidad de actos que lleva a cabo el poder

ejecutivo. Como acto administrativo se puede calificar toda actividad o función administrativa, Pero dado que ésta se realiza mediante actos jurídicos unilaterales, contratos, operaciones mercantiles, reglamentos y otras disposiciones de índole general. La coincidencia entre los doctrinarios, en lo que se refiere a que el acto administrativo es una declaración de voluntad de órgano público que produce efectos jurídicos. En términos generales, se puede decir que no son actos administrativos los que se mantienen en la esfera jurídica de la administración, sin ocasionar a esta esfera, ni a la de los particulares, ninguna modificación (Martinez Morales, 1997, pág. 3).

El acto administrativo es toda manifestación de voluntad unilateral realizada por un órgano de la Administración Pública en ejercicio de una potestad legal, que produce efectos jurídicos individuales y concretos. Según la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), especialmente en el artículo 21 establece su carácter unilateral, su vinculación con potestades administrativas, y su aptitud para generar efectos jurídicos y por otra parte el Art. 36 y 37 ambos LPA, regula la nulidad de los actos administrativos.

### **2.2.8. Acto Unilateral**

Acto jurídico es toda manifestación de voluntad emitida por una sola persona y que produce consecuencias de derecho (crea, modifica, transmite o extingue derecho y obligaciones) (Martinez Morales, 1997, pág. 4).

En materia del Derecho Administrativo encontramos ejemplo de estos actos y suelen ser unilaterales (como la convocatoria, adjudicación o resolución de un contrato).

### **2.2.9. Acto Bilateral**

Los actos jurídicos bilaterales son aquellos que para su formación requieren dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí (Martinez Morales, 1997, pág. 4).

El contrato administrativo es un acto bilateral, ya que requiere el consentimiento tanto de la Administración como del contratista.

### **2.2.10. Acto Separable**

Doctrina surgida en Francia como técnica para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa a propósito de los contratos celebrados por la Administración Pública. En aquellos supuestos en los que la Administración Pública actúa sometida al derecho privado, no pudiendo en ningún caso soslayarse su condición de sujeto público, las actuaciones desarrolladas en el seno de la organización administrativa estarán sometidas en todo caso al derecho público y, por ende, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; en cambio, las que excedan de dicho ámbito organizativo se regularán por el derecho privado y estarán sometidas al control de la jurisdicción competente. Así, en materia de contratos privados celebrados por la Administración Pública, las fases de preparación y adjudicación se separan de las de efectos y extinción de los mismos, sometidas las primeras al régimen de derecho público y las segundas al de derecho privado (DPEJ, s.f.).

Este término es usado dentro del procedimiento contractual, existen actos que, aunque forman parte del proceso general, pueden separarse y anularse independientemente. Estos son los llamados actos separables, como la resolución de adjudicación. La nulidad de estos actos puede conllevar la nulidad del contrato.

### **2.2.11. Derecho Administrativo**

Por tal ha de entenderse el conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 1965, pág. 82).

El Derecho Administrativo regula las relaciones entre la Administración Pública y los administrados, incluyendo los contratos que la Administración celebra en ejercicio de sus competencias.

### **2.2.12. Derecho Civil**

Rama del derecho que estudia las personas, los bienes y derechos reales, la familia, las obligaciones, los contratos y sucesiones (Bernal, 200, pág. 17).

En el Derecho Civil regula las relaciones entre particulares, pero se aplica de manera supletoria a los contratos administrativos cuando las normas administrativas no regulan el caso específico (art. 4 LCP).

El Código Civil de El Salvador, en sus artículos 1553 y 1554, regula las formas de nulidad contractual.

### **2.2.13. Nulidad**

Carencia de valor. Falta de eficacia. Incapacidad. Ineptitud. Persona inútil. Inexistencia. Ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto;

lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. (Cabanellas J. G., 1998, pág. 216). Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos.

Este término es utilizado como una sanción legal que priva de efectos jurídicos a un acto por contravenir normas imperativas.

#### **2.2.14. Nulidad Absoluta o de pleno derecho**

La del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar. (Cabanellas J. G., 1998, pág. 216).

La nulidad absoluta o de pleno derecho se origina con el nacimiento del acto, cuando el mismo va en contra de una norma que integra el orden público. El Acto nulo absoluto es asimilado al inexistente, y por ello, se sostiene que no produce efecto legal alguno. (Miramón Parra, pág. 76).

El término de nulidad absoluta o de pleno derecho en materia administrativa, es aquella que la Administración Pública en cualquier momento o a instancia del interesado puede ser declarada de oficio (art.118 LPA). En el Código Civil la nulidad absoluta ocurre cuando falta un requisito esencial del contrato (art. 1546).

#### **2.2.15. Nulidad Relativa**

La nulidad relativa o anulabilidad. Al igual que la absoluta, el acto nace viciado desde el nacimiento, pero produce plenamente sus efectos, mismos que se anularán una vez que el juez

declare la nulidad. Sólo puede ser invocada por las personas en cuyo favor la establece la ley y es susceptible de convalidarse por confirmación o por prescripción (Miramón Parra, pág. 76).

La nulidad relativa protege intereses particulares y debe ser invocada por la parte afectada, por ejemplo, cuando hay error, dolo o violencia (art. 1547 del Código Civil).

El estudio del régimen de nulidades en la contratación pública salvadoreña implica el análisis integrado del Derecho Administrativo, el Derecho Civil y la legislación especial como la Ley de Compras Públicas y la Ley de Procedimientos Administrativos, en la cual se articulan conceptos fundamentales como los actos administrativos (unilaterales, separables), los contratos (bilaterales, administrativos), y las sanciones de nulidad (absoluta o de pleno derecho y relativa). Su adecuada comprensión requiere considerar la Ley de Compras Públicas, la Ley de Procedimientos Administrativos, y el Código Civil, garantizando así que los procesos de contratación pública respeten el principio de legalidad, la transparencia y el interés público.

## CAPITULO III. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 3.1. Noción de los Contratos Administrativos

El derecho administrativo es una rama del derecho público y ello es así, porque estudia la administración como sujeto y por la naturaleza de la actividad que ésta desarrolla. Además, la administración actúa investida con sus prerrogativas, por ello, lo hace colocándose de forma superior frente al particular, lo que hace que las normas pertinentes a la actividad sean de subordinación y no de coordinación como son las normas de derecho privado.

La administración dentro del Estado de derecho debe estar sometida al ordenamiento jurídico, a efecto de salvaguardar los derechos públicos subjetivos. El obrar del Estado requiere de la colaboración voluntaria de particulares y otros entes públicos, ya sea en forma amplia o sea por medio de un acuerdo creador o en forma limitada, es decir, por adhesión. Enrique Sayagués cuestiona que la relación con la administración pública pueda considerarse como contrato propiamente dicho, en tanto ella actúa a través de actos unilaterales y solo exige la adhesión o consentimiento del administrado; además de ello, los actos administrativos gozan de unilateralidad.

Para Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la Administración actúa mediante el ejercicio de sus potestades con el fin de satisfacer el interés general. (Eduardo & Fernández). Dicha cuestión rige su actuación en el ámbito contractual, teniendo en cuenta que el contrato administrativo es un instrumento fundamental para lograr dicho objetivo.

En efecto, al igual que los particulares la Administración pública, celebra contratos, por la necesidad que tiene de obtener insumos y materiales para ejecutar los diferentes objetivos que las leyes prevén y que normalmente están identificados con la labor de realización de interés general. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2014, pág. 231).

Ahora bien, el contrato es la técnica por medio de la cual los administrados colaboran con la administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, entre otros. Quien contrata con la administración pública no es un contratista ordinario sino un colaborador que coopera en la ejecución de asuntos públicos, aún actuando en situaciones de subordinación económica jurídica respecto de las personas públicas, de ahí que estos contratos de colaboración se definen como aquellos en que el contratante se obliga hacia el Estado a realizar una prestación que directa e inmediatamente tiende a facilitar el cumplimiento de las funciones esenciales o específicas del Estado.

Se les llama de diversa forma a los contratos administrativos así podemos mencionar “contratos administrativos” “contratos del Estado”, “contratos públicos”, “acuerdos administrativos”, “contratos de la Administración”, y “contratos en la función administrativa”. Se determina que se les denomina indistintamente “contrato administrativo” o “contratos de la administración”, pues no se comparte la distinción entre contrato administrativo y contrato privado o civil de la administración, en virtud de que el Estado posee una personalidad única y se rige fundamentalmente por el derecho público.

Para el autor Dromi, hace énfasis a la conceptualización sobre que este es un Contrato de la Administración o contratos administrativos y están regidos predominantemente por el derecho público, pero los hay también regidos en parte por el derecho privado y con un régimen jurídico es del derecho público y que en la práctica no van titulados como "administrativos o privados". (Dromi, 1994, pág. 296)

Para llegar a una definición específica de contratos administrativos, llamados también por la doctrina contratos públicos, es imperante efectuar un análisis de los diferentes criterios emanados sobre estos, por parte de varios autores, así, se consolidará una definición doctrinaria y jurídica, con sustento en las diferentes definiciones desarrolladas.

Como una noción doctrinaria e introductoria partimos del concepto de Sánchez Morón menciona que la Administración no solo puede alcanzar los fines de interés público mediante decisiones unilaterales e imperativas, de carácter normativo o no, sino mediante, acuerdos, convenios o contratos, utilizando siempre el concierto de voluntades con otros sujetos (Sanchez Moron, 2016, pág. 591).

Partiendo de tal circunstancia entenderíamos que el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades de dar, hacer o no hacer, entre mínimo dos partes que posee la particularidad de que, al menos una de esas partes, se refiere a la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones y la otra parte que puede ser un particular; por lo tanto, este contrato se va a regir por las normas que integran el régimen de contratación administrativa, el cual está vinculado a un conjunto de normas y procedimientos que regulan la forma en que la Administración Pública interactúa en el tráfico jurídico, sea en la prestación de un bien o servicio necesarios para dar cumplimiento y satisfacción a los intereses públicos.

Y es que al considerar que la contratación administrativa debe de responder a los objetivos de interés público, partiendo que los mismos una vez celebrados pueden modificarse y que tal interés adopta una forma vigilante.

Cada uno de estos contratos cuenta con elementos en común que deben cumplirse para que pueda existir y ser efectiva la relación contractual. Es lógico que, el Estado debe figurar como parte, y será quien determine los lineamientos para la realización del Acto contractual, por ello los contratos cuentan con sus elementos y principios. En el caso de sus elementos establece requisitos de forma y fondo para establecer el contrato y por ello deben concurrir para la real existencia y aplicabilidad contractual, como lo es el sujeto, la voluntad, el consentimiento, el objeto, la causa y la finalidad que estructuran el acto en sí de la contratación. Por ello, tales elementos junto a sus características deben ir aparejados con el valor que les

otorga los principios que rigen la actividad administrativa. Conocida por nosotros como el Acto Administrativo, del cual se ha hablado dentro de la presente investigación.

Los principios al referirnos a reglas estrictas tanto de forma como fondo le permiten darle robustez al contrato, debido a que éstos sustentan las pretensiones y las hacen efectivas. Por ejemplo, el principio de legalidad permite fundamentar, según la ley formal, toda la estructura del contrato mismo. El principio de mutabilidad le ofrece seguridad al Estado ante situaciones que puedan suscitarse, y le concede la aptitud para modificar el contrato con fin de no poner en riesgo la realización de este y la seguridad de prestar el servicio.

“El problema de los principios generales del Derecho ha sido enturbiado por que se le ha pretendido identificar con valores extrajurídicos provenientes del Derecho Natural establecido por leyes extrahumanas o de una voluntad superior a la de los hombres. Estos principios extrajurídicos no pueden tener validez para el Derecho porque se presupuestan en algo que no provienen de la juridicidad. Mucho de estos principios extrajurídicos a veces se identifican con otros en la conciencia cultural de una determinada época histórica, pero estos son producto de la vida social del hombre y en forma alguna de una voluntad superior. El Derecho, sin desconocer la importancia que estos principios tienen sobre la conducta de los hombres, los reconoce cuando se presupuestan en la juridicidad y son creaciones de la cultural y la coexistencia humana (Fiorini, 1968, pág. 73).

Marienhoff argumenta en su libro “Tratado de Derecho Administrativo” que: El contrato tiene como punto de partida su diferenciación con el convenio, por considerar a éste el género y al primero la especie; en este contexto, contrato viene a ser el convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial; para decirlo con las palabras de Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: “El contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral”. (Marienhoff, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en su artículo 1 que será de conocimiento de esta materia, todos los actos u omisiones que se deriven de la Administración Pública o los concesionarios sujetos al Derecho Administrativo; también, establece en los artículos 2 y 3, los tipos de pretensiones que pueden ser deducidas en este ámbito, entre las que se destaca como novedad los contratos administrativos. Específicamente el art. 5 de la LJCA, prescribe: "Podrán ser objeto de impugnación los contratos administrativos, así como los actos referidos a su interpretación, ejecución y extinción. También serán impugnables los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por la Administración Pública."

Por otra parte, la jurisprudencia salvadoreña establece de acuerdo con la doctrina y adoptando la definición del autor Miguel S. Marienhoff "señala que los contratos administrativos pueden definirse como "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas"<sup>9</sup>.

*Es decir, que el objeto de los contratos administrativos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz.*

*En las contrataciones administrativas siempre se crean para cada una de las partes obligaciones y derechos, los cuales son requeridos para un desarrollo armónico del objeto contractual"<sup>10</sup>.*

La figura "contrato" pertenece, pues, al derecho en general, y no sólo al derecho privado. De ahí que también se la conciba en el derecho público, "administrativo" en la especie,

---

<sup>9</sup> MARIENHOFF, Miguel S., (citado por la Corte Suprema de Justicia), El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 27.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004, op. cit. p. 27-28.

si bien en este último supuesto el contrato aparece caracterizado por las respectivas notas propias de este último derecho: desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la Administración Pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración Pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos. Pero a pesar de estas notas especiales, el "contrato" administrativo stricto sensu - realizado por entes públicos entre sí o entre entes públicos y administrados- es perfectamente concebible<sup>11</sup>.

La Jurisprudencia, toma relevancia la actuación de la Administración pública manifestada en los contratos administrativos, es decir, en actos bilaterales, refiere al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha manifestado que “en el contrato administrativo, una de las partes, la Administración del Estado, debe actuar dentro de su giro y competencia específica; la contraparte es un sujeto de derecho o ciudadano, comprometido a la prestación de un servicio público. Puede decirse entonces que el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público, y que contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, además, privilegios a favor de la Administración que no concurren en los contratos calificados de privados”. Esa diferencia de régimen del contrato administrativo con el civil, que permite a la Administración manifestar su supremacía sobre el contratista —siempre respetando los derechos del administrado basados en un Estado de Derecho— tiene un claro origen procesal que se traduce al privilegio de decisión ejecutoria con que cuenta la Administración.

La doctrina claramente reconoce dentro de este tipo de prerrogativas, la potestad interpretativa que tiene la Administración, consistente en la potestad de interpretación unilateral

---

<sup>11</sup> Existe una teoría iusadministrativa del contrato, caracterizada por las modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración Pública en la institución contractual (García de Enterría: "La figura del contrato administrativo", en "Revista de Administración Pública", nº 41, Madrid 1963, páginas 112, 115 y 128

de los contratos administrativos, basada, entre otras argumentaciones, en que las cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la propia Administración y, por tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer la auténtica voluntad de esta. En definitiva, la interpretación de la Administración vincula ejecutoriamente al contratista desde el momento en que son emitidas en los términos y cumplidos los trámites señalados”<sup>12</sup>.

De igual forma, dicho tribunal ha establecido que “el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto es un fin público. En el contrato administrativo, una de las partes, la Administración del Estado, debe actuar dentro de su giro y competencia específica; la contraparte es un sujeto de derecho o ciudadano, comprometido a la prestación de un servicio público”.

Los contratos administrativos contienen las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho privado. Estas cláusulas exorbitantes —como son llamadas en la doctrina— se establecen a efecto de dotar a la contratación administrativa de efectivos medios para el cumplimiento de su función, pero en todos los casos bajo el más estricto cumplimiento del principio de legalidad, tema que más adelante desarrollaremos.

Esa diferencia de régimen del contrato administrativo con el civil, que permite a la Administración manifestar su supremacía sobre el contratista siempre respetando los derechos del administrado basados en un Estado de Derecho— tiene un claro origen procesal que se traduce en el privilegio de decisión ejecutoria con que cuenta la Administración”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias, con Ref. 339-2010, de fecha 11-IV-2014, ref. 408-2007, de fecha 05-XI-2012 y 250-2009, de fecha 10-XII-2014).

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia, Ref. 473-2007, de fecha 03-II-2014.

“No todo contrato suscrito por un órgano del estado o entidad pública es un contrato administrativo, cuando aquéllos concurren a su suscripción, sin el imperio y supremacía de un ente estatal, estamos ante contratos de naturaleza privada”.

“Como se logra deducir, no todo contrato suscrito por un órgano del Estado o entidad pública es, de forma indefectible, un contrato administrativo, sujeto al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, cuando aquéllos concurren a su suscripción, sin el imperio y supremacía de un ente estatal, estaremos entonces ante contratos de naturaleza privada, cuyo incumplimiento y controversias, son competencia de la jurisdicción civil y mercantil, laboral u otra”<sup>14</sup>.

Importante mencionar que el Dr. Calderón Martínez en su obra Los contratos Administrativos, refiere que la celebración de los contratos entre entidades públicas que convienen en el desarrollo de determinadas funciones o la gestión de ciertos servicios públicos no ofrece dificultad alguna. El problema del contrato de derecho público se presenta al analizar los actos que a simple vista son el resultado de un concurso de dos voluntades una de las cuales es un ente público y la otra un particular; que generan derechos y obligaciones para ambas partes existiendo objeciones que se han formulado para negar la existencia de los contratos de derecho público, pues en primer lugar se basa en la desigualdad de las partes, por considerar que el Estado es una entidad soberana no se concibe que se vincule contractualmente supeditando el interés público a un interés privado, agregándose que aun cuando existiere igual, la relación contractual tendría carácter civil y no administrativo, refuerza lo anterior con la doctrina italiana, que sostiene que esa desigualdad impediría aquella equivalencia de voluntades que es condición indispensable para que puedan unirse y constituir un acto jurídico, advirtiendo que esta doctrina no está claramente definida, más sin embargo, al hacer referencia a la igualdad jurídica entre los

---

<sup>14</sup> Opc.cit.

contratantes, no implica la inexistencia de los contratos administrativos por la circunstancia de desigualdad en razón de que esta desigualdad no aludía a la voluntad de las partes, si no al intereses del contratante, mencionando el cocontratante<sup>15</sup>, que persigue la satisfacción de su propio interés, mientras que la Administración pública persigue un interés público o general, o como él lo menciona un interés social que prevalece sobre el interés privado.

Agustín Gordillo, refiere que existen distintas orientaciones a la existencia misma de los contratos administrativos. En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por ejemplo la solución todavía imperante en la doctrina alemana. En una segunda orientación, hasta hoy dominante, se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país de que se trate.

En general prevalece la idea de que un contrato celebrado por la administración puede ser un contrato administrativo en virtud de una cualquiera de las siguientes causas:

a) Por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

b) También puede reconocerse carácter de “contrato administrativo” al celebrado por la administración bajo “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatistas.

---

<sup>15</sup> Particular que contratante con la Administración Pública.

c) Por fin, aunque un contrato celebrado por la administración no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere al funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, el contrato de concesión de servicios públicos) o si tiene por objeto asociar al contratante a la gestión de un servicio público (Gordillo, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo, 2015, pág. 808).

Por una parte el autor Julio Rodolfo Comadira en su Curso de Derecho Administrativo, establece la conceptualización del contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto es un fin público o propio de la Administración y/o contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Coviello), y el encuadramiento de los actos relacionados con los contratos en el marco normativo de las disposiciones generales previstas para aquéllos, habida cuenta la inexistencia, respecto de éstos, de una regulación específica propia (Rodolfo & Escola, pág. 18).

Es de denotar que la locución “contrato administrativo”, algunos autores lo toman como sinónimo de “contrato público”, el cual es utilizado en los ordenamientos europeos, sin lugar a duda está regido fundamentalmente por el Derecho Público, en donde nace la prerrogativa del *IUS VARIANDI*.

La jurisprudencia salvadoreña ha hecho referencia en cuanto al *IUS VARIANDI* en los contratos administrativos, de ello retomaremos lo siguiente:

*“Es así que en ellos surgen situaciones que caracterizan a las instituciones del Derecho Administrativo, como el llamado ius variandi o el poder de modificación unilateral del objeto del contrato, en la medida que el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque de otro modo sería la propia*

*comunidad la que habría de padecer las consecuencias, desconociendo que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”.*

*Esta misma característica es la que configura en los contratos de concesión la posibilidad de la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que colocan a la Administración Pública en clara ventaja y primacía sobre el particular con quien contrata, a tal grado que aquella puede incluso "recuperar" o "rescatar" el servicio prestado por éste a fin de garantizar su continuidad o efectiva prestación del mismo de cara al interés general. Por consiguiente, tales contratos se configuran como contratos de adhesión a cuyas cláusulas se somete sin discusión una de las partes, cuyo contenido no se puede negociar y que afecta al concesionario de forma vinculante, como se ha establecido previamente”<sup>16</sup>.*

*Se reconoce históricamente que los contratos administrativos son de dos tipos:*

- a) Los contratos de derecho común. Son aquellos en que la Administración pública actúa bajo las reglas del derecho privado, como cualquier sujeto particular, como sucede en el arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento de órganos administrativos<sup>17</sup>.*
- b) Los contratos administrativos propiamente dichos. Son reconocidos principalmente por la Ley de Adquisición y Contrataciones de la Administración Pública, que instituye un régimen de Derecho público con características especiales.*

Es importante señalar que los contratos administrativos se encuentran sometidos a un régimen jurídico específico, regulado por el Derecho Público, particularmente por el Derecho Administrativo. Este marco será abordado en detalle en los capítulos siguientes, tomando en consideración que los contratos celebrados por la Administración del Estado con personas

---

<sup>16</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia 1052-2002, 31/X/2010

<sup>17</sup> La Ley de Adquisición y Contrataciones de la Administración Pública establece en el Art.24, deben de regirse por Derecho Común, en virtud de los intereses públicos.

naturales o jurídicas habían estado tradicionalmente regidos por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) y, más recientemente, por la Ley de Compras Públicas (LCP). Asimismo, en los apartados posteriores se desarrollarán los criterios que permiten distinguir entre contratos civiles y contratos administrativos, así como un análisis de las nulidades en el ámbito civil y administrativo, con el objetivo de proporcionar una comprensión integral de las diferencias sustantivas entre ambos regímenes y su aplicación en la contratación pública.

### **3.2. Acto Jurídico Bilateral**

Los contratos que celebra la administración son la principal muestra de los actos administrativos consensuales o bilaterales, que, por constituir actividad administrativa, están sometidos a los principios constitucionales que rigen la función administrativa, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado; así como están sometidos los actos que la administración dicta en ejercicio de sus facultades unilaterales. La distinción está, en que los contratos como actos administrativos bilaterales, además de estar subordinados por dichos principios de actuación administrativa, están sometidos en igual forma, a los principios que regulan la actividad específica de contratación, lo cual determina la existencia de unos procedimientos y una regulación particular de dicha actividad. (Güechá Medina, 2007, pág. 121).

Los contratos que celebra la administración, además de estar frente a actos administrativos bilaterales, se nos muestran como actos administrativos reglados, en la medida que los contratos para su formación deben surtir unos procedimientos específicos, que caracterizan a los actos reglados, en donde por mandato legal se determina la competencia de

la autoridad para expedir el acto y además como debe actuar en el proceso de expedición de este.

Los contratos administrativos, se alejan de la facultad discrecional de la administración y se enmarcan dentro de una actividad reglada de la misma, en cuanto a competencia y trámite de estos, ya que existe una regulación previamente establecida por mandato legal, que circunscribe la actuación de la administración y del particular involucrados en dicha actividad.

Partiendo de lo anterior y retomando lo expresado por el Doctor (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 256), es un acto jurídico donde concurren, por una parte, una Administración investida de potestades (sea centralizada, descentralizada, Municipal, etc.) para el cumplimiento de las cláusulas contractuales; y por otra parte, una persona natural o jurídica que se le denomina contratista; tal autor cita con respecto a la bilateralidad al autor FERNÁNDEZ RUIZ, que existen posturas negatorias de la categoría de los contratos administrativos, pero que la doctrina italiana expresada por RONELLETTI Y ALESSI, sostiene que los contratos administrativos eran meros actos unilaterales; y llega a la conclusión que no pueden ser unilaterales, por dos motivos, el primero por haberse diferenciado entre libertad de contratación y libertad contractual; la segunda porque los contratos administrativos son sinalagmáticos, es decir existen derechos y obligaciones recíprocas, aun cuando se tienen carácter asimétrico el contratista frente al ente administrativo contratante.

### **3.3. El Marco Legal de los Contratos Públicos en El Salvador**

La contratación pública es toda gestión de compra que realiza el Estado, principalmente, de obras, bienes y servicios que permiten a los gobiernos la implementación de sus políticas públicas, los planes y las estrategias de desarrollo, propiciando de esta manera

condiciones para generar empleo, inversión y crecimiento económico. En este contexto, los gobiernos deben garantizar procesos competitivos, eficaces, transparentes y eficientes, definiendo claramente requisitos formales que no constituyan barreras ni obstáculos para los competidores.

Nuestro sistema legal, antes del año 2000, carecía de una ley que regulara los actos administrativos como son los de adquisición y contratación de la administración pública; y ante tal carencia, es como nace la LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LACAP).

El artículo 234 de la Constitución de la República constituye el fundamento jurídico para la creación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), al establecer que las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios que realice el Estado deben someterse, como regla general, a procesos de licitación pública, salvo las excepciones que la ley determine. Este precepto consagra el principio de transparencia y eficiencia en el uso de los fondos públicos, al exigir procedimientos que garanticen la correcta administración de los recursos del Estado mediante la selección de contratistas idóneos. Dichos contratistas deben presentar ofertas que satisfagan adecuadamente los fines públicos e institucionales que se persiguen con cada contratación.

Sin embargo, El Salvador ha impulsado un nuevo marco normativo que hace referencia a la Ley de Compras Públicas<sup>18</sup> en sustitución de la LACAP, generando grandes retos, tanto

---

<sup>18</sup> Existe una pluralidad de términos para hacer referencia a este tipo de erogaciones del Estado, como Compras Públicas, Compras Gubernamentales, Contrataciones Públicas, Compras del Estado, Adquisiciones Públicas, etc

para la Administración Pública, como para el administrado, por lo que la Ley de Compras Públicas (LCP) entró en vigencia el 10 de marzo de 2023<sup>19</sup>.

Actualmente las normas de contratación administrativa son objeto de revisión periódica y es común encontrar propuestas que centran su atención en el interés exclusivo de uno de los actores que participan en dicha contratación, especialmente los intereses de las entidades contratantes o de los proveedores. Sin embargo, consideramos que los intereses involucrados en cada uno de los contratos de la Administración Pública, en realidad no se circunscriben a los de la entidad contratante y del proveedor, sino que, por igual y con la misma intensidad, están presentes los intereses de otros actores; todo lo cual justifica un tratamiento integral en los procesos de perfeccionamiento normativo, de modo que se evalúe cada propuesta normativa en función al impacto que tendrá en el conjunto de los intereses involucrados. (Salazar Chávez, 2004, pág. 36).

Carlos Expósito Vélez<sup>20</sup> considera que contrato administrativo es: “la relación comercial, de tipo bilateral, que celebra la Administración con el particular colaborador, por un precio determinado y para la satisfacción del interés público como contraprestación y finalidad al mismo tiempo, previo el análisis selectivo del contratista si la ley así lo exige.”

### **3.4. Evolución del Régimen Jurídico de la Contratación Administrativa en El Salvador**

Uno de los antecedentes que se considera en nuestro país como parte del contrato, específicamente el de concesión de servicios públicos para construir vías ferroviarias, es en el

---

<sup>19</sup> Decreto 652, D. O. N° 43 Tomo N° 438 Fecha: 2 de marzo de 2023

<sup>20</sup> La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español”, Pág. 256, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

año de 1865, el primer contrato celebrado con la compañía “The Salvador Railways Company”, permaneciendo hasta el siglo XIX.

En 1939, surge la primera Ley de Suministros, misma que fue de poca aplicación, derogándose pocos años después en 1945 por una misma normativa del mismo nombre (D.L. No. 280 de fecha 1 de diciembre de 1945, publicado en el D.O No. 283, Tomo 139 del 26 de diciembre de 1945), la cual perduró junto con su reglamento hasta el año 2000. La principal característica de la Ley de Suministros (1945) era la centralización, creándose un órgano encargado de gestionar los procedimientos de contratación y ejecución. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 14).

Posteriormente, se formalizó un contrato de concesión de servicios de obra pública con la compañía estadounidense *International Railways of Central America*, con el objetivo de completar la construcción de la red ferroviaria que conectaría el puerto de Acajutla con el puerto de Cutuco. Esta concesión se mantuvo vigente hasta el año 1975. A partir de entonces, la administración de la infraestructura ferroviaria fue asumida por la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA), la cual gestionó el sistema a través de la empresa pública Ferrocarriles Nacionales de El Salvador (FENADESAL) (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, págs. 258-259).

Es a partir de la modernización de los contratos administrativos que en nuestro país surge la LACAP el 29 de junio del año 2000, conformando principios rectores del Derecho Administrativo, como la no discriminación, la publicidad, la libre competencia y la transparencia. Asimismo, se crean componentes operativos como el **Sistema Electrónico de Compras Públicas (COMPRASAL)** que según la letra h) del art. 7 LACAP, debía “estar a disposición de las instituciones de la administración pública, ofertantes, proveedores y contratistas” y

constituirse como el medio electrónico institucional de acceso público. En él se publicarían los siguientes datos: “un banco de información que contenga los datos de todos los proyectos, adquisiciones y contratos realizados, en ejecución y pendientes; los proveedores de dichos servicios y obras; auditorías realizadas por las instituciones competentes”, el cual “se mantendrá permanentemente actualizado al público”.

Por otra parte, el **Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones (RNAC)**, regulado en el artículo 13 de la LACAP, debe contener información sobre: (i) ofertantes (consultores, suministrantes de bienes, prestadores de servicios, contratistas de obras) y contratistas; (ii) documentos relativos a los procesos de adquisición y contratación pública; (iii) incumplimiento de los contratistas (art. 15 LACAP); y (iv) los expedientes consolidados de las adquisiciones y contrataciones de la administración pública (art. 15 LACAP).

En el marco del fortalecimiento institucional de los procesos de contratación pública, en el año 2000 se creó el Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones (SIAC), conforme a lo dispuesto en el artículo 10-BIS de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP). Este sistema fue concebido como un conjunto coordinado de órganos, instrumentos y normativas destinadas a mejorar la eficiencia y transparencia en las adquisiciones del Estado. El SIAC estaba conformado por: **(i) la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC), (ii) las Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI), (iii) las disposiciones legales y técnicas aplicables, y (iv) el sistema electrónico COMPRASAL, que integra el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones (RNAC).**

Se realizaron modificaciones a diversos elementos que debían armonizarse con los principios rectores, entre ellos el ámbito de competencia y aplicabilidad de la norma, sus

exclusiones, así como las atribuciones y otros componentes tanto de la UNAC como de las UACI.

Estos avances fueron reforzados mediante diversas reformas posteriores<sup>21</sup>, siendo la más profunda en el año 2011. Dichas modificaciones contribuyeron al fortalecimiento de la aplicación y eficacia del marco normativo, permitiendo su adaptación a las necesidades cambiantes del país. Como resultado, esta normativa se mantuvo vigente durante un periodo aproximado de 23 años.

No obstante, el contexto normativo en materia contractual se vio significativamente impactado por la emergencia sanitaria mundial ocurrida en 2019, particularmente en el ámbito nacional con la pandemia de COVID-19. Esta situación propició la promulgación de instrumentos específicos y la creación de disposiciones legales, como la Ley Simplificada de

---

<sup>21</sup> La LACAP sufrió 10 reformas siendo la reforma más profunda en el año 2011 en donde se hizo énfasis en el papel de los solicitantes para definir necesidades y determinar de forma clara el objeto contractual (Art. 20 Bis LACAP), las incapacidades para contratar se ampliaron a incapacidades para ofertar y contratar (Art. 25 LACAP), se aclaró quiénes eran los impedidos para ofertar (Art. 26 LACAP), se estableció un plazo de devolución de las garantías que ya no tuvieran objeto (Art. 31 LACAP), se introdujo la garantía de buen servicio, funcionamiento o calidad de bienes (Art. 37 Bis LACAP), se pretendió darles facilidades a las PYMES y MIPYMES (Arts. 39 A, B y C LACAP), se establecieron nuevos montos para contratar (Art. 40 LACAP), dejando por cierto una franja no regulada que la UNAC ha pretendido definir por medio de instructivo diciendo que es libre gestión cuando la Constitución manda que sea licitación pública, se eliminó la licitación o concurso público por invitación (Arts. 66 y 67 LACAP), se establecieron nuevas causales de contratación directa (Art. 72 LACAP) una de las cuales ya se declaró inconstitucional por violar el artículo 234 de la Constitución, se dijo que de los actos administrativos deberían notificarse los que sean susceptibles de notificación (Art. 74 LACAP) demostrando una grave ignorancia pues todo acto administrativo debe ser notificado para surtir efectos, se estableció que el recurso de revisión se aplicaría a todos los procedimientos de contratación (Art. 76 LACAP) norma que ha sido desconocida incluso por la UNAC, se legalizó la figura del administrador del contrato confiriéndole determinadas atribuciones (Art. 82 Bis LACAP), la prórroga de contratos rutinarios se amplió de contratos de servicios incluyendo los contratos de suministro (Art. 83 LACAP), se amplió la facultad de órdenes de cambio a todo contrato pues antes estaba únicamente para el contrato de obra pública (Art. 83-A LACAP), se sustituyó el contrato de obra pública llave en mano por el contrato de diseño y construcción (Art. 105 LACAP), se estableció un procedimiento de imposición de las sanciones de multa, caducidad e inhabilitación (Art. 160 LACAP), prácticamente se eliminó el arreglo directo y el arbitraje dejando la vía judicial para solucionar conflictos (Arts. 161 y siguientes LACAP), entre otras modificaciones.

Adquisiciones para Obras Municipales<sup>22</sup>, las cuales introdujeron excepciones al régimen especial para la realización de adquisiciones y contrataciones de la Dirección Nacional de Obras Municipales. Estas medidas respondieron a la necesidad de agilizar los procesos de adquisición de bienes y servicios esenciales ante la situación de emergencia.

A partir del año 2023, se produce la derogatoria la LACAP y se promulga la Ley de Compras Públicas (LCP), introduciendo nuevos mecanismos de contratación, modificaciones terminológicas y la creación de nuevos órganos encargados de la gestión de compras públicas. Esta normativa entró en vigor el 10 de marzo de 2023. En su artículo 191, la LCP dispone expresamente la derogatoria del Decreto Legislativo No. 868, de fecha 5 de abril de 2000, publicado en el D.O. No. 88, Tomo No. 347, de 15 de mayo de 2000, que contenía la LACAP.

Aunque la LCP establece la Dirección Nacional de Compras Públicas (DINAC) como una instancia de operatividad de la LCP, su creación se realizó de manera independiente, por medio del DL No. 653 del 25 de enero de 2023.<sup>23</sup>

El régimen de compras públicas en El Salvador ha experimentado un proceso evolutivo, caracterizado por la coexistencia de diferentes marcos normativos. Si bien la promulgación de la Ley de Compras Públicas (LCP) en 2023 marcó un hito importante en la regulación de los procesos de adquisición de bienes y contratación de servicios por parte de la Administración Pública, esta no surgió en un contexto normativo aislado. La LCP reemplazó formalmente a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), vigente desde el año 2000, así como a otros marcos normativos específicos creados en etapas previas para

---

<sup>22</sup> Ley Simplificada de Adquisiciones para Obras Municipales, No.215, (23-11-2021), D.O.223, Tomo 433.

<sup>23</sup> Decreto publicado en el DO No. 43, Tomo No. 438 del 2 de marzo de 2023.

atender necesidades particulares, como la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de COVID-19.

En la actualidad, el régimen jurídico aplicable a las compras públicas no se encuentra completamente centralizado en torno a la nueva LCP, sino que mantiene un carácter descentralizado debido a la coexistencia con normativas especiales emitidas con anterioridad.

Por ello, el marco normativo vigente se estructura de la siguiente manera:

- **Ley de Compras Públicas (LCP):** Constituye la norma principal y el régimen general que regula las adquisiciones de bienes y la contratación de servicios de la Administración Pública.
- **Normativa especial vigente:** Comprende aquellas leyes emitidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCP, algunas de las cuales aún se mantienen activas mientras subsista el objeto o finalidad para la que fueron creadas, aunque otras han perdido vigencia al haber cumplido su propósito específico.

### 3.4.1. Marco Normativo Constitucional

Resulta necesario que, partiendo del antecedente de contratación pública, en nuestro país, dicho tema sea analizado a la luz del marco constitucional. En ese sentido, el art. 23 de la Constitución reconoce el principio de libertad de contratación entendido como la facultad de toda persona para asumir libremente obligaciones jurídicas. Este principio establece la base fundamental sobre la cual se desarrollan los regímenes normativos en materia de contratación pública. La manifestación de voluntad de obligarse es un elemento esencial de todos los contratos, de los cuales los contratos públicos son una especie, por tanto, también en estos es menester una libre manifestación de voluntad para obligarse, y para que esta exista, debe

haber claridad en las condiciones contractuales. (Barriere Ayala, “El Marco Legal de los Contratos Públicos en El Salvador, 2015).

Juan Carlos Expósito Vélez define que contrato administrativo como: “la relación negocial, de tipo bilateral, que celebra la Administración con el particular colaborador, por un precio determinado y para la satisfacción del interés público como contraprestación y finalidad al mismo tiempo, previo el análisis selectivo del contratista si la ley así lo exige”<sup>24</sup>.

Los Contratos Administrativos son aquellos en los cuales la administración pública actúa con total *imperium*, situada en una posición de dominio por sobre el contratista, en una relación de supra subordinación, investida de cláusulas exorbitantes que le permiten dirigir el contrato, sancionar por sí y ante sí el incumplimiento, modificarlo unilateralmente, etc.

En los Contratos de la Administración existe una relación de coordinación entre la administración y los contratistas, en la cual las cláusulas exorbitantes se minimizan o eliminan, no existiendo el nivel de dominio por parte de la Administración Pública.

La base de las compras públicas en El Salvador se encuentra en la Constitución de la República (Cn), específicamente en el art. 234, que reza literalmente:

*“Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública excepto en los casos determinados por la Ley “.*

---

<sup>24</sup> La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español”, Pág. 256, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

La Constitución establece que las obras y adquisiciones deben realizarse mediante licitación pública como norma general, también contempla excepciones permitidas por la normativa secundaria. Por lo tanto, se requiere una regulación que defina el procedimiento estándar para cumplir con la norma general, así como los procedimientos aplicables a las excepciones correspondientes.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad 67-2015 –sentencia del 25 de octubre de 2017– explica que, al establecerse como precepto constitucional a la licitación pública como el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración Pública, el legislador secundario no puede, ni debe intentar eludir, esquivar o tergiversar ese mandato constitucional, puesto que ello se consideraría una vulneración constitucional. Esto no impide la posibilidad de que se establezcan excepciones, puesto que la misma regla del 234 inc. 1° Cn. lo permite, siempre que se determinen “los casos en los que, por **mediar supuestos excepcionales**, no sea factible la licitación pública como medio de contratación” (negritas fuera del texto)<sup>25</sup>.

También la Cámara de lo Contencioso Administrativo<sup>26</sup> consideró que: “El procedimiento de licitación pública, es la regla general en materia de contratos administrativos; cuando se genera la competencia de las distintas ofertas, la administración puede obtener los mejores productos, llámese bienes, servicios, obras, entre otros. El vínculo contractual que se genera, debe responder a los principios generales de las contrataciones, dentro de las cuales se encuentra uno de los más relevantes: la transparencia pública”.

---

<sup>25</sup> Esta sentencia de inconstitucionalidad retoma el precedente establecido en la Inc. 61-2011, sentencia del 10 de abril de 2015

<sup>26</sup> Sentencia del 1 de noviembre de 2018 en el proceso Ref. NUE 00078-18-ST-COPC-CAM

### 3.4.2. Marco Normativo Internacional

En el ámbito internacional, El Salvador es parte dos Convenciones relacionadas con la contratación pública, entre ellas la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que le obligan a cumplir condiciones para la contratación tanto pública como privada, naciendo tal obligación en la disposición constitucional señalada en el artículo 144 inc. 1° y 2° Cn.

Las convenciones imponen obligaciones al Estado en materia de contratación pública, gestión de la hacienda pública y transparencia, así como en la prevención de actos de corrupción.

El artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, referido a la Contratación pública y gestión de la hacienda pública, expresamente establece:

1. *Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:*
  - a) *La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas*
  - b) *La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;*

- c) *La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;*
- d) *Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;*
- e) *Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.*

*Mientras, la Convención Interamericana contra la Corrupción en el artículo III.5 obliga a los Estados Parte a crear, mantener y fortalecer “Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.*

### **3.4.3. Proceso de Contratación Administrativa**

El proceso de contratación administrativa comprende dos fases:

- a-) El procedimiento de licitación o selección del contratista, y
- b-) La contratación como tal.

La primera fase comprende la formación de voluntad de la Administración en la selección del contratista, constituye una secuencia de actos de inequívoco carácter administrativo que culmina con la adjudicación.

La segunda es la suscripción del contrato con sus subsecuentes efectos.

En el estudio de los contratos administrativos se distinguen dos tipos contractuales de la administración:

a-) Contratos administrativos,

b-) Contratos Privados de la Administración Pública.

### **3.5. Principios Rectores de la Contratación Pública**

La teoría del contrato administrativo y su regulación yacen sobre diversos principios. García de Enterría señala la importancia particular de los principios para el Derecho Administrativo, pues va más allá de su rol tradicional consistente en su empleo para someter la conducta administrativa a la legalidad. A diferencia de otras ramas del Derecho que permiten o postulan una codificación o sistematización de la totalidad de su materia, para el Derecho Administrativo esto es inimaginable pues resulta el campo más fértil para la legislación contingente y ocasional, de normas parciales y fugaces, constantes puestas al día, por lo que no sería posible una formalización definitiva de las reglas, con poderes normativos casuísticos y perecederos, junto a la necesaria presencia de leyes singulares y concretas (Eduardo García de Enterría, 1986), pág. 37).

Para la efectiva tutela de los derechos de los administrados, el procedimiento administrativo debe ordenarse por lineamientos éticos básicos que se materializan en principios. Para ello retomaremos, en este caso, aquellos que rigen la contratación pública. Sin embargo, la teoría del contrato administrativo y su regulación jurídica contiene diversos principios, siendo el primero de ellos:

### 3.5.1. Principio de Legalidad

De acuerdo con este principio, el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión. Tal como lo refiere Jean Rivero “la Administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción.

Este principio se encuentra recogido en la parte final del artículo 86 de la Constitución, el cual establece que los funcionarios públicos están obligados a actuar con sujeción a la ley en el ejercicio de sus funciones.

Partiendo de la definición que le da Cabanellas, este Principio se refiere a éste como “la fidelidad a la ley o a la depuración jurídica de la actuación (Cabanellas, pág. 414).

Se basa especialmente en el sentido estricto del término “Ley” el cual es la base precisa de la sustentación de legalidad. La ley es la que vuelve tácitamente tangible el control Estatal en los Contratos Administrativos. “Al hablar de ley se está haciendo referencia a toda norma jurídica. Otras veces en cambio se utiliza como equivalente a norma escrita, sin distinción alguna por razón de su rango. (Eduardo & Fernández, pág. 103).

“El principio de legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos”. (Eduardo & Fernández)op. cit. Pág. 433.

El principio de legalidad en general consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada. La legalidad significa conformidad con el Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica.

Por otra parte, Fernando Gómez de Lar, menciona que el Principio de Legalidad es todo órgano del Estado sólo puede hacer lo que la ley le permite expresamente, incluyendo los términos y formalidades para su actuación, que debe por ello fundarse y motivarse. Esto incluye a los actos encaminados a la celebración del contrato administrativo. (Gómez de Lara, 2016, pág. 26).

No solamente presupone el sometimiento de la actuación administrativa a las normas prescritas por el Órgano Legislativo, lo cual deviene por la misma mecánica de la división de poderes como lo dice Cabanellas “El fundamento del derecho político y más aún del Constitucional, que establece la necesidad de diversificar los poderes del Estado, en sus orbitas respectivas y asegurar el ejercicio de las funciones correspondientes por personas distintas, a fin de evitar la tiranía y el abuso.” Lo cual también es retomado en nuestra Constitución art. 86 inc. 2do y por el mayor valor formal, que teóricamente en nuestro medio, a los actos del Órgano Legislativo se les concede; sino que también el respeto absoluto en la producción de las normas de carácter administrativo al orden de escalonamiento exigido por la jerarquía de las fuentes; y finalmente, la sumisión de los actos concretos de la autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictados por esa misma autoridad.

“El principio de la legalidad postula, pues, como se ha afirmado por la sumisión de la Administración ante la Ley y resuelve el problema específico de conocer la legalidad y, por consiguiente, la validez jurídica de cada acto administrativo particularmente considerado. Para determinar la naturaleza de esa sumisión, los autores se han dividido en dos bandos:

a) las que sostienen que la administración no tiene por misión aplicar la ley, pues lo único que le exige el Estado de Derecho es que la respete; en otras palabras, que no la viole, que no se salga de los límites establecidos, que actúe dentro de y conforme a ella.

b) Los que sostienen que las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley; siendo por consiguiente imposible que exista otro tipo de actuación que no sea el que previamente haya sido encomendado a la Administración Pública por el Legislador (Guerra Guerra).

Para el profesor GONZÁLEZ CAMACHO<sup>27</sup>, se trata de un nuevo modelo a seguir en lo contencioso-administrativo, lo cual resulta de total aplicación cuando de procedimientos administrativos se habla, toda vez que permite observar ya no solo la potestad sancionadora que tiene el ente estatal, sino que además se pueden visualizar las actuaciones que dentro de la misma se generen, bajo una óptica garantista, donde el procedimiento administrativo sancionador se constituya en una verdadera garantía a favor de la persona, evitando actuaciones arbitrarias y la consecuente imposición de sanciones cuyo único fin sea mostrar el poder estatal. Como manifestaciones del principio en estudio, encontramos la reserva legal y la tipicidad, la primera en el orden formal, mientras que la segunda está referida a un plano material.

### 3.5.1.1. Reserva Legal

Esta es vista desde dos ámbitos, por una parte, solo por Ley se regula toda la materia a ella reservada por el legislador –reserva de Ley-; y, por otro lado, en materia reglamentaria, donde se desarrolla y complementa la Ley. Respecto a este punto, NIETO GARCIA (Nieto García, 1994, pág. 250) sostiene que la reserva legal puede concebirse dentro del Derecho punitivo del Estado como una estructura de círculos concéntricos, en la que el rigor de su exigencia se va atenuando progresivamente desde el núcleo central hacia la periferia. El círculo central sería el Derecho Penal; luego vendría del Derecho Administrativo Sancionador de

---

<sup>27</sup> González Camacho, O. (2001). *La justicia administrativa* (Tomo I, pp. 215–245). San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. A los que aún podría añadirse un cuarto círculo para el Derecho disciplinario”.

### 3.5.1.2. Tipicidad

Por su parte, la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la Administración para que, de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora.

Atendiendo a la Jurisprudencia salvadoreña en referencia al principio de legalidad, determina que toda acción administrativa se presente como un ejercicio de poder atribuido previamente por la ley (art. 15 Cn.), así como delimitado y construido por ella, de manera que no se pueda actuar sin una atribución normativa previa. De esta forma, la ley otorga a la administración facultades de actuación que pueden producir efectos jurídicos, como la imposición de una sanción, que puede ser de diversa naturaleza a las indicadas en el art. 14 Cn. según se ha establecido en varios pronunciamientos de este tribunal<sup>28</sup>.

Resulta pertinente abordar la relación entre la técnica de remisión normativa y el principio de tipicidad, particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo. Sobre este aspecto, la Sala de lo Constitucional ha desarrollado criterios relevantes que permiten comprender sus alcances y límites. Un ejemplo de ello se encuentra en la sentencia de 24 de agosto de 2015, pronunciada dentro del proceso de inconstitucionalidad Inc. 53-2013, en la cual se pronunció expresamente sobre esta técnica y su compatibilidad con el principio de

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Amparo **332-2006 de fecha 19-VII-2007**

tipicidad, que en lo sustancial menciona la posibilidad de regular infracciones administrativas por medio de remisiones normativas. Continúa mencionada el antecedente mencionado lo siguiente:

*“esta técnica está condicionada por la exigencia de taxatividad en la descripción de la conducta infractora, para lo cual se establecieron los siguientes criterios: (i) cuando esta forma de tipificación indirecta se realiza mediante disposiciones complementarias que carecen de rango legal o que son distintas a las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa (ej., remitiendo a reglamentos), sus consecuencias pueden tener mayor relevancia desde la perspectiva de la exigencia de reserva de ley; (ii) cuando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas –disposición remitente y disposición remitida– debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción. En tal sentido, son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas cláusulas unificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, que en realidad son fórmulas legales de tipificación simulada y remanente, que establecen infracciones “por defecto” o “por sobrante” de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador que ya están incorporadas a la ley”<sup>29</sup>.*

### **3.5.2. Principio de Continuidad**

El principio de continuidad en la contratación administrativa establece que, como regla general, el contratista tiene la obligación de continuar con la ejecución de las prestaciones

---

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 27-2018, de fecha 07-I-2019.

asumidas en virtud del contrato y conforme a la normativa aplicable. Esta exigencia responde a la necesidad de garantizar la satisfacción del interés público, ya que en la prestación contractual se encuentra en juego el bien común. En este sentido, Jaime Rodríguez-Arana señala que dicho principio impone al contratista la responsabilidad de mantener la ejecución contractual en beneficio del interés general, aun en situaciones complejas o adversas, precisamente por el carácter público del objeto contratado (Rodríguez-Arana Muñoz & y Mejía, 2024, pág. 207).

Con la adjudicación y celebración del contrato concluye la fase de licitación e inicia la etapa de ejecución, cuyo propósito es materializar el objeto requerido por la Administración, es decir, el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales. En esta fase cobra especial relevancia un principio fundamental que rige la contratación administrativa: el principio de continuidad. Este principio establece el derecho de la Administración a exigir del contratista la ejecución ininterrumpida del contrato en cualquier circunstancia. Toda situación o controversia que se genere en el desarrollo del contrato debe interpretarse a la luz de este principio, cuyo fundamento es la salvaguarda del interés público comprometido en la contratación. (Adolfo, 1992).

### **3.5.2.1. Excepciones al principio de continuidad**

Cuando el contratante interrumpe la ejecución de sus obligaciones contractuales, la Administración debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento del contrato a fin de no obstaculizar el interés público, pudiendo llegar como medida extrema a la rescisión del contrato. Sin embargo, el principio de continuidad no tiene un carácter absoluto y admite excepciones como son: a) Caso Fortuito o fuerza mayor, b) Hecho del Príncipe, y c) Teoría de la Imprevisión.

### 3.5.2.1.1 Caso fortuito o Fuerza mayor

La fuerza mayor, la *exceptio non adimpleti contractus*, que permitirían al contratista detener la ejecución del contrato. Salvo estas circunstancias, cuando el contratista interrumpe la ejecución contractual, la Administración puede hacer uso de los medios que permitan lograr el cumplimiento del contrato.

Se trata de un acontecimiento ajeno a las partes que está por encima de la voluntad de las partes, que resulta imprevisible o inevitable y que impide la ejecución del contrato. (Tratado integral de los contratos administrativos, 1979, pág. 152).

El Código Civil dispone que se “considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrato”. (Rodríguez-Arana Muñoz & y Mejía, 2024, pág. 207).

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 cocontratante particular esté obligado a esa continuada prestación”. (Tratado integral de los contratos administrativos, 1979, pág. 384).

### 3.5.2.1.2 Hecho del Príncipe

Se suele entender por “hecho del príncipe” la alteración de las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, que se deriva de decisiones o conductas adoptadas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad. Escola explica el hecho del príncipe como:

*“Toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebren 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”.*

En este caso estamos en presencia de medidas de carácter general adoptadas por la Administración Pública.

### 3.5.2.1.3. Teoría de la Imprevisión

En el supuesto de la Teoría de la Imprevisión consiste en el acaecimiento de circunstancias de hecho, de índole fundamentalmente económica, ajenas a las partes, ocurridas con posterioridad a la contratación, que no pudieron ser previstas en su ocurrencia, en sus consecuencias o aun en su intensidad, que alteran sustancial y transitoriamente el equilibrio de las prestaciones recíprocas previsto y pactado en el contrato, y en consecuencia lo tornan más oneroso para el cocontratante. En esas situaciones se reconoce a quien ha contratado con la administración el Derecho a que se restablezca en medida variable según los casos aquel equilibrio; se traslada, así, la mayor onerosidad resultante de las circunstancias

imprevistas sin que la existencia y exigibilidad de sus obligaciones contractuales se vea afectada. (Villavicencio Benites, pág. 176).

### 3.5.3 Principio de Mutabilidad

“Este principio se deriva del interés público que es el que lo orienta, por lo cual, al variar, los elementos existentes a la celebración del contrato deberán de modificarse este para asegurar el interés público”.

“Este principio opera, pues la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarios para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar (Volio Cordero, 1998, pág. 19).

La doctrina clásica del contrato administrativo ha señalado que el principio que predomina en la ejecución contractual para salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas es el de mutabilidad, el cual consiste sin más en la atribución de la potestas *variandi* por parte de la Administración pública, quien podrá variar los términos y condiciones del contrato de manera unilateral o prescindiendo de toda renegociación, por razones de interés público, a efectos de tutelar y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas (Shimabukuro Tokashik, pág. 16).

En el marco del estudio del principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación de los contratos de concesión de servicios públicos, Shimabukuro Tokashiki, Néstor Raúl, retoma las aportaciones doctrinales de García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes señalan de manera válida que: “...el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualquier circunstancia, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias.” Bajo dicha perspectiva, la satisfacción del interés público debe predominar a lo largo de toda la ejecución contractual, tanto es así que con relación a la atribución de la *potestas variandi* no pueden existir límites siempre que las necesidades colectivas así lo exijan:

*“...límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en la circunstancia originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualquiera de las circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias....”* Señalando que lo único inmutable e inmodificable en esta materia es el fin del contrato administrativo, que prevalece sobre el alcance y modalidad de las prestaciones, siempre y cuando la justa equivalencia económica del contrato se mantengan inalteradas. (Shimabukuro Tokashik, págs. 17-18).

Es de denotar que este principio no solo se fundamenta o se delimita en los efectos y fines de la *potestas variandi* que se sirve como atribución la Administración Pública contratante, sino que también en la modificación consensuada, bilateral o por mutuo acuerdo entre las partes contratantes en donde nada rebate para que ambas partes contratantes renegocien los términos y condiciones, inicialmente, convenidas del contrato, afirmando con ello que el contratista pueda acordar la modificación de un contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades.

#### **3.5.4. Principio de equilibrio financiero**

Por el principio de equilibrio financiero en el contrato administrativo se debe de mantener un equilibrio tanto administrativo como financiero, establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes o resulten perjudicadas o cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión.

La doctrina ha definido el Principio del equilibrio económico del contrato en los siguientes términos: el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de la ecuación (equivalencia-igualdad) (Rodríguez Rodríguez, 2011). Dicho autor en su obra concluye que el Principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.

### **3.6. Elementos de los Contratos Administrativos**

Existen ciertos elementos que deben concurrir en todo contrato administrativo, los cuales resultan indispensables para la configuración de una relación jurídica de naturaleza administrativa. Dado que los contratos administrativos se consideran actos administrativos bilaterales, es pertinente remitirnos al estudio de los elementos esenciales y no esenciales del acto administrativo, a fin de comprender adecuadamente su estructura y efectos. (Canasi, Derecho Administrativo Parte especial: Los servicios públicos. El acto administrativo. Contratos administrativos, 1974, pág. 460).

Estos elementos, también conocidos como requisitos del contrato, están presentes tanto en los contratos privados —sean civiles o mercantiles— como en los contratos públicos, considerando que estos últimos constituyen una categoría especial dentro del ámbito contractual. Al respecto, algunos autores sostienen que los contratos administrativos comparten

los mismos elementos que el acto administrativo, mientras que otros consideran que deben regirse por los elementos establecidos para los contratos civiles. Ante estas posturas, se abordarán a continuación aquellos elementos que, de forma mayoritaria, reconocen los autores como aplicables a los contratos administrativos, con el propósito de precisar ambos enfoques:

### **3.6.1. Elemento subjetivo**

Retomaremos lo mencionado por diferentes autores con relación al elemento subjetivo, por una parte Allan R. Brewer-Carias, en su libro "Contratos Administrativos (Brewer-Carias, 2021, pág. 26) menciona que el elemento esencial del contrato es la participación en la relación jurídica de la Administración Pública como parte, actuando en su calidad de tal, es un requisito esencial para que un contrato pueda ser calificado como administrativo. Es decir, para que exista un contrato administrativo, una de las partes de la relación jurídica contractual debe ser una autoridad pública actuando en el ejercicio de una función administrativa. Por esta razón, no puede existir contrato administrativo sin la presencia de la Administración como parte contratante en la relación jurídica. En ese sentido, toda persona jurídica de Derecho Público sea nacional, estatal, municipal o de la Administración Autónoma, actúa en ejercicio de funciones administrativas.

Del lado de la Administración Pública, denominado también contratante, se desprenden tres áreas formales a plantear (Paz & Benito y Rodríguez Román, 1969, pág. 203): la primera, la competencia legal para concluir el contrato del órgano que represente al ente; la segunda, la capacidad de este para celebrar, en nuestro medio por ejemplo pueden realizar contratos administrativos "un organismo estatal, municipal e institucional competente" (Pineda Argueta, Monografía de Derecho Administrativo en El, 2013, pág. 95); y tercero, el procedimiento mediante el cual se produjo el consentimiento.

El particular, contratista o cocontratante, tiene las mismas limitantes que existen para celebrar un contrato privado, es decir, debe tener capacidad legal y natural para contratar y pueden serlo las personas naturales o jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras y es por ello que tiene aplicación el artículo 1316 del Código Civil y que no concurran las inhabilitaciones que dispone el artículo 25 de la LACAP. Al establecer la capacidad del cocontratante y la competencia de la Administración se determina o perfecciona el consentimiento, por lo que este debe ser eficaz y espontáneo, sin ninguna clase de soberanía sobre el cocontratante, ya que los mismos vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), aplicable en los contratos civiles, son aplicables al consentimiento en los contratos administrativos, sin importar que el Estado actúe en su carácter de ente público en la relación contractual que se origina con el particular.

### **3.6.2. Elemento objetivo**

Todo contrato es fuente de obligaciones (objeto del contrato), y estas obligaciones se manifiestan en prestación de dar, hacer o no hacer, siendo esta prestación el objeto mismo de la obligación. Se verifica en el objeto del contrato administrativo, al cual "se le llama también el contenido del mismo." (Diez M. M., 1980, pág. 319).

### **3.6.3. Sujetos Contratantes en Compras Públicas**

Son celebrados por un organismo estatal, municipal e institucional competente y un particular o administrado, que puede ser una persona natural o jurídica, nacional o extranjera. También pueden ser celebrados entre dos sujetos públicos, en cuyo caso se le denominará contrato interadministrativo.

El sujeto público debe de actuar en atención a los fines que persigue. En este elemento es trascendente considerar la capacidad y competencia de los concurrentes a formar la voluntad o consentimiento, porque es determinante para la validez del mismo. Normalmente al sujeto público se le llama contratante y al particular, contratista. Sostiene Farrando, que acerca del sujeto se deben de considerar los requisitos que debe reunir el contratante público, su competencia, la que le estará determinada por las leyes que lo regulen; los requisitos que debe reunir el contratante privado, su capacidad, la que está determinada por las leyes civiles y demás que regulen su ejercicio. (Pineda Argueta, El Derecho Administrativo Sancionador e Independencia Judicial en El Salvador.[recurso electrónico], 2019, pág. 196) .

De acuerdo con el art.2 de la Ley de Compras Públicas, una de las características fundamentales de los contratos administrativos es la participación de la Administración Pública y un particular en calidad de partes contratantes. Esta disposición establece, además, quiénes son considerados sujetos habilitados para celebrar este tipo de contratos entre sí, identificándolos como: a) Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que oferten o contraten con la administración pública, dichas personas podrán participar en forma individual o conjunta en los procesos de contratación que lleven a cabo las instituciones; b) Las contrataciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; c) Las contrataciones de las entidades de carácter público o privado que comprometan fondos públicos de conformidad a lo establecido en la Constitución y leyes respectivas, incluyendo los provenientes de los Fondos de Actividades Especiales; d) Las adquisiciones y contrataciones realizadas por las Municipalidades. e) Las adquisiciones y contrataciones realizadas con el fondo de protección civil, prevención y mitigación de desastres (FOPROMID), f) Las

adquisiciones y contrataciones realizadas con el fondo salvadoreño para estudios de preinversión (FOSEP).

Los órganos, dependencias y entidades mencionados en el artículo 2, inciso segundo, de la Ley de Compras Públicas (LCP) son aquellos que se identifican como instituciones de la Administración Pública.

El Dr. Oliva de la Cotera, en su obra *“Comentarios a la Ley de Compras Públicas y su Reglamento* (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 16) *indica que la Administración pública se caracterizará por su gestión sistematizada, en compañía de órganos, entidades o dependencias, mencionando el Sistema Nacional de Compras Públicas ( SINAC), regulados en el Art. 6 LCP, y Art. 3 literal “q” RLCP, elementos que la Administración posee para su implementación, funcionamiento, coordinación y seguimiento de las compras que realice el Estado.*

### 3.6.3.1. Otros Sujetos

***En cuanto a la parte contratante encontramos una diversidad atendiendo a lo siguiente:***

La LCP involucra múltiples actores entre ellos: a) Máxima autoridad de cada Institución de la Administración Pública, (Ministros, Juntas o Consejos), que son los encargados de aprobar los documentos de solicitud de adjudicación<sup>30</sup>; b) Administradores de Contratos, son los encargados del cumplimiento de las cláusulas contractuales<sup>31</sup>, realizan y levantan acta de recepción, total o parcialmente o definitiva y los demás que contempla la ley <sup>32</sup>; c) Panel de Evaluación de Ofertas que son aquellos que recomendarán la adjudicación de oferentes, o, en

---

<sup>30</sup> Art. 18 LCP,

<sup>31</sup> Art. 161, 162 LCP

<sup>32</sup> Art. 63 RLCP

su caso, el rechazo<sup>33</sup>; d) Comisión Especial de Alto Nivel son los encargados de darle solución a los recursos<sup>34</sup>; e) Oficial de Cumplimiento quien verifica los ciclos de compra, evitando las prácticas anticompetitivas, diseña e implementa controles anti soborno y encargado de reportar a la DINAC o autoridades competentes<sup>35</sup>.

### 3.6.3.2. Contratista

Habiendo señalado a una parte de ese binomio contractual contrapuesto a ese vínculo contractual se encuentra el contratista, es decir, los particulares que en un primer momento ofertan interviniendo en procesos selectivos, logrando cumplir eventualmente los requerimientos para así convertirse en contratistas.

Uno de los requisitos *sine qua non* para obtener la calidad de contratista es su capacidad legal, es decir, ser sujeto de derechos y obligaciones, por el contrario si adolece de capacidad estaríamos ante la presencia de las prohibiciones señaladas en el art. 24 LCP, como lo son: a) No haber sido condenado por delitos contra la hacienda pública, corrupción, cohecho activo, y aquellos señalados en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos; b) No estar en quiebra o concurso de acreedores; c) No haberseles declarado caducidad en los contratos en que hayan participado en los últimos años; d) Estar insolvente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, municipales, previsionales y de seguridad social; e) No haber incurrido en falsedad material o ideológica; f) Ser persona jurídica extranjera legalmente constituida; y g) No estar inhabilitado en el Registro de Sanciones publicado en el Sistema Integrado de Compras Públicas.

---

<sup>33</sup> Art. 96 LCP.

<sup>34</sup> Art. 120 LCP

<sup>35</sup> Art. 16 LCP en relación con los Art. 11 y 12 RLCP.

Este requisito guarda relación con los impedimentos que señala el art. 25 LCP, supuestos que se refieren a la persona natural o jurídica, que no sean funcionarios públicos con cargos y jerarquías directamente o como accionista de Sociedades, los cuales le son aplicables a los cónyuges o convivientes y parientes hasta el segundo grado por afinidad y cuarto grado por consanguinidad.

### **3.6.3.3. Participación Conjunta de Oferentes**

En relación con esta figura el art. 2 literal a, en relación con el art. 93 LCP, 26 RLCP, regula la partición conjunta de oferentes, tratándose de una reunión transitoria de dos o más personas con fines contractuales para ofertar con la administración.

Los oferentes deben de identificar el nombre con el que participan presentando una carta compromiso y, posteriormente, la formalización en escritura pública la unión de personas, en el que contendrá la designación del representante, las reglas básicas de las relaciones de los miembros y grado de responsabilidad.

Al igual que el contratista debe de reunir el requisito de la capacidad legal para contratar y, en consecuencia, no incurrir incapacidad o impedimentos y deben de estar inscritos en el Registro Único de Proveedores.

### **3.6.4. El Consentimiento**

En la doctrina también es señalado como el acuerdo de voluntades o consentimiento: implica una manifestación de voluntades coincidentes de las partes y presupone la capacidad jurídica del cocontratante y la competencia del funcionario que representa al órgano estatal o ente público. Acuerdo que debe de estar libre de todo vicio, no debe de ser afectado por el

error de hecho o de Derecho, en el objeto o en la persona, por fuerza o por dolo. Este acuerdo está precedido de la observancia al procedimiento de selección. (Pineda Argueta, El Derecho Administrativo Sancionador e Independencia Judicial en El Salvador.[recurso electrónico], 2019, pág. 197).

Es la conjunción de la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes, cuya declaración de voluntad pretende ejecutar y constituir un requisito de validez para todo contrato, para ello se requiere dos voluntades exentas de vicios, la primera que es la Administración y la otra el contratista, por lo que para que sea válida se necesita la competencia del órgano administrativo y la capacidad del contratista. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 274).

El consentimiento en el órgano administrativo se encuentra sometido a las formas especiales del Derecho Público, las cuales debe ajustarse para que el contrato sea válido, dado que la Administración deberá seleccionar al contratista bajo un procedimiento administrativo, sea en licitación o en concurso; en cambio, la expresión de voluntad del particular no se realiza mediante la libre discusión de las cláusulas contractuales, sino que debe adherirse a las que la Administración determine en la base de licitación, términos de referencia, etc.

En el Derecho Público no se exige al igual que el Derecho Privado el consentimiento del órgano administrativo y del particular el cual debe estar exento de vicios: error, fuerza y dolo, caso contrario producirá nulidad absoluta, según el art. 1316 inciso 2º., en relación con el art. 1555 del Código Civil.

### 3.6.5. Objeto

El objeto es la prestación buscada por los otorgantes, es decir, el efecto que se produce al celebrarlo y que se traduce -según el art.1331 del Código Civil-, en un dar, hacer o no hacer. DELGADILLO GUTIÉRREZ Y LUCERO ESPINOZA, distinguen entre objeto inmediato y objeto mediato. El primero es el establecimiento de la obligación que ambas partes pretenden con su realización; en cambio, el segundo es la materia en que va a incidir la obligación: la adquisición o prestación del bien o servicio o la realización de la obra pública. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 275).

Los arts. 1332, 1333 y 1335 del Código Civil establecen que, para la validez del objeto de un contrato, este debe ser lícito, cierto, posible y determinado o, al menos, determinable en cuanto a su especie.

En el caso de los contratos administrativos, según quien suscriba, no es necesario que el objeto se encuentre en el comercio común, debido al interés público que persigue la Administración en la ejecución del contrato administrativo.

Lo anterior es, además, lo que más diferencia a los contratos administrativos de los de Derecho Privado, por cuanto la Administración prevalece de su posición dominante para contratar sobre objeto no disponible o aun los puede legalizar por medio de ley. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2014, pág. 275).

### 3.6.6. La causa

La causa tiende a ser el motivo o razón a contratar, la causa es independiente y diferente del móvil, en tanto que el móvil es un elemento subjetivo y la causa atiende a circunstancias tomar en cuenta formas objetivas, (Diez M. M., 1980, pág. 320). Por lo que no

debe ser confundido pese a que se traten en el mismo elemento. Por ejemplo en Derecho Civil se enseña respecto de los contratos típicos que lo que para una de las partes es la causa del contrato para la otra es el objeto y viceversa, por ende en los contratos administrativos el contratante siempre debe tener como causa el interés público, para que sea considerado contrato administrativo mientras que para el cocontratante la causa puede ser igual o distinta a la del contratante, aunque lo normal es que sea distinta ya que por lo general es un elemento económico y que es aceptado por la Administración Pública.

La causa en los contratos administrativos difiere por los sujetos que intervienen, pues la Administración y el contratista actúan por una causa distinta. La del contratista tendrá una causa lucrativa, siempre sujeta a la oferta más ventajosa que la Administración considere. Por otra parte, la causa de la Administración debe ser de interés público que guía su actividad para la celebración del contrato, siendo necesario que la causa que exista sea causa real y lícita. Art. 1338 del Código Civil. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 275).

### **3.6.7. La forma**

Según el autor Manuel María Diez existe una diferencia entre la formalidad y forma, estableciendo que “las formalidades, son los requisitos, que han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al encuentro de ambas voluntades. La forma se refiere a la exteriorización de la voluntad, al modo como se documenta el vínculo contractual. Dicha diferencia es esencial ya que no se debe tomar la formalidad como un elemento los contratos administrativos (Diez M. M., 1980, pág. 320).

### **3.6.8. Plazo**

Sobre este elemento la doctrina nacional ha sido clara al definirlo y en este sentido Hugo Dagoberto Pineda Argueta (Pineda Argueta, Monografía de Derecho Administrativo en EI, 2013, pág. 97), sostiene que el plazo está referido al "ámbito temporal de validez de las obligaciones y derechos adquiridos por las partes, en el que debe tenerse en cuenta el plazo de las garantías post contractuales". Se puede entonces distinguir, el plazo del contrato propiamente y el de las garantías post contractuales como una extensión de aquél, un plazo de ejecución o cumplimiento y uno de garantía de este.

### **3.6.9. Modo**

También dice el mismo autor que las modalidades contractuales son "las especificaciones particulares que las partes pueden pactar, acerca de cómo y cuándo cumplir los compromisos contractuales".

Así mismo, podrá acordarse antes del vencimiento del plazo, la prórroga del contrato, mediante una modificación o prorrogas del mismo, especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en los demás casos previstos en la ley (art.158 inciso 2º LCP.En referencia a las prórrogas no podrá prorrogarse por incumplimientos atribuidos al contratista. (Art. 159 inc.2º.LCP).

## **3.7. Contratos y Actos Administrativos**

En el derecho administrativo indudablemente una de las instituciones más importantes y trascendentes lo constituye el acto administrativo, por otra parte juristas como Rivero advierte que el acto administrativo es el modo de acción normal, o tipo de la Administración (Rivero

Ortega, 2018, pág. 121), por ello, se vuelve necesario analizar el contrato en relación con el acto administrativo, pues ambos tienen una modalidad de ejecución para la realización de los fines del Estado.

Si lo vemos desde la óptica de la Administración, titular subordinado del poder, actúa mediante actos y procedimientos unilaterales: ordena, autoriza, prohíbe, manda o sanciona, nombra o cesa, expropia, regula y arbitra diferencias, imponiendo soluciones a los conflictos entre particulares. En todos estos supuestos actúa como poder y ejerce su autoridad. Pero, en otras ocasiones, un Estado social sobre el que descansa el bienestar de los ciudadanos, la «procura de su existencia», que decía FORSTHOFF, necesita contar con el concurso de la iniciativa privada para la provisión de bienes y servicios, para sí o para los ciudadanos. Entonces acude al contrato. (Ortíz, 2007, pág. 86).

Gaspar Ariño Ortiz, hace alusión que “La Administración actúa siempre, en un Estado de Derecho, a través de actos administrativos que están tipificados en la ley y los reglamentos. El mismo contrato llega a través de un largo procedimiento que está integrado de actos administrativos sucesivos (iniciación del expediente de contratación, aprobación del pliego de cláusulas, fiscalización de la existencia de crédito presupuestario y autorización del gasto, aprobación del proyecto de la obra o servicio y supervisión del mismo, convocatoria de licitación, publicación de ésta en los plazos establecidos, constitución de la Mesa de Contratación o Jurado de valoración de las ofertas, acto de apertura de plicas) hasta llegar al acto de adjudicación, que, de ordinario, perfecciona el contrato. Esta realidad ha llevado a algunos a pensar que los contratos públicos no surgen de un auténtico consentimiento o acuerdo entre las partes, sino de la voluntad unilateral de la Administración en el ejercicio de una potestad pública, que requiere —eso sí— la previa aceptación o disponibilidad del particular que haya de quedar vinculado por aquel acto. Esta tesis, mantenida por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y sus discípulos, podría resumirse así: "el contrato público no es sino un acto

administrativo unilateral en su emisión necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos". (Ortíz, 2007, pág. 87).

"La administración pública no siempre procede por vía unilateral, mediante actos administrativos, es decir directamente o por administración, para satisfacer las necesidades públicas por medio de los servicios públicos, sino que con frecuencia lo hace por interpósita persona, especialmente privada, que puede ser física o jurídica, con quienes el Estado se liga contractualmente. Y en esta forma de prestación o de contratación, también puede hacerlo por medio de nuevas creaciones económico-jurídicas, que proporcionan las necesidades, es decir, contratos." (Canasi, parte especial de Los Servicios Públicos, , 1974, pág. 436).

El Doctor Roberto Oliva de la Cotera, en su libro Derecho Administrativo hace alusión: "La LPA en su Art. 21 siguiendo el enfoque del maestro español GARCIA DE ENTERERRIA, quien adopta y acomoda parte de la definición clásica de ZANOBINI, expresa que el acto administrativo será cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizada por la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria".

Por otra parte, señala que para el derecho administrativo existe una clara fisonomía que tipifica el acto administrativo, resumiendo en las siguientes nociones:

En primer lugar, constituye una declaración, entendiendo por tal un proceso de exteriorización intelectual, no material, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales, refiriendo que el termino declaración y no manifestación, pues el primero es una declaración de naturaleza formal e intelectual, en cambio, una manifestación, al no ser un acto formal al cual precede una ejecución, podría comprender equivocadamente hechos materiales o manifestaciones tacitas que no forman parte de lo que debe entenderse por acto administrativo.

Y, en segundo lugar, constituirá además una declaración unilateral, ya que la emanación y contenido de la declaración depende de un solo sujeto de derecho: El Estado o Ente Público, excluyéndose, por consiguiente, del concepto de un acto administrativo a los contratos, que tienen un régimen jurídico específico. (Rivero Ortega, 2018, pág. 121).

Partiendo de lo mencionado anteriormente, denotamos que los contratos administrativos no son actos administrativos, pues no gozan de la declaración de unilateralidad. Para su existencia, el contrato administrativo precisa de dos voluntades, la de la Administración y la del particular, sin las cuales no puede perfeccionarse el contrato. Cassagne, refiere en su obra Derecho Administrativo que las actuaciones unilaterales de la Administración dirigidas a la firma del contrato, a las que tradicionalmente calificamos como actos separables, sí tienen carácter de acto administrativo y por consiguiente son susceptibles de control contencioso-administrativo. Por ejemplo, la convocatoria de un concurso para la ejecución de una obra pública es un acto separable incluido en el procedimiento de contratación de dicha obra pública, y caso de que incurra en ilegalidades (p. ej., la aprobó un órgano incompetente) puede ser objeto de recurso. (Cassagne J. C., Derecho administrativo I, pág. 321).

Por otra parte Gordillo, hace alusión que el juego argumental siempre debe analizar el régimen y no las esencias, para evitar discusiones fútiles como la anteriormente analizada referida a si las personas públicas no estatales pueden o no dictar actos administrativos: en sentido de actos unilaterales, sí;<sup>36</sup> en sentido de contratos administrativos, no es más se refiere a que el régimen de contrataciones del sector público nacional constituye un procedimiento administrativo especial, similitud guarda en nuestra legislación pues se encuentra regula en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

---

<sup>36</sup> Nos remitimos al cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales de la Obra de Agustín Gordillo

Gordillo cita a Linares en el sentido de que “Si se examina el contrato administrativo, se advierte que, desde el punto de vista orgánico, no es puramente estatal ya que los sujetos creadores son un órgano estatal y un sujeto no estatal, con intereses contrapuestos, que constituyen, como circunstancia existencial antecedente y fuente, una común declaración jurídica.” Esta diferencia entre el acto administrativo como acto principal estatal o al menos dictado en ejercicio de funciones del Estado y el contrato administrativo como una declaración de voluntad común a la cual concurre un sujeto de derecho ajeno al Estado y en ejercicio generalmente de competencia privada, es de suficiente importancia como para recogerla a nivel conceptual (Gordillo, El Acto Administrativo, 2011, págs. IV-24).

En tal razón al observar cada una de las descripciones que los autores mencionados definen sobre el contrato administrativo, es que retoman que es la Administración pública quien dicta actos unilaterales y que producen efectos jurídicos que se concretizan en actos administrativos, estos actos administrativos son unilaterales, por lo que diremos que los actos tienen sus características como:

- a) Proviene de la autoridad administrativas, entendida esta como la Administración Pública, regulada en el Art. 21 de LPA, que establece:

“Para los efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, productora de efectos jurídicos, dictada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria”.

- b) Proviene de la autoridad administrativa debe de ser el resultado de una función administrativa, en donde el Estado debe de servir con objetividad a los intereses generales.

Es decir, que todo acto debe de ser dictado como un ente de la Administración Pública, dado que en nuestro país existe una diversidad de órganos de carácter público

entre ellos los tres órganos del Estado, el Ministerio Público (fiscalía general de la República, Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), Corte de Cuenta, Tribunal Supremo Electoral y el Consejo Nacional de la Judicatura.

- c) Requiere una manifestación de declaración unilateral de voluntad, es decir que aquí solo basta la voluntad de la autoridad administrativa, como se ha hecho ver en el artículo precitado.

Como lo menciona el Dr. Henry Alexander Mejía, en su libro Manual de Derecho Administrativo (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2014, pág. 17), esta declaración unilateral tiene trascendencia tanto interna como externa, pues refiere que la Administración Pública realiza dichos actos unilaterales hacia la ciudadanía y que están destinadas a surtir efectos jurídicos; por otra parte menciona que las operaciones materiales o hechos administrativos carecen del proceso intelectual del acto administrativo, mencionando que el hecho administrativo pretende materializar las prestaciones de la Administración o ejecutar materialmente lo predispuesto del acto administrativo y que ese pronunciamiento del acto administrativo puede ser de la siguiente manera:

- a) Decisión, cuando el acto se dirige a un fin, a un deseo de la Administración, como por ejemplo en las autorizaciones o sanciones administrativas.
- b) Cognición, se produce cuando la Administración pública certifica el conocimiento de un hecho notable, como el ejemplo de las certificaciones de partidas de nacimiento,

refiriéndose con ello a todo lo que la contempla la Ley del Registro del Estado Familiar en el art. 48.<sup>37</sup>

- c) Opinión, cuando se valora o se emite un juicio sobre un estado, situación, acto o hecho, y ejemplifica: certificado de salud o resoluciones de recurso administrativo.

La doctrina y el derecho positivo se han ocupado de establecer la diferencia entre el acto administrativo como declaración soberana y unilateral de la voluntad de la Administración y el contrato administrativo como acto bilateral, consensual, estableciendo diferente tratamiento para el uno y el otro. Eduardo García de Enterría con la profundidad de pensamiento y la claridad de expresión que lo caracterizan, manifiesta:

*"...En un sentido amplio, acto administrativo es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo.*

*Se distinguirá, por tanto: de la actuación no jurídica (actos materiales); de los actos jurídicos dictados por la administración que no están sometidos al Derecho Administrativo (Actos de Derecho privado, o procesal, o laboral, o constitucional, etcétera). Pero ese concepto amplio es...desestimado en la doctrina y en la legislación en favor de un concepto más estricto. Por una parte, se excluyen...En segundo término se excluyen los actos contractuales para hacer con ellos una teoría propia de los contratos de la administración, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales..."* (García de Enterría, 1975, pág. 341).

De acuerdo con el Tratadista el contrato es un acto administrativo, puesto que es un acto jurídico, sometido al Derecho Administrativo y dictado por la Administración, sólo que tiene un régimen jurídico diferente al del acto administrativo unilateral. Al tener el contrato -por su propia estructura- un régimen jurídico diferente al del acto administrativo unilateral, se ha

<sup>37</sup> Art. 48.- En el Registro del Estado Familiar se inscribirá: a) Los nacimientos; b) Los matrimonios; c) Las uniones no matrimoniales; d) Las defunciones; e) La nacionalización o naturalización; y, f) Los demás hechos o actos jurídicos de las personas naturales que determine la ley

establecido una teoría propia para los contratos administrativos, que no podría ser de aplicación al acto administrativo unilateral, puesto que al concurrir en aquél dos voluntades, su tratamiento necesariamente difiere del que se le da al acto que proviene únicamente de la Administración.

Dentro de la investigación realizada en este aspecto, la doctrina considera al contrato como una especie en el género: acto administrativo. Una especie con un régimen jurídico propio que ha ido configurando cada país en su propio ordenamiento jurídico, y que ofrece peculiaridades muy propias por los principios generales que fundamentan el contrato administrativo, situación que hemos afirmado dentro de nuestra presente investigación.

Para ello, es necesario que retomemos tal como se habla en el libro denominado Derecho Administrativo I. (Carmona). En lo referente al Módulo tres, denominado “*EL ACTO ADMINISTRATIVO*”, en donde se hace una conceptualización del acto administrativo, sus elementos y sus clases, las cuales señalaremos:

### **3.7.1. Concepto.**

Cualquier declaración de voluntad, deseo o juicio, realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa que no sea la reglamentaria.

Son, pues, sus notas esenciales:

1ª. Se trata de actos jurídicos y no meramente materiales.

2ª. Ha de ser emitido por una Administración Pública, entendida esta en sentido amplio.

3ª. Y ha de serlo en ejercicio de una potestad que no sea la reglamentaria pues, en ese caso, el producto de tal ejercicio es un reglamento.

### 3.7.2. Elementos

a) Sujeto como elemento esencial del presupuesto del contrato. Ha de serlo siempre una Administración Pública.

Esta, además:

- debe tener competencia para dictarlo.
- el titular o los miembros del órgano ha de estar válidamente nombrados (proceso de selección o designación, toma de posesión, etc.) y no estar incurso en causa de abstención o recusación.

Para que exista una relación contractual administrativa deberán aparecer por lo menos dos sujetos de derecho. Dos sujetos de derecho, de los cuales por lo menos, uno de ellos ha de ser la Administración Pública, obrando en su carácter de persona de derecho público, lógicamente no como ente patrimonial o privado.

“las entidades públicas actúan a través de órganos encarnados por personas físicas individual o colectivamente” (Mascareñas, 1985, pág. 194) esto con el fin de no olvidar que toda persona jurídica o ente del estado está compuesta por personas naturales que juntas forman tales entidades.

“El contrato de la Administración, es un acto jurídico bilateral o acuerdo de voluntades en que una de las partes es, cuando menos, un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa. En otros términos, en la contratación administrativa una de las partes es siempre la Administración; es decir un órgano estatal actuando en función administrativa. Son

sujetos de los contratos públicos, de un lado la Administración en cualquiera de sus grados o clases, y de otro los particulares individuales o colectivamente o también la misma administración.

b) Objeto. Su contenido es, como se ha señalado, una declaración de voluntad - naturalmente, que no esté viciada por dolo, error, violencia o intimidación y, si se trata de órganos colegiados, que se hayan respetado las reglas de funcionamiento (convocatoria, orden del día, quorum de asistencia y de decisión, redacción de acta, etc.) - conocimiento o juicio, dependiendo de la clase acto.

El acto administrativo, como cualquier acto jurídico, puede estar sometido a condición, término o modo.

c) Elemento causal. La causa del acto administrativo supone una realidad objetiva que implica la existencia de un interés público para cuya satisfacción se llega a ejercer una concreta potestad que, en cuanto tal, tiene un fin objetivo y reglado establecido en la norma.

Precisamente para identificar la causa y su ajustamiento al fin de la potestad se exige la motivación de los actos administrativos - al menos, los de mayor relevancia: los que limiten derechos, la resolución de los recursos administrativos, la suspensión de actos, cualquiera que sea su causa, etc., es decir que contenga el “*iter*” lógico que ha conducido a la decisión.

d) Forma. Normalmente se producirán por escrito - y su contenido dependerá de cada ordenamiento, pero también es posible la producción de actos administrativos en forma verbal o por medio de señales luminosas (por. Ej. un semáforo), acústicos (el silbato de un agente de la policía de tráfico) o simplemente gestuales (el mismo agente puede con un solo gesto estar ordenando la paralización de un vehículo). En el caso de órgano colegiado, sus actuaciones han de plasmarse necesariamente en un acta.

Por último, los actos que afecten a los derechos o intereses de los administrados deben notificarse o publicarse.

### 3.7.3 Clases

a) Favorables o de gravamen (o limitativos de derechos) según los efectos de uno u otro signo que produzcan en la esfera jurídica de los administrados. Cabe una tercera categoría, los actos de doble efecto, que son los que producen efectos favorables para uno y de gravamen para otro (piénsese, por ejemplo, en una expropiación).

b) Resolutorios o de trámite, según que pongan o no fin al procedimiento. Solo los primeros son susceptibles de recurso, judicial o administrativo, salvo que los segundos impidan la continuación del procedimiento, en cuyo caso sí son susceptibles de recurso.

c) Que causan estado en la vía administrativa porque agotan dicha vía (por Ej. cuando el órgano autor del acto carece de superior jerárquico o el acto es de la competencia exclusiva del órgano que lo dictó) o que no tengan ese efecto. Contra los primeros solo cabe, pues el recurso jurisdiccional contencioso administrativo.

d) Simples o complejos. En los primeros la competencia para resolver pertenece a un solo órgano administrativo, en tanto que pertenece a varios en los segundos.

e) Plúrimos, los que aparecen en un misma relación o publicación (por Ej. una convocatoria para participar en proceso selectivo de funcionarios) pero que conservan su vida jurídica diferenciada, de tal modo que pueden ser impugnados por un interesado y no por los demás. En definitiva, se trata de actos independientes.

f) Constitutivos o declarativos según que innoven o no las relaciones jurídicas de los destinatarios.

g) Expresos o presuntos (los producidos por silencio administrativo). Los primeros se resuelven mediante resolución, normalmente escrita, que se notifica a los interesados. En los segundos, por el contrario, la Administración no se pronuncia, es decir, guarda silencio.

En este caso, como la situación jurídica no puede permanecer indefinidamente en manos de aquella, la ley crea una ficción legal: transcurrido el plazo de que dispone la Administración para resolver - que necesariamente debe estar fijado en la norma - se entiende que la resolución es desestimatoria de la pretensión del interesado (silencio negativo) o estimatoria (silencio positivo). Uno u otro efecto, naturalmente, debe venir fijado en las leyes.

Por tanto, la administración pública hace uso de contratos administrativos que son necesarios para regular las actividades que vinculan al Estado con otras entidades, comúnmente particulares, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus actividades de servicio. Estos contratos producen derechos y deberes con ambas partes para controlar las transacciones de dichos servicios.

### **3.8. Clasificación del Contrato de la Administración**

Cada clase de contrato tiene en común que los efectos van encaminados a que la Administración y la sociedad reciban un efecto. Existen diversos criterios clasificatorios que la doctrina y la jurisprudencia ha establecido, por lo que se abordaran estos criterios en los apartados posteriores en los cuales se van a describir y a explicar de la siguiente manera:

#### **3.8.1. Por razón del sujeto**

Pueden distinguirse tres tipos de contratos administrativos (Paz & Benito y Rodríguez Román, 1969, pág. 200).

1. Celebrados entre la Administración y un particular;

2. Entre particulares, siempre que uno de ellos esté revestido de competencias públicas, figura que se aplica de forma excepcional;

3. Entre dos entes administrativos.

### **3.8.2. Por razón de su objeto**

Este criterio puede hacer extensa la clasificación ya que cada contrato administrativo tiene un objeto propio, sin embargo, cada uno se utiliza con relación a lo que contrata.

Los contratos administrativos se encuentran divididos según su clase. Esto se encuentra regulado en la LCP art. 131. Y cada una de estas clases cuenta con elementos en común que deben cumplirse para que pueda existir y ser efectiva la relación contractual. Es lógico que, como ya lo dijimos anteriormente, el Estado debe figurar como parte, y será quien determine los lineamientos para la realización del Acto contractual.

Para ello nos remitimos al Título IX, Capítulo II, artículo 131 LCP<sup>38</sup>, que indican una diversidad de los tipos contractuales regulados por la Ley de Compras Públicas siendo los siguientes:

a. Contrato de Precio Fijo, se utilizan principalmente para objetos contractuales en las que se definen claramente el contenido y la duración de los servicios, obras, bienes y consultorías.

b. Contrato Basado en el tiempo: es apropiado cuando es difícil definir el alcance y la duración de los servicios, ya sea porque los servicios están relacionados con actividades de otros para las que el periodo de finalización puede variar, o porque la aportación de los consultores necesarios para alcanzar los objetivos de la asignación es difícil de evaluar.

---

<sup>38</sup> Ley de Compras Pública.

c. Acuerdo General de Compra: se utiliza para cubrir las necesidades repetitivas previstas de suministros, o servicios mediante el establecimiento de cuentas de crédito con fuentes de suministro o servicios calificados.

d. Contrato de Concesión, Se da cuando el Estado a través de la Institución correspondiente concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios.

e. Contrato de Arrendamiento de bienes muebles: Son contratos necesarios para obtener en calidad de arrendamiento toda clase de bienes muebles con o sin opción de compra. El monto base de la contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado local.

Partiendo de tal clasificación señalada en el Art. 131 LCP, el artículo 132 LCP, señala que la preparación, adjudicación, formalización y efecto de los contratos quedan sujetos tanto a la Ley de Compras Públicas y su reglamento y a falta de ellos se atenderá la aplicación de acuerdo a las normas del Derecho Común.

El Dr. Ricardo Mena Guerra, en su obra<sup>39</sup> menciona que nuestro legislador no dejó una noción de cláusulas exorbitantes o finalista de los contratos administrativos, a fin de realizar tal distinción, sino que buscó la fórmula de la taxatividad, acogiendo la teoría de la calificación legal, ya que intenta determinar por ministerio de ley cuáles son los contratos administrativos, dando a entender que fuera de ellos todos los demás son contratos civiles de la administración. Es decir, que los primeros están sometidos en cuanto a su preparación, adjudicación, formalización y efectos al Derecho administrativo -normas constitucionales, LCP.

---

<sup>39</sup> LA COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE LOS LITIGIOS RELACIONADOS CON LOS CONTRATOS DEL ESTADO. Posibles alternativas.

Tal autor indica que el concepto del Contrato Administrativo en nuestro país sería aquel contrato determinado en la ley, en el cual la Administración ejerce sus prerrogativas legales en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción y que es regido por normas de Derecho administrativo y constitucionales.

### **3.8.3. Norma general: Ley de Compras Públicas**

La Ley de Compras Públicas sustituyó a la Ley de Adquisición y Contratación de la Administración Pública conocida como LACAP, la cual regía en procesos de contratación pública. Esta normativa entró en vigor el 10 de marzo de 2023.

Por lo que el objeto de LCP es establecer las normas básicas que regularán el ciclo de la compra pública, compuesto por las fases de: planificación, selección del contratista, contratación, seguimiento y liquidación de las contrataciones de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza que la Administración Pública deba realizar para la consecución de sus fines, encaminada al uso eficiente de los recursos del Estado.

El marco normativo actual que regula las compras de bienes, servicios y obras en la administración pública, enfocándose especialmente en sus aspectos de transparencia y rendición de cuentas.

Se abordarán las siguientes características o aspectos relevantes de cada regulación vigente:

- **Ámbito de aplicación.**
- **Creación de nueva institucionalidad, si aplica.**
- **Normativas sobre transparencia y publicidad.**

- Tipos de procesos de compra y sus particularidades.

### **3.8.3.1. Ámbito aplicación**

Según el art. 2 LCP, se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que contraten con la administración pública, siendo una característica principal de los contratos administrativos, como es la partición de un órgano estatal y un particular, quedaran sujetos a la ley, así como las contrataciones en las que se comprometan fondos públicos (Fondo general o préstamos) o las realizadas por los gobiernos municipales, así como los fondos especiales FOPROMID<sup>40</sup> (Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres) y FOSEP<sup>41</sup> (Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión). En suma, se aplica a todas las compras y contrataciones que efectúe la AP en el territorio nacional para la consecución de los fines estatales.

### **3.8.3.2. Quienes están sujetos a la ley**

a) Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que oferten o contraten con la administración pública, dichas personas podrán participar en forma individual o conjunta en los procesos de contratación que lleven a cabo las instituciones;

b) Las contrataciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social;

---

<sup>40</sup> Este fondo fue instituido por medio de la Ley de Creación del Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres, aprobado mediante el DL 788 del 31 de agosto de 2005, publicado en el DO No. 160, Tomo No. 368 del 31 de agosto de 2005.

<sup>41</sup> El FOSEP fue establecido a través de la Ley de Creación del Fondo Salvadoreño para Estudios de Preinversión, promulgado por medio del DL No. 775 del 25 de abril de 1991, publicado en el DO No. 90, Tomo No. 311, del 20 de mayo de 1991

c) Las contrataciones de las entidades de carácter público o privado que comprometan fondos públicos de conformidad a lo establecido en la Constitución y leyes respectivas, incluyendo los provenientes de los Fondos de Actividades Especiales;

d) Las adquisiciones y contrataciones realizadas por las Municipalidades.

e) Las adquisiciones y contrataciones realizadas con el Fondo de Protección Civil, Prevención y Mitigación de Desastres (FOPROMID).

f) Las adquisiciones y contrataciones realizadas con el Fondo Salvadoreño para Estudios De Preinversión (FOSEP).

### **3.8.3.3. Exclusiones de aplicación de la ley**

Tanto la doctrina como nuestra legislación, contempla situaciones en que la contratación administrativa no procede, ya que existen circunstancias en que el procedimiento de licitación pública o concurso no es viable. A estas circunstancias se les denomina: exclusiones, las cuales en sentido estricto vienen a determinar quienes no son, según la ley, aptos para realizar las contrataciones administrativas. Autores como Guillermo Cabanellas detallan particularmente a lo que exclusión administrativa se refiere “a separación de un sujeto, del grupo o clase a la que pertenece, cuando de disposiciones permisivas se trata, o cuando la norma prohíbe a éste, realizar acciones judiciales o de Derecho” (Cabanellas, pág. 623).

La LCP, determina el objeto de su ley en el Art. 1<sup>42</sup>, aquí se determina la regulación del ciclo de las compras públicas que realiza la Administración Pública deba realizar para la

---

<sup>42</sup> LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Art. 1 inciso 1. “La presente ley, tiene por objeto establecer las normas básicas que regularán el ciclo de la compra pública, compuesto por las fases de:

consecución de sus fines, encaminada al uso eficiente de los recursos del Estado, utilizando tecnologías de la información y comunicación, principios y valores tales como: planificación, transparencia, no discriminación, publicidad, libre competencia, igualdad, ética, imparcialidad, probidad, racionalidad del gasto público, equilibrio económico, riesgo y ventura del contratista, centralización normativa y descentralización operativa de procesos, así como sostenibilidad en las compras públicas.

Ahora bien, nos referimos con anterioridad a las formas de inclusión que la ley hace a los sujetos de Derecho, pero es de sumo interés quienes quedan excluidos de esta ley.

Por tanto, la Ley de Compras Públicas (LCP) establece aquellas contrataciones que no se rigen por sus disposiciones, ya que cuentan con normativa específica. Tal es el caso de los servicios personales prestados de forma permanente y bajo relación de subordinación, los cuales, en nuestro contexto, se encuentran regulados por distintas normativas, como la Ley del Servicio Civil, el Código de Trabajo, las Disposiciones Generales de Presupuestos, la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, entre otras.

#### 3.8.3.4. Formas de contratación

La forma de contratación para celebrar contratos regulados por la ley se identifica en el siguiente cuadro:

*Tabla 1 Formas de Contratación*

<b>Formas de contratación</b>	<b>Concepto</b>
<b>Contrato de Precio Fijo</b>	Los contratos de precio fijo pueden adoptar varias formas, como la suma global, el precio unitario o según aplique.

---

planificación, selección del contratista, contratación, seguimiento y liquidación de las contrataciones de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza que a Administración Pública deba realizar para la consecución de sus fines, encaminada al uso eficiente de los recursos del Estado

	Los contratos de precio fijo se utilizan principalmente para objetos contractuales en las que se definen claramente el contenido y la duración de los servicios, obras, bienes y consultorías. Art. 134LCP.
<b>Contrato Basado En El Tiempo</b>	El contrato basado en el tiempo es apropiado cuando es difícil definir el alcance y la duración de los servicios, ya sea porque los servicios están relacionados con actividades de otros para las que el período de finalización puede variar, o porque la aportación de los consultores necesarios para alcanzar los objetivos de la asignación es difícil de evaluar. Art. 135LCP.
<b>Acuerdos Generales de Compra</b>	Se podrá utilizar para cubrir las necesidades repetitivas previstas de suministros o servicios mediante el establecimiento de cuentas de crédito con fuentes de suministro o servicios calificados. Art. 136LCP.
<b>Contratos de Concesión</b>	Concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios. Art. 137 y siguientes LCP.
<b>Arrendamiento de bienes muebles</b>	La institución podrá obtener en calidad de arrendamiento toda clase de bienes muebles con o sin opción de compra. El monto base de la contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado local. Art. 157 LCP.

\*Elaboración propia conforme a la Ley

Asimismo, el artículo 130 LCP, preceptúa que los contratos que determinan obligaciones y derechos entre los particulares y las Instituciones, su preparación, adjudicación, formalización y efectos, quedan sujetos a la LCP, su reglamento Ley de Procedimientos Administrativos, así como a falta de las leyes antes relacionadas, se aplicaran las normas de Derecho Común, entiéndase el derecho privado.

El legislador no establecido elemento de cláusulas exorbitantes o finalista de los contratos administrativos, sino, más bien se encamino a la taxatividad, estableciendo con ello cuáles son los contratos administrativos<sup>43</sup>.

### **3.8.4. Tipos de contratos regulados por la Ley de Compras Públicas.**

La ley hace una clasificación de los contratos administrativos, en nuestro país, lo cual debe de entenderse que sean taxativa, dado que no existe ningún impedimento para que la Administración Pública, celebre otros contratos, denominados como Contratos Atípicos, de los cuales en la presente investigación no abarcaremos.

Los Artículos 130 y 131 de la LCP, determinan que cuando se pretende contratar, y es que la ley únicamente regula cinco contratos administrativos (de precio fijo, basado en el tiempo, acuerdos generales de compra, concesión y Arrendamiento de bienes muebles, por lo que en este apartado desarrollaremos en un primer momento la clasificación a que se refiere del literal a), b), c), d) y e) del Art. 131 LCP, a continuación:

#### **3.8.4.1. Contratos de Precio Fijo**

El pago del precio, por el contrario, es la principal obligación que debe asumir el Estado frente al contratista en los contratos que celebre. El pago debe hacerse conforme se haya pactado, y podrá hacerse de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta, siendo este último más conveniente puesto que no obliga al contratista a financiarse lo que finalmente

---

<sup>43</sup> El artículo 131 de LCP, enumera los contratos administrativos: Los contratos regulados por esta Ley son los siguientes: a) Contrato de Precio Fijo. b) Contrato Basado en el Tiempo.

c) Acuerdos Generales de Compra. d) Contratos de Concesión. e) Arrendamiento de bienes muebles.

Los contratos de Asociaciones Publico Privadas y de Sociedades de Economía Mixta no estarán regulados por esta ley.

redundará en un precio mayor al hacer frente a las necesidades de financiamiento (Correa, 2002, pág. 56).

La característica esencial de este método de contratación definido para personas jurídicas se deduce de su propia denominación, el precio a cancelar por la consultoría requerida es fijo, invariable, sin posibilidad de que pueda modificarse, debiendo el ofertante ajustarse a la disponibilidad presupuestaria de la entidad contratante, formando parte del presupuesto de la entidad contratante, tales servicios deben de detallarse en forma clara, suficiente y en armonía al presupuesto disponible. (Rodríguez-Arana Muñoz & y Mejía, 2024, pág. 359).

La ley lo regula en el Art. 134 LCP, en este tipo de contratos no dispensa que en este método de contratación se prescindiera de la oferta económica, pero prevé que la propuesta técnica y financiera se presenten en sobres separados, puede adoptar varias formas, como la suma global, el precio unitario o según aplique, sin embargo, abarcaremos la clasificación de este tipo de contratos.

#### **3.8.4.1.1. Contrato por Precio Unitario**

En estos contratos se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar. Así cuando se trata de la construcción de un edificio se calculan los metros cúbicos de cada unidad, es decir que se aplican precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra. Existen dos tipos de contrato de precio unitario: a) El contrato de Unidad Simple: se fijan precios unitarios, pero queda sin determinar la cantidad de obra a ejecutar en cada uno de los ítems. b) Contrato de Unidad de Medida: hay establecimiento de precios y de la cantidad de la obra a ejecutar en cada uno de los ítems.

La ley en su inciso 2º del Art. 134 LCP, menciona que se utilizan principalmente para objetos contractuales en las que se definen el contenido y la duración de los servicios, obras, bienes y consultorías.

#### **3.8.4.1.2. Por Ajuste o Precio Alzado**

Es cuando se contrata un trabajo exactamente definido, por un precio total indicado en ocasión del contrato.

Este contrato presenta en principio las siguientes características: 1) Un precio fijo e invariable cuya revisión no pueden solicitar ni la administración ni el contratista. 2) La naturaleza o importancia del trabajo a realizar son invariables y no pueden beneficiarse por convenios entre las partes Este tipo de contratos se aplican generalmente a obras pequeñas, en obras grandes o en aquellas en que pueden producirse variaciones durante su ejecución no es conveniente este sistema.

#### **3.8.4.2. Contrato Basado en el Tiempo**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo art. 135 LCP, este tipo de contrato se vuelve necesario cuando es difícil definir el alcance y la duración de los servicios, en referencia a que están relacionados estos con actividades de otros para la que el periodo de finalización puede variar, o porque la aportación de los consultores es necesario para alcanzar los objetivos de la asignación y presentan dificultad de evaluar.

Con relación a este contrato los pagos se realizan por tarifas por horas, diarias, semanales o mensuales acordadas para el personal que normalmente se nombran en el contrato, en los artículos reembolsables utilizando gastos reales o precios unitarios.

Estos contratos son supervisados y administrados por la Administración contratante para garantizar que la asignación está progresando satisfactoriamente y los pagos reclamados por los consultores son apropiados.

### **3.8.4.3. Acuerdos Generales de Compra**

La Ley de Compras públicas contempla este tipo de contratación<sup>44</sup>, en referencia a los contratos relativos a todos los servicios o al contrato de suministros, es decir que este método de contratación es en referencia a los procedimientos de selección de contratista de bienes o servicios requeridos con carácter inmediato, pueden ser pagados con fondo circulante o caja chica, por tanto, en casos excepcionales podría aplicarse para consultorías.

Este tipo de contratos está diseñado para la adquisición derivada de compras de baja cuantía o métodos de contratación que contempla la LCP, a manera de ejemplo podemos retomar para este tipo de contratos los servicios de vigilancia, limpieza, la reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles, seguros, transportación de bienes muebles o personas.

### **3.8.4.4. Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles:**

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, regulaba el arrendamiento de bienes muebles, cosa que no ocurrió con la LCP, sin embargo, al no existir regulación especial se configurara como un contrato de suministro o no consultoría. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 188).

En el artículo 157 LCP se establece que: la Institución podrá obtener en calidad de arrendamiento toda clase de bienes muebles, con o sin opción de compra. El monto base de la

---

<sup>44</sup> Art. 136 LCP.

contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado local y en todo caso, se observarán las formas de contratación establecidos en esta ley.

El Art. 52 RLCP, ha establecido ciertos criterios mínimos en su implementación los cuales son: *a) Cumplimientos de las especificaciones técnicas; b) Precios de mercado; c) Condiciones de pago; d) Condiciones de mantenimiento y reparación; e) Cantidades disponibles; f) Facilidad de movilización o transporte; g) Agencias o representantes en el territorio nacional; y, h) Opción de reemplazo por obsolescencia o fallas constantes y en su caso, opción de compra.*

Por otra parte, el art. 53 RLCP, refiere que la Institución puede optar por comprar el bien al valor inicialmente pactado o devolverlo. Los bienes amparados por estos contratos deben estar sujetos a las estipulaciones del buen uso de los bienes del Estado.

### **3.8.4.5. Contrato de obra Pública**

La teoría del contrato de obras públicas ocupa un lugar singularmente importante dentro de los contratos administrativos, presentando una fisonomía original que le confiere un carácter especial, una relevancia en la regulación de las contrataciones del Estado (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 167). Por ello lo estudiaremos de la siguiente manera:

En primer lugar, analizaremos los conceptos de Obra Pública, entendiéndose aquel bien que pertenece a una institución pública o del Conceso Municipal a fin de que una persona natural o jurídica administre y explote el servicio público. El contrato de obra es aquel que pretende construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Art. 138 de Ley de Compras Públicas

El contrato de obra pública tiene como objeto regular la ejecución del trabajo público para la obtención de una obra pública determinada, tal como lo afirma Escola, toda obra pública es necesariamente el resultado de un trabajo público, por cuanto no existen originadas en la acción de la naturaleza, sino que estas son siempre el resultado de la labor humano. (Barra, 1988, pág. 64).

El Contrato administrativo de Obra Pública lo entendemos como aquel bien que pertenece a una institución pública y que tiene por fin satisfacer un bien público o un interés colectivo general, por medio del uso público o administrativo. El contrato de obra pública es aquel que pretende edificar, modificar o destruir una obra pública. Con relación a este tipo de contrato, en el derecho común aplicable encontramos el Art. 1784 y siguientes del código civil que regula la confección de obras materiales.

El contrato de obra se delimita al criterio de resultado, ya que el contratista se obliga a garantizarlo, el mismo no se agota con la ejecución de la obra, sino que reúne cualidades prometidas, sin defectos que eliminen o disminuyan el valor de la utilidad exigida por el contratante. Es por ello que una definición doctrinaria muy acertada sobre el convenio de obra es la siguiente: “El contrato que consiste en la obligación que contrae el contratista de hacer una obra determinada, y el comitente, de pagarle la correspondiente retribución (González, (2019)).

Para el cumplimiento de sus fines la administración pública puede requerir la realización de una construcción o instalación, si esta ejecución se efectúa por intermedio de sujetos privados se recurrirá al contrato de obra pública, la cual es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir que no es resultado de la naturaleza.

El contrato de obra pública es sólo uno de los medios de realizarla. Los otros modos de realización son la concesión de obra pública y también directamente por la propia

administración, es decir que existen dos procedimientos para realizar la obra pública, el directo, por la propia administración y el indirecto, por contrato de obra pública o por concesión de obra pública.

La elaboración o construcción de las Obras Públicas puede ser verificada en la práctica de dos maneras. La primera, mediante trabajos públicos que dan como resultado que la Obra pública sea efectuada por la misma administración ( Art. 74 LCP), la segunda se verifica mediante el actuar indirecto de la Administración, donde se acude a la colaboración de terceros que serán quienes se hagan cargo del cumplimiento de los trabajos que dan lugar a la Obra Pública, esta colaboración es vía contractual, apareciendo así los Contratos Administrativos de Obra Pública y de Concesión de Obra Pública, cuya diferencia radica esencialmente en el contrato de obra pública el pago es efectuado directamente por el Estado y en el contrato de concesión de obra pública, la obra es pagada por los administrados usuarios, como el peaje o la contribución de mejoras. (Oliva de la Cotera, 2023, págs. 167-168).

#### **3.8.4.5.1. Concepto**

En referencia a nuestra legislación su definición lo establece el Art. 45 LCP, que las contrataciones de obra corresponden a la realización de obras de construcciones de beneficio o interés general, mediante la alteración del terreno o del subsuelo mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación.

Sin embargo, a nivel jurisprudencia se encuentran vestigios en la derogada Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), que plantea que el contrato de obra pública *“es aquel que celebra una institución con el contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas, mediante la alteración del terreno o del subsuelo, o mediante*

la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación, o cualquier otro medio”. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 170).

Mientras que Ramón Paredes dice:

“Se entiende por contrato de obra el celebrado entre la administración y un empresario cuyo sea la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno del subsuelo y la forma, reparación y conservación o demolición de los objetos anteriores”.

El contrato de obra pública es aquel mediante el cual una persona sea física o jurídica, se encarga con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones en que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, los rubros que se consignent dentro de una oferta son entonces por el ente administrativo que promueve la licitación. (Parada, 2007, pág. 317).

Manuel María Díez lo define como “Aquél por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra vale decir, el Estado (Díez, 1967, pág. 27).

Por otro lado, al referirnos al Derecho común, en el Art. 1784 C.C.<sup>46</sup> y siguientes regula el contrato de confección de obra material.

---

<sup>46</sup> Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario de venta. El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.

“Por contrato de obras se entiende aquel celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. a) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como sondeos, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas y otros análogos. b) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores” (Poder, 1995, pág. 112).

En las obras públicas que la Administración deba construir o reparar se deben contar por lo menos con tres componentes: a) el diseño, b) la construcción, y c) la supervisión. Por regla general cada fase de la obra deberá ser realizada por personas naturales o jurídicas diferentes, a excepción, la Administración podrá acordar que las dos primeras fases sean ejecutadas por el mismo empresario, previa licitación, pero nunca debe concertarse la ejecución con la empresa que haya realizado el diseño la ejecución de la obra, “so pena de nulidad”, según lo dispone el Artículo 47 LCP.

En el contrato de obra se acordará la modalidad de cotización o de pago, ya sea de suma alzada, precios unitarios costo más porcentaje entre otros, así como se establecerá la modalidades o combinación de estas por un contratista, que podrá ser diseño, construcción equipamiento, llave en mano, diseño, construcción o supervisión. (art.46 LCP).

La forma más usual para ejecutar las obras publicas es a través de contratos de obra por los cuales la entidad encarga al contratista realizar con sus propiedad actividad, organización y medios una o más prestaciones de ingeniería civil, sujeta a medidas por el resultado sobre un proyecto, obligándose la entidad a pagar al contratista una retribución

económica, por lo que en este tipo de contrataciones sus prestaciones son la de construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles (Morón Urbina & B., 1965, pág. 63).

#### **3.8.4.5.2. Clases de Contrato de Obra Pública**

Esta subclasificación contractual se desarrollará de la siguiente manera:

##### **3.8.4.5.2.1. Contrato Llave en Mano:**

Antes de abordar el aspecto legal sobre este tipo de contrato, lo abordaremos desde el aspecto doctrinario, refiriéndose al contrato Llave de mano, como la modalidad mediante la cual no solo busca la construcción de una infraestructura, si no que su requerimiento se encontrará satisfecho si esa infraestructura se encuentra equipada, para que así, inmediatamente de la recepción de la obra, la entidad pueda poner en funcionamiento la misma. Además, según la normativa del contratista, puede incluirse como parte de las prestaciones del cargo del contratista, también la elaboración del expediente técnico.

Es propio de su naturaleza que, además de las obligaciones antes señaladas, la modalidad de contratación llave en mano pueda incluir obligaciones particulares, tales como la realización de un periodo de prueba de puesta en servicio y operación experimental; posibilidad de formación de personal y la asistencia técnica luego de la ejecución de la obra; entrega de planos de equipamiento y manuales de operaciones definitivos en la oportunidad de entrega de la obra. Además de la responsabilidad por vicios ocultos, los contratos bajo esta modalidad suelen requerir de pólizas de seguros o garantías que deben de mantenerse vigentes por un periodo mayor a la realización del contrato. (Morón Urbina & B., 1965, pág. 64).

En la LCP en el Artículo 46 y 47 inciso 2º LCP, se establece que se podrá acordar mediante resolución o acuerdo la celebración del Contrato Llave en Mano, siempre que se comprueben las ventajas de esta modalidad de contratación, con respecto a las otras estipuladas en esta ley o que se tratare de la ejecución de proyectos extraordinariamente complejos.

El contrato de llave en mano o llamado también “turnkey contract”, es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente. Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos “llave en mano”, formando parte de la obligación global del contratista son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada.

En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

#### **3.8.4.6. Contrato de Concesión**

Según Manuel María Díez (Díez M. M., 1980) concesión administrativa es un procedimiento que permite a la administración conferir ciertos derechos a un particular en condiciones que implican frecuentemente un acuerdo contractual y la sumisión del concesionario a un pliego de condiciones hecho por la administración.

La concesión es el contrato por el cual la entidad encarga o delega en una persona, temporalmente, la ejecución de servicios públicos o de obras de infraestructura, otorgándole el ejercicio de prerrogativas públicas para asegurar su funcionamiento y asumiendo el concesionario los costos y riesgos de la ejecución y operación (Morón Urbina & B., 1965, pág. 69).

Según la LCP, los contratos de concesión pueden ser: a) De Obra Pública;<sup>47 48</sup>, y c) De R<sup>49</sup>; y en el siguiente artículo se aclara lo que concesión de obra pública, significa, es decir en el Art. 138 LCP, estipula lo siguiente: “Por concesión de obra pública, el Estado a través de la institución correspondiente o del Concejo Municipal concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios”.

Además, en las obras que se otorguen para concesión se podrá incluir el uso del subsuelo y los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a ello. Finalizado el plazo de la concesión, la persona concesionaria se obliga a entregar al Estado a través de la institución correspondiente, la propiedad de la obra en condiciones adecuadas para la prestación del mismo servicio.

---

<sup>47</sup> Art. 138 LCP.

<sup>48</sup> Art. 139 LCP.

<sup>49</sup> Art. 140 LCP.

### 3.8.4.6.1. Sujetos

**Concedente:** es quien otorga la concesión, quien ha de ser una persona pública no estatal: nación, provincia, municipio o entidad autárquica institucional. **Concesionario:** es aquél a quien se le otorga la concesión: el concesionario es contratista.

El objeto del contrato de concesión varía en cada uno de los tres tipos de concesión regulados por la LCP, así tenemos que para el contrato de concesión de obra pública el objeto es la explotación de la obra pública construida por el concesionario; mientras que en el contrato de servicio público es la prestación y explotación del servicio público por concesionario prestado a los particulares y con respecto al contrato de concesión de recursos naturales y de subsuelos el objeto es la explotación de los recursos naturales regidos por leyes determinadas.

La forma de seleccionar al concesionario es a través de la modalidad de licitación competitiva<sup>50</sup> y debe regirse por las disposiciones que regulan las licitaciones, artículo 141 LCP.

Para poder ser concesionario doctrinariamente se mencionan aspectos como: a) La elaboración de cláusulas de prestación a que haya de sujetarse el servicio en sus aspectos administrativos, operativos, jurídicos, económicos y técnicos; b) Establecer los procedimientos para la inspección y aceptación de las obras respectivas, en su caso; c) Establecer la estructura tarifaria respectiva, así como las fórmulas de los reajustes tarifarios y su sistema de revisión, previa aprobación de la autoridad concedente; d) Establecer el plazo por el cual se concederá la concesión, y e) Determinar el subsidio que otorgará el Estado, en caso existiere. (Paz & Benito y Rodríguez Román, 1969).

---

<sup>50</sup> Adquisiciones por un monto superior a 240 salarios mínimos mensuales del sector comercio (\$87,600) Art. 39LCP.

#### **3.8.4.6.2. Contrato de Concesión Administrativa**

Al referirme a este tipo de contratación citare (Oliva de la Cotera, 2023, págs. 170-171), que refiere que la concesión se emplea al referirse a distintos objetivos que se pueden perseguir mediante una concesión de servicios públicos o de uso de bienes del dominio público o de obra pública o de obra con servicio público, siendo este tipo de concesión de naturaleza administrativa, dado que así lo refiere la doctrina, siendo por tanto la concesión un mecanismo que le permite a la Administración conferir ciertos derechos a un particular en condiciones que frecuentemente implican un acuerdo contractual y por ello la sumisión del concesionario a un pliego de condiciones otorgados por la Administración pública. Haciendo referencia el mismo autor que la Ley generalmente establecen que la concesión puede ser de Obra Pública, de Servicio Público y de Recursos Naturales y Subsuelos.

#### **3.8.4.6.3. Contrato de Concesión de Obra Pública**

Es un modo de ejecución de la obra pública por medio del que la administración contrata a una empresa para la realización del trabajo y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado. Según el artículo 138 LCP: "Por concesión de obra pública, el Estado a través de la institución correspondiente o del Consejo Municipal concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios.

Además, en las obras que se otorguen para concesión se podrá incluir el uso del subsuelo y los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso

público o municipales destinados a ello. Finalizado el plazo de la concesión, la persona concesionaria se obliga a entregar al Estado a través de la institución correspondiente, la propiedad de la obra en condiciones adecuadas para la prestación del mismo servicio.

Partiendo de ello, es necesario retomar lo que nuestra Constitución regula en el art. 234, que dice:

“Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley.”

Como se nota, la Constitución se refiere a obras y bienes muebles que se traducirían en el Contrato de Obra Pública y el Contrato de Suministro de Bienes Muebles.

Es evidente que la Constitución existen otros artículos que se refieren a contratos administrativos, por ejemplo, el art.120 que se refiere al contrato de concesión:

*“art. 120 Cn.- En toda concesión que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas.*

*Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación.”*

Por tanto, la base constitucional de la concesión de obra pública es el artículo 120 de la Cn, tal artículo solo hace referencia al Estado como sujeto activo de la concesión, estableciendo como elementos esenciales el plazo y las condiciones de dicha concesión y ordenando que sean sometidas a la Asamblea Legislativa.

La concesión de obra pública, se dice, no es sino un modo de ejecución de ellas, en que la Administración Pública celebra un contrato administrativo específico, cuyo contratante, que puede ser una persona física o jurídica, se obliga a ejecutar una Obra Pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la Administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien con ella, a cuyo fin le serán otorgadas temporalmente contratante (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 172).

Continúa mencionando el autor en su obra Comentarios a la Ley de Compras Públicas y su Reglamento, que en lo referente a los derechos y obligaciones que posee el concesionario, destaca la explotación de la obra, manteniéndose siempre el equilibrio económico-financiero del contrato, además del derecho conexo de solicitar a la Administración que realice cuantas acciones sean necesarias para la conservación y explotación de la obra.

#### **3.8.4.6.4. Contrato de Concesión de Servicio Público**

Es un contrato por medio del cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica privada o pública la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso de tiempo. Así el art. 139 LCP, establece: Por el Contrato de Concesión de Servicio Público, el Estado a través de la institución correspondiente, concede temporalmente a una persona natural o jurídica, la facultad de prestar un servicio público, bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo de la concesionaria. El plazo y demás condiciones se determinarán de acuerdo con el contrato de concesión.

En relación con los servicios públicos, la concesión es uno de los mecanismos que utiliza la autoridad concedente para conservar la titularidad y control de dicho servicio y, a su vez, delegar su gestión a terceros. En la Resolución de fecha 4-I-2012, pronunciada en el proceso de Amp. 609-2009, se expuso que la concesión es el acto jurídico mediante el cual, en

caso de interés general, se permite a un particular el ejercicio de una prerrogativa que originalmente correspondía al Estado para que, en sustitución de este y por su cuenta y riesgo, preste un servicio público o pueda usar, aprovechar y explotar bienes de dominio público.

La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la administración pública, quien conserva el control y en ciertos casos la dirección. La delegación convencional de atribuciones no significa un traspaso definitivo de las mismas. La explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo. La responsabilidad que deriva de hechos que concreten el ejercicio de la concesión, corresponde al concesionario. No debemos olvidar que la concesión de servicio público se otorga a favor de un “interés público”, es por eso que la concesión de servicio público no puede ser renunciada de manera unilateral por parte del concesionario y el control del Estado sobre la actividad de éste se acredita e intensifica en comparación con el control estatal sobre la actividad del contratista en los demás contratos administrativos. A pesar de la concesión, la actividad sigue siendo “servicio público”, por lo cual los principios esenciales de éste tienen plena vigencia en el ámbito de la concesión. Sin omitir que existe un tercer sujeto dentro de la relación contractual, el cual es el usuario, en cuyo beneficio se otorga la concesión.

En términos generales, se consideran servicios públicos aquellas actividades que cubren o satisfacen las necesidades colectivas esenciales de los habitantes por un procedimiento. La imprecisión del concepto vertido está directamente relacionada con la política de país de cada Gobierno; así la determinación de cuales necesidades son esenciales de la población varía de Estado a Estado, según sea su inmersión o paternalismo respecto del pueblo. Países más liberales no considerarán como servicio público el transporte colectivo; mientras que, en nuestro país, el legislador se encargó de perfilarlos como tal.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia nº 299-2011 de fecha 31 de Agosto de 2015.

El doctor (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 175) en su obra Comentarios a la Ley de Compras Públicas hace alusión que los elementos referentes a los servicios públicos se enmarca en la necesidad que se satisface, titularidad del servicio y régimen jurídico, que son la guía para determinar el servicio público a fin de satisfacer las necesidades primordiales y directas de los habitantes, cuya titularidad la asume el Estado de forma directa e indirectamente, a través de un régimen jurídico que garantiza la continuidad, regularidad y uniformidad.

Esta base doctrinaria se sostiene jurisprudencialmente cuando indica la Sala de lo Contencioso Administrativo que el servicio público tiene tres elementos básicos: (i) *la necesidad o interés que debe satisfacerse, que no es la necesidad o interés de quien presta el servicio, sino la suma de las necesidades o intereses individuales de los usuarios —la población entera o la parte de ella para cuya satisfacción se crea el servicio—;* (ii) *la titularidad del sujeto que presta el servicio, que adopta las modalidades de directa, indirecta o mixta, dependiendo de la participación más o menos directa de la Administración;* y (iii) *el régimen jurídico al que se encuentra sujeto, que es el del Derecho Público, lo cual implica que el Estado se encuentra obligado a intervenir en su regulación para evitar los abusos de cualquier orden en que incurran quienes prestan o realizan el servicio.*<sup>52</sup>

Mencionando la misma sentencia que los servicios públicos sean prestados por distintos sujetos —el Estado, personas naturales o jurídicas—, independientemente de quien sea el que preste el servicio, no puede quedar al arbitrio de los particulares ni de la propia Administración el calificar cuándo una actividad tiene el carácter de necesidad colectiva o de interés general y, por ende, si se trata o no de un servicio de carácter público.

---

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo 14-2011 de fecha 4/06/2014

**3.8.4.6.4.1. Naturaleza: Derecho Público**

El artículo 110 inciso 4º de la Constitución, determina que el Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, la Carta Magna nos deja ver que los servicios, no tienen necesariamente que ser suplidos por el Estado, sino que permite que personas privadas los gestionen. No obstante, el mismo artículo fija expresamente, que le corresponde únicamente al Estado regular y vigilar los servicios públicos; es decir que, pese a que se permite que la gestión de los mismos sea proveída por un particular, el desenvolvimiento en la prestación del servicio se rige dentro del Derecho Público, donde la Administración Pública ejerce un rol de contralor para asegurar que dicho servicio se provea de la manera correcta.

El régimen jurídico que le corresponde se justifica por el interés colectivo que satisface, y que supone por parte del Estado el ejercicio del control sobre la gestión del servicio público, toda vez que pueda imponer restricciones administrativas desde su creación (por medio de un contrato de concesión), su funcionamiento (multando, o revocando la concesión), o bien estableciendo los requisitos que deban verificarse para el correcto funcionamiento del servicio público (modificaciones excepcionales mientras se encuentra vigente el contrato de concesión). Es por ello, que puede excepcionalmente y bajo los canales legales correspondientes, modificarse la prestación del servicio, cuando el interés público así lo imponga, con el objeto único de mejorar el servicio.

**3.8.4.6.4.2. Titularidad del servicio público**

Este servicio lo ejerce la generalidad de habitantes, como aspirantes potenciales a que el servicio les sea prestado (aunque no hagan uso material de este, es decir que el acceso debe ser posible a la generalidad, aunque el potencial usuario no llegue a materializar el uso efectivo del servicio).

Es común, incluso, como lo menciona el autor (Comadira) en su obra, el utilizar expresiones tales como servicio público, necesidad o interés colectivo, general, o público, etc., por lo que al referirse a la noción lo aborda desde la perspectiva del vocablo “interés público”, en el cual se perfila: a) un interés, o sea, un provecho, utilidad, o valor que en sí tiene una cosa, una conveniencia o necesidad en el orden moral o material; y b) la circunstancia de que ese interés es el interés público y no cualquier otro, siendo público aquello que pertenece al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en el sentido lato.

#### **3.8.4.6.4.3. Formas de Administración y Gestión de los Servicios Públicos**

La oferta en cambio debe proveerla el Estado, es decir, quien podrá servirse de cualquiera de las formas legales de prestación, o sea de gestión de los servicios públicos; la gestión directa, mixta e indirecta, reconociéndolo la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>53</sup>.

##### **3.8.4.6.4.3.1. Gestión de Manera Directa.**

Cuando el Estado lo gestiona y provee él mismo de manera exclusiva, a través de órganos de la Administración central, o entes descentralizados y autónomos (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 176).

La gestión directa permita una multiplicidad de formas, siendo las más importantes:

- a) Gestión indiferenciada, llamada por los franceses *gestión régie*, que acontece cuando el órgano enmarcado dentro de la administración del Estado, centralizado o descentralizado, explota un servicio.

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sentencia nº 299-2011, de fecha 31 de Agosto de 2015.

- b) Establecimiento o empresa propia sin personalidad jurídica. También es un órgano de la administración del Estado que en forma desconcentrada y mediante instrumentos de derecho privado ofrece a la colectividad un servicio.
- c) Servicio Público personalizado. Esta forma de explotación es más frecuente, se crea y organiza un ente descentralizado y se le confía la explotación de un servicio, pero mediante procedimientos de derecho público, en que se hace uso del poder soberano del Estado.
- d) Sociedades y empresas del Estado con personalidad jurídica, se trata de entes descentralizados, no es autónoma, sino de naturaleza económica, por tanto, su régimen jurídico que reglamenta el servicio en relación con los usuarios tiene la naturaleza de derecho privado especialmente derecho mercantil.

#### **3.8.4.6.4.3.2. Gestión de Manera Mixta**

Esta categoría tiene la variante de que el estado y los particulares comparten la Administración y riesgo de la gestión (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 177), es donde el Estado de manera conjunta con una persona privada, crea una empresa de economía mixta, compuesto el capital social por una parte de la Administración Pública, y por otra de la persona privada, con el objeto de satisfacer la necesidad de la generalidad de habitantes.

La gestión mixta puede adoptar dos formas:

- a) La gestión interesada, denominada por los franceses "*régie interesee*". Se refiere a una forma de Asociación entre la Administración y un particular para la gestión de un servicio público. La asociación se hace a través de un Contrato Administrativo, pero no provoca el nacimiento de una nueva persona jurídica.

- b) Sociedades de Economía Mixta. Estas sociedades tienen el aporte del Estado o entes descentralizados, y de particulares, emitiéndose frecuentemente dos series de acciones, una para cada sector. La Administración se ejerce conjuntamente por los particulares y representantes del sector público, ya que cada serie de acciones tiene derecho a asignar a determinado número de miembros de la Junta Directiva. Ejemplo. Manejo Integral de Desechos Sólidos, Sociedad por Acciones de Economía Mixta y de Capital Variable.

#### **3.8.4.6.4.3.3. Gestión de Manera Indirecta**

Este tipo de gestión lo realiza los particulares y se encuentra regida por un régimen que es el común de la función Administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordialmente necesidades públicas. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 178).

En este caso la potestad naturalmente le corresponde a la Administración Pública, por tener reservada su titularidad, pero la normativa le faculta delegar su gestión a un tercero privado por medio entre otros de un contrato administrativo llamado concesión, para que este explote la administración del servicio público por tiempo determinado.

#### **3.8.4.6.5. Contrato de Concesión de Recursos Naturales y de Subsuelo**

En el art.140 LCP se establece que los contratos de concesión para la explotación de los recursos naturales y de subsuelo, estarán sujetos a leyes específicas según el recurso de que se trate. Según nuestra Constitución el subsuelo pertenece al Estado y es potestad exclusiva del Estado otorgar concesiones, artículo 103 Cn. Por lo tanto, todos los recursos naturales y bienes arqueológicos que se descubrieren como consecuencia de la ejecución de

una obra quedarán excluidos de la concesión otorgada y dependiendo de la magnitud del hallazgo, las autoridades competentes deberán decidir si procede suspender los trabajos o continuarlos excepto cuando la concesión se refiera a estos recursos naturales. Asimismo, es claro que es obligación del concesionario preservar el medio ambiente e informar inmediatamente a la autoridad competente de los hallazgos. Así existen diferentes leyes que regulan estos 86 recursos como la Ley de Hidrocarburos, Ley del Medio Ambiente, Ley de Riego y Avenamiento, entre otras.

#### **3.8.4.7. Contrato de Consultoría**

Para referirnos a esta forma de contratación mencionaremos lo que el autor (Morón Urbina & B., 1965), menciona que este contrato tiene por objeto la prestación de servicios altamente calificados cuyo objeto está centrado en el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectual, y con la particularidad de que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de cometidos vinculados a proyectos de desarrollo o inversión.

Este tipo de contrato lo encontramos regulado en el artículo 60 LCP nos establece que: *“Los servicios de consultoría son aquellos de carácter especial e intelectual, entre estos se encuentran el diseño, análisis, toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico, estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizacionales; cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual no permanente. Todas las contrataciones de consultorías se tendrán que realizar con proveedores previamente registrados en el*

*RUPES*”.

*En referencia a los contratos de diseño y supervisión, se encuentran vinculados y necesarios en la ejecución de una obra pública, al grado de expresar el Art. 47 LPC, que forman parte o un componente de este, guardado una regulación diversa, interpretándose y determinándose conforme a los Arts. 49 y 60 LCP, que se regirán por las reglas y disposiciones del contrato de Consultoría. (Oliva de la Cotera, 2023, págs. 186-187).*

Por lo que este contrato puede definirse de forma clara como el contrato que permite a la administración pública adquirir un servicio de carácter intelectual o especializado, de una persona natural o jurídica, para que provea de una instrucción idónea y pertinente sobre un tema específico (González Iglesias, 2002, pág. 84; Barriere Ayala, El marco legal de los contratos publicos en El Salvador, 2011; Barriere Ayala, El marco legal de los contratos publicos en El Salvador, 2011).

Para la contratación de servicios de consultoría se aplican siete criterios para adjudicar el referido contrato, tomando en cuenta los siguientes procedimientos (desarrollados en la ley):

- **Selección basada en calidad y costo**<sup>54</sup>, se basa en la presentación de una propuesta técnica y financiera en sobres separados, para que, según los porcentajes determinados, previamente, se proceda a la selección del oferente.
- **Selección basada en calidad**<sup>55</sup>, el criterio que debe tomarse es la calidad del servicio propuesto por una persona jurídica, este criterio debe de diferenciarse de la selección basada en las calificaciones de los consultores, donde la selección de la persona jurídica será en base a las calificaciones y atributos personales de la sociedad oferente, tomando como parámetro los términos de referencia (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 187).

---

<sup>54</sup> Art. 62 LCP

<sup>55</sup> Art. 63 LCP

- **Selección basada en precio fijo**<sup>56</sup>, se basa justamente cuando el pago de la consultoría tiene un precio determinado para un servicio, sin que nadie pueda ofertar por encima o debajo de este.
- **Selección al menor costo**<sup>57</sup>, es para personas jurídicas en el que el factor determinante será el precio más bajo que se pueda ofertar, siendo por su naturaleza servicios estándar o rutinarios, tales como consultorías de auditoría o de complejidad baja.
- **Selección basada en calificaciones de los consultores**<sup>58</sup>, la calificación de las personas jurídicas, con apoyo técnico completo.
- **Selección de fuente única**<sup>59</sup>, se utiliza para contrataciones de personas naturales y jurídicas, presenta una fuente única como su nombre lo indica la competencia, tomando en cuenta la competencia en razón a tareas, experiencias, auditorías, asesorías especializadas.
- **Consultores individuales**<sup>60</sup> mencionada también consultoría de personas individuales, y no es necesario un apoyo técnico complejo. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 188).

Jurisprudencialmente la Sala de lo Constitucional en la sentencia de Amparo Ref. 171-2015AC, de fecha 18/XI/2016, sostiene que, *el objeto de dichos contratos no lo constituye la realización de una actividad en si misma considera, independiente del resultado final, sino un trabajo especializado y un resultado determinado, por lo que los trabajadores que presten al Estado, a los municipios o a las instituciones autónomas servicios de consultoría, con las particularidades no pueden considerarse empleados públicos, sin embargo, aunque este tipo de contratos tiene su origen en la autonomía de la voluntad, no deben ser desnaturalizados o utilizados para encubrir de manera fraudulenta una relación laboral de carácter permanente”.*

---

<sup>56</sup> Art. 64 LCP

<sup>57</sup> Art. 65 LCP

<sup>58</sup> Art. 66 LCP

<sup>59</sup> Art. 67 LCP

<sup>60</sup> Art. 68 LCP

Cabe diferenciar a los contratos de consultoría con los contratos de servicios, incluidos el de suministros, los cuales se caracterizan por no tener el mismo componente intelectual propio de la consultoría. El contrato de servicios, o en su caso el de suministros, son prestaciones más simples, de naturaleza manual o física, las cuales requerirán una menor cualificación profesional o académica (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 186).

#### **3.8.4.8. Contrato de Suministro**

Etimológicamente, puede definirse este vocablo derivado del latín “Subministrare”, que significa “sub”; bajo y “ministrare” que significa servir, por ello se puede entender como “proveer lo necesario”; doctrinariamente, podemos definir al suministro como un contrato de ejecución o tracto sucesivo, periódico y continuo destinado a la entrega de bienes materiales, en la que el suministrante o proveedor (que puede ser una persona natural o jurídica) está obligada a entregar continua o periódicamente bienes y la persona que los recibe "suministrado" a pagar el precio (Canasi, Derecho Administrativo Parte especial: Los servicios públicos. El acto administrativo. Contratos administrativos, 1974, pág. 675)

Jurídicamente el contrato de suministro se encuentra regulado en los contratos de no consultoría contemplados en el Art. 59 inc. 1º. de la LCP el cual dice:

*“Las adquisiciones de bienes y servicios de no consultoría, corresponden a suministros de bienes y servicios, mediante los cuales la institución contratante, adquiere o arrienda bienes muebles o servicios mediante una o varias entregas, en el lugar convenido por cuenta y riesgo del contratista”.*

De la definición anterior se destacan aspectos como su semejanza al contrato de compraventa en razón de que los bienes muebles se trasladan a la propiedad de un contratante

que a su vez cancela el precio convenido por los mismos, también es interesante, el hecho de que la entrega de los bienes puede darse de forma sucesiva, de tal forma que puedan satisfacerse las necesidades del contratante a medida que el tiempo transcurre, sin la posibilidad de que el precio de la cosa aumente y le perjudique, esta modalidad de contrato permite contratar no solo bienes muebles, sino también servicios que son prestados, por empresas particulares que a su vez son generadores de empleo, como es el caso, de los servicios de limpieza, seguridad, profesionales y demás (Gil, 1995, pág. 143).

De la misma manera la ley ya establece que los contratos de suministro se celebrarán conforme a la política anual de adquisiciones y contrataciones y de ser necesarias las compras en grandes cantidades por la ventaja de obtener un precio preferencial podrán realizarse los contratos especificando el monto de los pedidos, fecha de entrega y cancelación de estos. A diferencia del Contrato de Obra Pública, en el de Suministro tal y como lo expresa el Art. 74 LCP es realizado por la misma Administración, donde acude a la colaboración de terceros quienes se encargan del cumplimiento de los trabajos, y su pago es efectuado directamente por el Estado, Dentro de las características más relevantes, en la aplicación de este contrato, pueden señalarse las siguientes:

- Por tratarse de un contrato es incuestionable que constituye un acuerdo de voluntades, lo que es particularmente interesante es que la entrega de los bienes puede pactarse de forma sucesiva, volviéndolo un contrato de tracto sucesivo.
- Pese a lo anterior, este contrato también puede ser de una sola entrega e inmediata, y cuando esto suceda, no se exigirá garantía de cumplimiento del contrato.
- Es oneroso, por ser requisito existencial del mismo la cancelación de un precio por parte del contratante, y por ende las prestaciones y obligaciones son recíprocas.

- El precio que se cancela, no debe variar pese a las oscilaciones que el mercado sufra, sobre todo cuando las mismas vayan en detrimento de la administración pública, es decir el contratante.
- Este contrato puede producir la transmisión del dominio cuando el objeto es consumible y no la produce cuando el objeto sea de uso o goce (Gil, 1995, pág. 145).

### **3.9. Régimen Especial de los Contratos Públicos**

Es necesario comentar en este acápite porque las razones de la regulación de los contratos administrativos son similares o incluso coincidentes en ordenamientos distantes y poco comunicados entre sí. De ahí, que el Derecho administrativo en sus distintas versiones ha ido desarrollando técnicas que sitúan al poder público en una posición de ventaja respecto de los particulares con quienes contrata. (Rivero Ortega, 2018, pág. 221).

La importancia de la contratación administrativa ha provocado inclusive la introducción de reiterada de normas y preceptos constitucionales que determinan parte del régimen especial al cual se encuentran sometidos. (Rivero Ortega, 2018, pág. 222).

De ahí que los menciona necesidades públicas a que en nuestro derecho la caracterización de los contratos administrativo la Sala de lo Contencioso Administrativo viene dada por los siguientes rasgos: a) Primeramente por el objeto del contrato que será la realización de una obra o servicio público, es decir, la búsqueda de satisfacer necesidad públicas; b) En segundo lugar, la participación de un órgano estatal y un particular en el ejercicio de la función administrativa; y c) finalmente, el sometimiento a un régimen jurídico

especial de derecho público, bajo el cual se le otorgan prerrogativas especiales a la Administración.<sup>61</sup>

Es importante remarcar que el autor Oliva de la Cotera, (Rivero Ortega, 2018), hace referencia a que el estudio de la contratación pública, comúnmente llamados selección de contratistas, debe de iniciarse por la parte adjetiva, debiendo analizar fundamentalmente los principios de los procedimientos, la mención de la formas de selección de los contratantes, excepciones a las reglas, las etapas de los mismos, los pliegos de condiciones, llamado a licitación, adjudicación. Y en cuanto a la parte sustantiva que se refiere a la ejecución de los contratos, la posibilidad de modificarlos por razones de orden público, el estudio de aspectos como el equilibrio contractual y las causas de extinción y terminación contractual.

### **3.10. Etapas de la actividad contractual del Estado**

La actividad contractual del Estado cuenta con una diversidad de etapas coordinadas y de estricto cumplimiento mediante el procedimiento de la contratación administrativa, las cuales cuentan con sus características, por lo que a continuación se procederá a realizar un estudio de estas fases:

#### **3.10.1 Fase Precontractual o Etapa Preparatoria**

El proceso formativo del contrato administrativo en el régimen público se manifiesta a través de etapas de las cuales se mencionan “una fase preparatoria de la autorización a la Administración Pública para contratar, determinación del presupuesto y objeto que deberá contratarse, elección del contratante particular, adjudicación y aprobación del contrato,

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 335-C-2004 de fecha I-III-2026

suscripción formal y ejecución del contrato. Estas etapas pueden en algunos casos, presentarse en forma implícita o conjunta, pero todas son formalidades esenciales,” (Mena Castro) la omisión de alguna de estas etapas provoca la nulidad del contrato administrativo, al faltar una produciría la ineficacia, invalidez o inexistencia.

Estas fases manifiestan su carácter de necesario y destacan la presencia de un contrato de la Administración pública. La estructura procesal de la formación de la voluntad contractual administrativa es común a cualquier clase de contratos administrativos, sin perjuicio de presentarse variantes singulares que se fundamentan con el objeto específico que deben realizar.

La promoción inicial del proceso contractual por parte de la Administración Pública se manifiesta con la autorización para contratar. “El acto de autorización establece la facultad de la Administración por la cual esta debe realizar un contrato: se debe diferenciar de aquel que autoriza a un órgano la realización de ciertas partes del proceso creador y contractual; por ejemplo, la preparación del proyecto, la búsqueda del cocontratante, y la suscripción del contrato.” (Mena Castro, pág. 19). La atribución de autorización para contratar habilita a la misma para poner en movimiento el proceso.

En esta fase se cumplen los presupuestos que son la manifestación de voluntad contractual administrativa, la cual es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados.

El autor Karlos Navarro, en su obra Comentarios Generales sobre la Ley de Compras Públicas de El Salvador (Somarriva Undurraga, 1942), menciona que esta fase incluye análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del Plan de implementación

del proceso. Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCP, son la Resolución de inicio<sup>62</sup>, Plan de implementación del proceso<sup>63</sup>.

A nivel jurisprudencial atendiendo a lo regulado anteriormente en la LACAP, la Sala de lo Contencioso Administrativo menciona desde una etapa precontractual y contractual, “para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista”<sup>64</sup>.

De las dos fases, se puede decir lo siguiente: “La primera fase, que comprende la formación de voluntad de la Administración en la selección del contratista, constituye una o secuencia de actos de inequívoco carácter administrativo que culmina con la adjudicación. La segunda es la suscripción del contrato con sus subsecuentes efectos”<sup>65</sup>.

### 3.10.2. Fase Esencial

En esta fase retomaremos como lo regulaba anteriormente la LACAP y ahora la LCP, siendo por ello que el autor Armando Enrique Mena (Mena Castro, pág. 12) con respecto a las formas de contratación de la Administración, es un progreso en la regulación, su procedimiento el tipo de contrato y el monto de la contratación.

Atendiendo a la Ley de Compras Pública en esta fase comprende la licitación propiamente dicha, es decir, los actos dirigidos a lograr la manifestación de la voluntad común entre el ente público licitante y de un tercero contratista, las relaciones son bilaterales, afectan

---

<sup>62</sup> Art. 78 LCP

<sup>63</sup> Art. 59 LCP.

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, con referencia No. 87-P-99, de fecha 15 de diciembre del 2000, Considerando IV, p.10.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Definitiva, con referencia No. 8-T-92, de fecha 27 de febrero de 1998, Considerando IV, p. 9.

o pueden afectar a terceros, siendo en estos actos la convocatoria a licitación<sup>66</sup>, aclaraciones, corrección de errores y modificación de documentos de solicitud<sup>67</sup>, presentación de las ofertas<sup>68</sup>, modificación o rechazo de la ofertas presentadas<sup>69</sup>, aclaración de ofertas<sup>70</sup>, descalificación del oferente<sup>71</sup>, rechazo de las ofertas<sup>72</sup> y elaboración del dictamen de recomendación<sup>73</sup>.

Por otra parte, en comparación a lo que regulaba la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, esta fase era regulado por el art. 42 LACAP; que era los instrumentos como: las bases de licitación o concurso y las garantías y que de acuerdo al art 80 LACAP, la institución contratante convocará dentro de los plazos establecidos al ofertante adjudicatario para el otorgamiento del contrato y es en las bases de licitación o de concurso, en que determinarán los plazos para la firma del contrato y para la presentación de las garantías. Pero si el adjudicatario no se presenta, al segundo mejor ofertante se le dará oportunidad de vincularse contractualmente con la Administración. Si se habla de la ejecución del contrato, este se ha de entender en lo expresado en su texto y anexos, tanto su fecha y lugar según Art 82 del mismo cuerpo normativo, deberá realizarse de acuerdo a lo que en su interpretación se determine por parte de la Administración Pública, a las prerrogativas que le son propias a la misma, con el fin de proteger el interés público.

---

<sup>66</sup> Art. 87 y 88 LCP

<sup>67</sup> Art. 87 párrafo 5º. LCP

<sup>68</sup> Art. 90 párrafo 2º. LCP

<sup>69</sup> Art. 93 párrafo 2º. y Art. 97 LCP

<sup>70</sup> Art. 44 LCP

<sup>71</sup> Art. 95 párrafo 3º. LCP

<sup>72</sup> Art. 101 LCP

<sup>73</sup> Art. 96 LCP.

### 3.10.3. Fase Integrativa o de Adjudicación

Esta fase da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionando en la forma en que el Derecho Positivo lo prevea, ya sea notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, homologación o instrumentación escrita.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCP son: Resolución de adjudicación<sup>74</sup>, Declaración de licitación desierta<sup>75</sup>, suspensión o cancelación del procedimiento de licitación.<sup>76</sup>

### 3.10.4. Ejecución del contrato y evaluación

Esta fase garantiza que los contratistas realicen sus obligaciones de acuerdo con los términos, condiciones y especificaciones de sus contratos u órdenes de compra. La administración de contratos es realizada por personal del área solicitante o una persona con idoneidad para verificar las especificaciones técnicas de las obligaciones a cumplir, en relación con un contrato u orden de compra específico después de la adjudicación de este. Finalizada la ejecución contractual incluyendo la liquidación, los expedientes se resguardarán por el archivo institucional de la institución contratante y se realizará un respaldo electrónico respectivo de cada uno, con los parámetros de seguridad razonables, la UFI o quien haga sus veces deberá remitir los comprobantes que el pago fue liquidado para el resguardo del expediente (Rodríguez-Arana Muñoz & y Mejía, 2024, pág. 72).

Los actos correspondientes que están contenidos en la LCP son: Administración de contratos<sup>77</sup>, y responsabilidades de los administradores de contratos u orden de compra<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Art. 100 LCP

<sup>75</sup> Art- 102 LCP

<sup>76</sup> Art. 101 LCP

<sup>77</sup> Art.161 LCP

### **3.11. Contratos administrativos y contratos civiles. Criterios diferenciadores**

Los contratos van evolucionando no solo en el Código Civil salvadoreño, sino a nivel internacional. Por ello su consagración se enmarca en la máxima expresión “La voluntad individual de los contratantes, desarrollándose así la teoría de la “autonomía de la voluntad”, que ha predominado en la elaboración moderna del derecho privado, y, en especial, en la exposición del régimen general de los contratos”.

Ese régimen se estructura sobre dos bases inmovibles: a) el acuerdo de las voluntades individuales, como medio eficaz para establecer los vínculos contractuales, su contenido y sus efectos; y b) la vigencia de ese acuerdo entre las partes, con una fuerza semejante a la de la ley. A esos principios debe agregarse que la celebración de los contratos exige que sean concertados entre las partes que actúen en un mismo nivel y en completa libertad, rigiendo y aplicándose sus estipulaciones a las partes que los consintieron, sus herederos y sucesores universales, sin que sus efectos, salvo casos muy particulares, puedan extenderse a terceros. (Comadira, pág. 3).

Sin embargo, el mismo autor antes señalado y haciendo alusión a Berçaitz, menciona que la teoría de los contratos aparece alterada por una nueva orientación, cuyas características principales son las siguientes: a) debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad; b) implantación de fórmulas contractuales redactadas con carácter general y de antemano; y c) aparición de los contratos reglamentarios, que contemplan la regulación de relaciones de carácter general, como ocurre en los contratos colectivos, experimentando mutaciones pero manteniendo el preponderante papel en las relaciones jurídicas interindividuales.

---

<sup>78</sup> Art. 162 LCP

### 3.11.1. Nociones Generales Contratos Administrativos

En materia administrativa existían en la antigüedad pocas leyes de derecho público que regulaban algunas relaciones de la administración con los particulares. Estas disposiciones eran consideradas de carácter excepcional y, por ello, todos aquellos aspectos que no estuvieran regulados por esas normas administrativas se entendían que lo estaban por las normas de derecho privado considerado como derecho común general. (Diez M. M., 1980, pág. 77).

Partimos de que el Derecho Administrativo se aplica normas y principios de derecho administrativo, entendiéndose, por tanto, que solo se aplicarán subsidiariamente las normas del Código Civil, pero cabe hacerse la pregunta si estas normas subsidiarias tienen aplicación al contrato administrativo. Por una parte, el Estado puede satisfacer el interés general, ya sea de forma directa o indirectamente y, como consecuencia de esa satisfacción, se establece una relación contractual para satisfacer dichos fines.

El Doctor Ricardo Mena Guerra, al hablar de los contratos administrativos y civiles del Estado (Mena Guerra, pág. 2), menciona que la doctrina clásica divide los contratos del Estado en contratos civiles y administrativos, según el régimen de derecho al cual se encuentran sometidos<sup>79</sup>. Por otra parte, existe la tesis, según la cual, lo que otorga la naturaleza administrativa es el fin del servicio público que el contrato busca, o en una matización el fin de utilidad pública que persigue; hasta la famosa noción de las cláusulas exorbitantes, según la cual, en este tipo de contratos existen cláusulas ajenas al derecho privado que son demostrativas del carácter de poder público con que interviene la Administración, colocándola en una posición de superioridad con la otra parte contratante. También existe la llamada teoría

---

<sup>79</sup> Véase BERÇAITZ, M., Teoría General de los Contratos Administrativos, 2º ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 189 – 218; así ha sido en el Derecho Administrativo argentino. En el mismo sentido véase ENTRENA CUESTA, R., Consideraciones Sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración, “RAP”, núm. 24, p. 41; también la mayoría de la doctrina española ha seguido esta terminología

de la calificación legal, según la cual es contrato administrativo aquel calificado como tal por las normas de derecho positivo. Esta tesis es criticada, pues no siempre concordará con las ciencias jurídicas y dependerá de la voluntad legislativa<sup>80</sup>.

Los contratos de la administración ligan, entonces, a los distintos órganos del Estado con un particular. Se dividen en dos especies: contratos administrativos y contratos civiles de la administración. (Diez M. M., 1980, pág. 80). La doctrina entiende que la administración sólo puede realizar contratos con otros órganos administrativos, pero no es posible considerar contrato administrativo el que realiza cualquier otro órgano del Estado con un particular, oponiéndose los siguientes aspectos:

- 1) Igualdad de intereses comprometidos. En este sentido en los contratos debe de haber igualdad en cuanto a los intereses de las partes, es decir, deben de ser tratados igualmente.

De ahí que la técnica y los detalles de los contratos de derecho privado están regidos por esa idea. No sucede así en los contratos de derecho que la administración representa los intereses de la colectividad, el interés general, mientras que los particulares tienen sus propios intereses.

- 2) Autonomía de la voluntad. Sostiene que no puede haber contrato administrativo, ya que en los contratos impera el principio de la autonomía de la voluntad, cosa que no ocurre en los contratos administrativos.
- 3) Manuel María Diez sostiene que no pueden existir contratos administrativos cuando su objeto recae sobre bienes que están fuera del comercio. Sin embargo, esta posición no es determinante para negar la existencia de dichos contratos. Si bien es cierto que los bienes de dominio público —por ser inalienables e imprescriptibles— están excluidos

---

<sup>80</sup> Véase un resumen de las teorías de diferenciación que se han esbozado en la doctrina en: CORREA, José Luis, "Contratos Administrativos: Versión Clásica" dirigido por Ismael Farrando en AA.VV., Contratos Administrativos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pp.386 - 387.

del comercio del derecho privado, también lo es que sí forman parte del comercio del derecho público. Esta participación se materializa, por ejemplo, a través de concesiones que permiten el uso de bienes públicos, como sucede con la autorización para instalar carpas y sombrillas en una playa del Estado. Por lo tanto, el hecho de que el objeto esté fuera del comercio privado no impide que exista un contrato administrativo relacionado con su uso o aprovechamiento. (Diez M. M., 1980, págs. 310-311).

Benavides José Luis, en su obra *“EL CONTRATO ESTATAL: ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO”*, expresa: El interés general inherente al contrato administrativo impone a la administración la responsabilidad de llevar a cabo la gestión administrativa relacionada con el contrato. (Albán Guato, 2020, pág. 18).

La estabilidad de las condiciones contractuales iniciales, fundamental en el contrato privado, es relativa en el contrato administrativo. Los intereses de la administración se revelan superiores a los intereses individuales del contratista (Albán Guato, 2020, pág. 18).

Penagos Gustavo, en su obra *“Curso de Derecho Administrativo”*, expresa: El interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses.

Suárez Serrano (2015), en su investigación de Maestría titulada *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos*; así también, Cassagne (1975), expresan una serie de características, que resultan menester adjudicarlas al contrato administrativo y que distan considerablemente de los contratos civiles, como se las analiza a continuación. (Albán Guato, 2020, pág. 70).

El Doctor Roberto Oliva de la Cotera, en su obra *Derecho Administrativo*, señala que el contrato público se rige por un régimen jurídico especial. En este sentido, cita una resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia 335-C-2004, de fecha 1 de marzo de

2006, donde se destacan tres características esenciales de estos contratos: a) su objeto consiste en la realización de una obra o la prestación de un servicio público, orientado a satisfacer necesidades colectivas; b) la participación conjunta de un órgano estatal y un particular, en el marco del ejercicio de la función administrativa; y c) el sometimiento del contrato a un régimen especial de derecho público, que otorga a la Administración prerrogativas particulares para garantizar el cumplimiento de los fines públicos encomendados.

Señalando que la distinción entre contratos de derecho privado y contratos administrativos, deben de ser abordados en todos sus ámbitos y dimensiones, o que incluye sus etapas y procesos de selección de contratistas, su formalización, así como todos los actos separables que pueden darse en su ejecución. (Rivero Ortega, 2018, pág. 222).

La jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que, para que un contrato pueda ser calificado como administrativo y no como uno de naturaleza privada, deben concurrir tres elementos fundamentales. Estos elementos son:

a) Un fin de interés público, para la satisfacción directa e inmediata de una necesidad colectiva o de interés general.

b) Como consecuencia del interés público que media, la Administración pública concurre investida de determinados privilegios o prerrogativas, el cual no es posible identificar en los contratos privados, en los que ambas partes comparecen en un plano de igualdad.

c) La presencia de un régimen jurídico especial de naturaleza pública.

La concurrencia de un órgano del Estado o entidad pública en dicha relación contractual es otro elemento en el cual coinciden muchos autores, que flaquea cuando se piensa en otras

figuras como sociedades de economía mixta, entidades mercantiles propiedad del Estado o incluso concesionarios, que en el cumplimiento de sus cometidos contratan con terceros<sup>81</sup>.

Otro elemento diferenciador es, precisamente, la jurisdicción a la cual habrán de someterse las partes en caso de incumplimiento; el contencioso administrativo, exclusivamente, para el caso de los contratos administrativos.

A la luz definición del contrato en materia civil, esta definición se establece como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, teniendo su función la primera positiva, en donde se crea o transmite obligaciones y derechos y la segunda negativa que modifique o extingue. (Rojina Villegas, 1994, pág. 9).

El Profesor MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, en su obra Contratos Civiles, retoma una conceptualización de los autores Colín y Capitant, que lo definen como "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla." (Zamora y Valencia, 2012, pág. 4).

Y es que dicho autor refiere que todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades, pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y, en consecuencia, todo contrato debe ligar a las personas que lo celebran estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial, debido a que es el objetivo principal y motivo del contrato.

---

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Ref. 473-2007, de fecha 03-II-2014.

En ese orden, la SCA respecto a las características de los contratos administrativos, mediante resolución de referencia 158-2013, del 18-X-2019, ha indicado: *“En materia de contratos administrativos, éstos se perfilan como una especie dentro del género de los contratos; sin embargo, cabe destacar en este ámbito, algunas **características especiales que los distinguen como tales**, entre estas se identifican: (i) una entidad representante del Estado como parte suscriptora, cuya participación tiene por objeto la persecución de un fin público; y, (ii) el contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado otorgadas a la Administración pública, las cuales se traducen en algunos casos, en instrucciones, órdenes y sanciones que tienen por objeto precisamente garantizar el cumplimiento del contrato, y que se justifican a partir de los fines de interés general de la contratación estatal. En atención a lo anterior, encontramos, por un lado, a la Administración Pública investida de potestades o prerrogativas que le permiten actuar unilateralmente en la interpretación, modificación y extinción de los contratos, cuyo margen de actuación debe sujetarse dentro de los parámetros y límites determinados por la ley; y por otro, a un sujeto de derecho, quien se ve comprometido en la prestación de un servicio público, y que acepta voluntariamente someterse a lo convenido en dicho acto jurídico”*.

#### **3.11.1.1. La noción de interés público**

El autor Comandira Julio Rodolfo, en su obra de Derecho Administrativo, refiere que uno de los conceptos dominantes que se reconocen en la génesis del derecho administrativo es el de “interés público”, en el cual según el autor este término se perfila como: a) un interés, o sea, un provecho, utilidad, o valor que en sí tiene una cosa, una conveniencia o necesidad en el orden moral o material; y b) la circunstancia de que ese interés es el interés público y no cualquier otro, siendo público aquello que pertenece al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en el sentido lato.

Los intereses públicos que están en juego en el mundo de las concesiones de obra pública o de servicios públicos están vinculados en relación con el tiempo, están vinculados, obviamente, a la funcionalidad del término en los contratos administrativos. Cuestión que sabemos se establece unilateralmente por la Administración Pública en los pliegos en función precisamente del interés público. No es lo mismo que un hospital o una escuela se termine en un momento u otro pues normalmente el término de estas obras públicas está vinculado a una determinada planificación educativa u hospitalaria que habrá tenido bien presente razones de interés público, tan evidentes como la satisfacción del derecho a la educación o del derecho a la salud en concretos entornos territoriales. Espacio y tiempo, pues, se nos presentan como dos componentes muy importantes para la definición, en cada caso y en concreto, de los intereses públicos. (Rodríguez- Arana, pág. 227).

El interés público puede exigir que una relación, legalmente constituida, tenga que extinguirse cuando se producen determinadas circunstancias que, apreciadas por la administración, implican un perjuicio para el interés público en el caso de que se diera la continuidad. Pueden existir múltiples ejemplos de este tipo de situaciones. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando, contratada una determinada obra pública, se aprecie por ejemplo la no conveniencia de continuarla por haber aparecido restos arqueológicos que es preciso preservar y, por consiguiente, no continuar con su construcción. También en la prestación de determinados servicios públicos remunerados con tarifas por parte de los usuarios cuando se producen determinadas circunstancias que aconsejan su interrupción temporal o definitiva. (Correa, 2002, pág. 61).

### **3.11.2. Teoría de la Existencia de los Contratos Administrativos**

Existen posturas de carácter radical que niegan la existencia de los contratos administrativos, tal como lo plantea Otto Mayer, que sostiene que los contratos administrativos no existen, y realmente de lo que se trata es de actos administrativos unilaterales, que se

convierten en actos eficaces una vez que el particular se ciñe a la condición que acepta del Estado, y es que tal circunstancia sin lugar a duda no se puede negar debido a que el Estado tiene la obligación de prestar servicios públicos como la administración de justicia, pavimentación entre otros servicios públicos, por lo que tales servicios le son proveídos por los particulares, sean estos personas jurídicas o naturales.

### **3.11.2.1. Teoría No Existencia de los Contratos Administrativos**

Autores como Otto Mayer reconoce que para que dicho acto unilateral sea eficaz requiere de un consentimiento por parte del particular; un consentimiento que desde luego no concibe como el complemento del acuerdo de voluntades y que, con ello, Mayer refiere que los actos por sumisión se denominan contratos de Derecho Público, distinguiéndolo de los contratos civiles.

Gastón Jéze, al abordar el estudio de los contratos administrativos, afirma que.... “el acto condición de ejercicio de un poder jurídico legal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal”.

Fleiner afirma que la desigualdad de las partes en la relación del Estado y los particulares es lo que desvirtúa la posibilidad jurídica de conformar el acuerdo de voluntades y es que aduce que el Estado no se despoja de su calidad de autoridad al llevar a cabo la relación con los particulares, siendo imposible un acuerdo de voluntades, en tanto que el contrato supone que las partes están colocadas en el mismo plano de igualdad.

### **3.11.2.2. Desigualdad entre las partes**

Esta teoría supone que la Administración está revestida de poder de imperio; con ello se ponen intereses de dos partes, que deben ser tratados en un plano de igualdad: Esto en los contratos que celebra la Administración con particulares (contratos administrativos), no puede ser posible, en tanto que la Administración representa intereses públicos, por lo que debe garantizar este interés, aún si con ello transgrede el interés privado que tiene el particular, se trata entonces de una desigualdad necesaria únicamente por ese interés.

En esta perspectiva, la doctrina concluye que se "establecen reglas específicas sobre su ejecución, cumplimiento y extinción". Estas reglas podrían ser vistas con desconfianza en la contratación privada, pero no se objetan en la pública, ya que no puede sospecharse que la Administración las utilice en forma abusiva o por interés personal.

### **3.11.2.3. Inexistencia de la Autonomía de la Voluntad**

Esta teoría establece una objeción en el sentido que el contrato exige la voluntad de contratar de forma libre, siendo las partes las que determinen en forma conjunta la regulación para establecer los límites y alcances de los diferentes contratos (esto está íntimamente ligado a los contratos de libre discusión). Así las cosas, la Administración tiene, por el contrario, una voluntad reglada en la que el particular solo podría rechazar o aceptar las condiciones impuestas (contrato de adhesión). Por ello se sostiene que no puede haber contrato administrativo por violentarse el principio de la autonomía de la voluntad de los contratos. (Diez M. M., 1980, pág. 310).

#### **3.11.2.4. El objeto del contrato esta fuera del comercio, es *extra commercium***

Esta teoría sostiene que no pueden existir contratos administrativos en la realidad jurídica porque estos recaen sobre cosas que están fuera del comercio. (Diez M. M., 1980, pág. 311) Es decir que toda vinculación contractual se lleva a cabo por todo bien que pueda y sea posible venderse, comprarse o arrendarse, siendo la esfera comercial de los bienes, no así aquello que es de dominio público ya que es propiedad del Estado y, por ende, se encuentra enajenada para estar dentro del tráfico mercantil, en donde se dan relaciones contractuales. Por regla general, el dominio público es inalienable e imprescriptible.

En consecuencia al haber superado las objeciones que niegan la existencia de los contratos administrativos, se puede afirmar con toda seguridad que el Estado tiene la capacidad de contratar a través de cualquiera de sus órganos fundamentales y no fundamentales, el Estado por ende no está obligado a actuar siempre con poder de imperium imponiendo su voluntad a los particulares, ya que puede tener la colaboración de estos por medio de un acuerdo, por lo que ante esta correspondencia de voluntades se hace innecesario el empleo del mandato imperativo del poder público para el eficaz cumplimiento de sus atribuciones (Fraga, 1944, pág. 722).

#### **3.11.2.5. Teoría de la Existencia de los Contratos Administrativos**

El origen del concepto del contrato administrativo se encuentra en la doctrina francesa, siendo el sustento principal la Teoría de la Doble personalidad del Estado, conforme a la cual este se somete como persona de Derecho Privado y, por ende, se somete al Derecho Civil y a la jurisdicción de los tribunales judiciales, cuando actúa en su papel de propietario.

En materia de contratación pública la línea jurisprudencial está fundada en la teoría de los actos separables, que consiste en atribuir a la jurisdicción contencioso administrativa las

controversias relativas a los actos que son preparatorios a la celebración de un contrato “todos los comprendidos en el procedimiento de licitación que culminan con la adjudicación misma, los que implican terminaciones unilaterales y las sanciones ocurridas después de firmado el contrato; entendidas estas últimas, tanto las multas como algunas causas de extinción de los contratos.”

Como lo menciona la autora Ruiz García, Laura, en su obra “*Contratos Administrativos*”, que existen contratos administrativos y que son distintos de aquellos del orden civil, surgiendo distintas corrientes de pensamiento. La diferencia entre un contrato administrativo y uno civil se explica a la luz de diversas posturas.

### **3.11.2.6. Postura Jurisdiccional**

El contrato ocupa un lugar destacado en la ciencia del Derecho, también en el ámbito del Derecho administrativo, la categoría del contrato administrativo ha sido objeto de polémica que ha llegado hasta nuestros días<sup>82</sup>. Desconocida o negada en diferentes ordenamientos públicos, con regímenes jurídicos no coincidentes de carácter sustantivo o jurisdiccional, el titular del poder, a lo largo de la historia, ha utilizado la técnica contractual. (Meilán Gil, 2011, pág. 223).

El jurista español Fernández de Velasco, al abordar la corriente jurisdiccional en su obra *Los contratos administrativos*, señala que la norma aplicable en cada caso dependerá, en primer término, de la naturaleza de la entidad contratante. Una vez determinada dicha naturaleza, será necesario atender al objeto y al volumen económico del contrato para

---

<sup>82</sup> Como ejemplo, la sostenida en Argentina por los profesores Mairal y Casagne. “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”. En *El Derecho*, t. 179, 1998, Buenos Aires. “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”. En *El Derecho*, N° 9534, 23 de noviembre de 1998, Buenos Aires. También en *El contrato administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires: 2005, pp. 419 y siguientes.

establecer si se trata de un contrato armonizado o no armonizado, y si corresponde calificarlo como un contrato administrativo o un contrato de derecho privado y si estos se ventilaran ante tribunales especiales u ordinarios.

El contrato administrativo ha sido tradicionalmente asociado en el Derecho español con la realización de obras y la prestación de servicios públicos, o, en un sentido más amplio, con la satisfacción del interés general. Esta concepción se ve reforzada por la existencia de una jurisdicción especializada encargada de conocer y enjuiciar los actos y contratos administrativos, lo que evidencia su sometimiento a un régimen jurídico propio del Derecho administrativo. En este contexto, las prerrogativas de la Administración en cuanto a la ejecución, modificación y extinción de estos contratos se encuentran establecidas en normas generales, por lo que no es necesario incorporarlas de manera expresa en el contenido de cada contrato, ya que se aplican por ministerio de la ley al ser inherentes a la naturaleza de los contratos administrativos.

Basándonos en lo anterior, retomaremos un criterio jurisprudencial salvadoreño con respecto se encuentra la jurisprudencia que dice:

La Sala de lo Contencioso Administrativo -SCA- ha establecido que: *“el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público, y que contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, además, privilegios a favor de la Administración que no concurren en los contratos calificados de privados. Esa diferencia de régimen del contrato administrativo con el civil, que permite a la Administración manifestar su supremacía sobre el contratista -siempre respetando los derechos del*

*administrado basados en un Estado de Derecho- tiene un claro origen procesal que se traduce al privilegio de decisión ejecutoria con que cuenta la Administración”<sup>83</sup>.*

### **3.11.2.7. Teoría de los Actos Propios**

Al hablar de esta teoría, es ineludible abordar lo que refiere Dromi en su exposición a la teoría de los actos propios y refiere que esta tiene justa aplicación dentro de los contratos administrativos al art. 1198 del CC, “los contratos deben prepararse, celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión y es que esta teoría de los actos propios deriva del principio general del derecho de la buena fe, y éste con especial atención a los contratos se encuentra plasmado en la citada norma del Código Civil, no obstante ser un principio general del derecho y como tal, existe con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva. (Dromi, 1994, págs. 292-293).

La teoría de los actos propios tiene su origen en la regla del derecho romano *venire contra factum proprium non valet*, según la cual nadie puede ir en contra de su propio comportamiento anterior en perjuicio de otro. En términos generales, esta doctrina complementa el principio de confianza legítima, ya que exige coherencia entre los actos manifestados por las partes —tanto el administrado como la Administración—, impidiendo que posteriormente puedan contradecir lo que ellos mismos han generado.

En consecuencia, la aplicación de esta doctrina se traduce en la inadmisibilidad de pretensiones contradictorias, entendiendo por pretensión el ejercicio de un derecho subjetivo o el despliegue de una situación de poder frente a otro. Para que la teoría de los actos propios sea aplicable, deben concurrir ciertos requisitos: la existencia de una conducta contradictoria entre un comportamiento inicial y otro posterior; la identidad de sujetos involucrados (incluso

---

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, referencia 339-2010, de fecha 11-IV-2014.

entendida en sentido amplio dentro de una misma autoridad administrativa); y la vulneración de las consecuencias jurídicas que se desprenden de actuar en contradicción con los propios actos, lo que finalmente afecta la confianza legítima entre las partes.

Esta doctrina se construye sobre el comportamiento previo de un sujeto de derecho, el cual genera una apariencia que luego es desconocida por ese mismo sujeto. En este sentido, el principio de buena fe protege la confianza razonable depositada en dicho comportamiento y exige un deber de coherencia. Por ello, impone la obligación de asumir las consecuencias jurídicas derivadas de las actuaciones propias.

No obstante, debe resaltarse que esta doctrina no puede ser invocada para crear, mantener o ampliar situaciones contrarias al ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho público. En cualquier caso, prevalecerá el interés público, y aquellos actos contrarios al principio de legalidad deberán ser declarados nulos por infringir el orden jurídico. (Contreras Tejada, 2022).

### **3.11.3. Prerrogativas de la Administración Pública**

#### **3.11.3.1. Prerrogativas**

Cuando nos referimos a esta característica es para diferenciarlos de los contratos que están regulados en el Derecho Privado, tomando en consideración que en el contrato administrativo los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de los otorgantes queda subordinado al objeto del contrato. De ahí que comenzaremos a señalar que la libertad de los otorgantes está supeditada a la norma jurídica en donde se establece un procedimiento

para la elección de un contratista que no tiene facultades con respecto a las estipulaciones en las bases de licitación, produciendo una desigualdad hacia el particular.

El Doctor Henry Alexander Mejía, en su obra Manual de Derecho Administrativo (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 258), menciona que incluso la Administración tiene la prerrogativa de suspender o cancelar el procedimiento de selección por razones de interés público, debidamente motivado, y es que esta prerrogativa de la Administración va más allá, al dar por terminado el contrato, interpretar unilateralmente las cláusulas oscuras o dudosas vinculantes al contratista, imponer sanciones administrativas por incumplimiento de algunas de las cláusulas contractuales, esa forma privilegiada de modificar sustancialmente los contratos.

Por lo anterior partimos que el contrato administrativo es todo aquel en el cual "la Administración ejerce sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. (Díez, 1967, pág. 314). En este sentido, las prerrogativas de poder público reconocidas a favor de la Administración pueden ser tanto expresas como implícitas, derivadas del régimen jurídico especial que rige este tipo de contratos.

La presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, ya que existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el Derecho Privado, donde tal regulación estará ausente en principio. No debe confundirse, en consecuencia, régimen exorbitante con cláusulas exorbitantes. Esta última depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento. (Cassagne J. C., Derecho administrativo I, pág. 23 y ss).

La jurisprudencia salvadoreña ha señalado que, *en materia de contratación administrativa, las instituciones públicas tienen ciertas facultades de control y dirección de los contratos, que doctrinariamente se han llamado “cláusulas excepcionales o exorbitantes” de la administración, las cuales estando determinadas por la ley y justificadas por la debida consecución del interés general, quiebran el principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad y el derecho de igualdad contractual*<sup>84</sup>.

Por otra parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo establece que “el haz de prerrogativas de decisión unilateral concedidas a la Administración pública se encuentran identificados en los siguientes: (i) la de interpretar el contrato al surgir dudas en el plazo de ejecución, (ii) modificar las cláusulas por razones de interés público, donde la carga o deber de soportar la misma recaerá sobre el contratista bajo el parámetro de lo prescrito en la ley; y; (iii) la de extinguir el contrato ya sea a partir de incumplimiento de obligaciones u otros factores de los que resulte la ejecución de acciones que tenga como consecuencia la resolución o extinción del contrato.”

En cuanto a la última de las prerrogativas descritas en el párrafo anterior, la LACAP desarrollaba en el Capítulo IV el tema relativo a “LA CESACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS” regulando en el artículo 92 que, los contratos administrativos cesan en sus efectos por: (i) la expiración del plazo pactado para su ejecución; y(ii) por el cumplimiento de las obligaciones contractuales. De manera más específica, la normativa bajo estudio regulaba las formas de extinción de los contratos administrativos, siendo éstas las que detallaba en el art. 93: a) caducidad; b) mutuo acuerdo de las partes contratantes; c) revocación; d) rescate; y, e) por las demás causas que se determinen contractualmente.

---

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia, Referencia 346-2011, de fecha 3-09-2019, considerando III-1. pág. 4

A través de la actuación contractual, la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los administrados, e investida de un conjunto de potestades que justifican un interés general.

*Continuando con la jurisprudencia salvadoreña, la Sala de lo Contencioso Administrativo hace referencia a las prerrogativas, señalando que “son aquellas por las cuales la Administración tiene facultades especiales en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción de los contratos”. Sin embargo, la Sala establece que, como correlato del principio de mutabilidad —propio de las prerrogativas de la Administración—, el concesionario tiene derecho a que se respeten los derechos subjetivos nacidos del contrato, lo que implica que la Administración no puede desnaturalizar ni desfigurar las condiciones esenciales pactadas originalmente<sup>85</sup>.*

### **3.11.3.2. Prerrogativa de Modificaciones**

Además de las prerrogativas mencionadas en el apartado anterior, en este apartado se desarrollará específicamente la prerrogativa de la Administración Pública de modificar unilateralmente el contrato administrativo. Como señala Marienhoff, esta facultad es una característica propia y distintiva de este tipo de contratos, derivada del interés público que justifica su existencia.

Algunos autores, al referirse a la posibilidad que la Administración Pública “modifique” los contratos administrativos, sostienen que ello es consecuencia de la “mutabilidad” de los mismos, incidiendo sobre el “Principio de Inmutabilidad”.

---

<sup>85</sup> Corte Suprema De Justicia, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2010, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 152.

El Dr. José Antonio Calderón Martínez (Calderon Martinez J. A., 1974), en su obra *Los Contratos Administrativos*, señala que la prerrogativa de modificar el contrato, aunque incide sobre el principio tradicional de inmutabilidad, no significa que derive de una supuesta “mutabilidad” del contrato, sino que es una consecuencia natural del carácter administrativo del mismo, dado que la Administración debe adaptar su actuación a las cambiantes exigencias del interés público. El autor añade que, mientras en el ámbito del derecho privado resulta inconcebible que una de las partes pueda modificar unilateralmente un contrato, en el derecho administrativo la Administración sí cuenta con esta facultad, lo que pone de manifiesto su posición de supremacía jurídica dentro de la relación contractual.

El tratadista Miguel Marienhoff, en su *Tratado de Derecho Administrativo*, sostiene que, si bien el principio de inmutabilidad rige en el ámbito del derecho privado, no ocurre lo mismo en el derecho público, donde la necesidad de adecuar el contrato a las exigencias del interés general justifica su modificación, produciendo así una ruptura del mencionado principio. Esta facultad pone en evidencia la desigualdad jurídica entre las partes dentro de la relación contractual administrativa. Marienhoff destaca que es precisamente la cláusula exorbitante, incluso implícita, la que faculta a la Administración a modificar unilateralmente el contrato frente a su cocontratante. A diferencia del derecho privado —donde resulta inconcebible que una sola de las partes altere unilateralmente el contenido del contrato—, en el derecho administrativo esta prerrogativa se admite en función del interés público. (Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1983, pág. 396).

El *Ius Variandi* o modificaciones contractuales en los contratos administrativos son una serie de prerrogativas en el ámbito de la contratación administrativa que en el seno de la contratación privado son prácticamente desconocidas, pues constituyen privilegio o situación de prevalencia de una de las partes frente a la otra, prerrogativas de las que goza la

Administración Pública en el ejercicio de su actividad contractual sometida al Derecho de Administración.

Por otra parte, para el autor colombiano Jairo Ramos Acevedo, en su libro Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano, manifiesta que “[...]los contratos Estatales pueden ser modificados, se refiere a las alteraciones o sustituciones de calidades, componentes, números de las obras, bienes y servicios, pero no significa la sustitución del objeto del contrato por otro de género igual o diferente”.

Para el tratadista Juan Carlos Cassagne, “El ordenamiento puede atribuir de un modo expreso a la Administración, para introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos, poder que deberá ejercerse razonablemente dentro de los límites establecidos en el ordenamiento especial y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectuó la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”.

El autor continúa señalando que el autor “el poder modificatorio de la Administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable y que tiene sus límites racionales como el que no permite afectar la sustancia o esencia del contrato. Esto no excluye la facultad de pactar cláusulas inherentes al ejercicio de la potestad. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato” (Cassagne J. C., *El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles*, 2005, pág. 16).

Parece evidente que una de las cuestiones esenciales que debe acreditar debidamente la Administración en la tramitación de modificaciones de un contrato es la concurrencia de razones de interés público, es decir el satisfacer en la mejor forma las pertinentes necesidades públicas, que justifiquen la adopción de dicha medida. Lo que en inicio parece reprochable, pero al mismo tiempo característico del contrato administrativo, es que la modificación obedezca

única y exclusivamente a un interés particular del contratante. La modificación debe estar amparada en la atención de causas imprevistas, lo cual debe quedar debidamente justificado.

De tal modo que la posibilidad que la Administración pública modifique o altere los contratos administrativos dependerá del objeto del contrato y que tal posibilidad puede ser prevista por las partes. Sobre esto se refiere el autor Marienhoff (Marienhoff, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, pág. 398), cuando afirma que la atribución para modificar el contrato administrativo no constituye, precisamente, un derecho, de la Administración Pública, sino una “potestad” o “prerrogativa” de la misma. Dicho de otra manera, la Administración Pública no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las “potestades”, contrariamente a lo que ocurre con los “derechos”, no son renunciables.

El tratadista Miguel Marienhoff afirma que:

“La Administración durante el lapso de ejecución del contrato puede introducir todas las modificaciones requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la administración va incluida en todo contrato administrativo al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna, pues esta sobreentendida. Esto permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, siempre que sean absolutamente necesarios” (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 1965, pág. 55).

#### **3.11.4. Cláusulas Exorbitantes**

Luego de haber analizado diversas posturas doctrinales sobre la contratación pública, puede afirmarse que, para que un contrato celebrado por un ente público sea considerado un contrato administrativo, resulta determinante la existencia de ciertas prerrogativas propias de la

Administración, comúnmente denominadas en la doctrina como cláusulas exorbitantes del derecho común. Estas facultades especiales tienen como finalidad preservar el interés público, y no encuentran equivalencia en el ámbito del derecho privado. Además, dichas prerrogativas se consideran inherentes a la naturaleza pública del contrato, por lo que no es necesario que estén expresamente previstas en las cláusulas contractuales, ya que forman parte de su contenido de manera implícita. (Brewer-Carias, 2021, pág. 371)

Por tanto, este apartado, se orienta dentro de la investigación: ¿Qué son las cláusulas o potestades exorbitantes del contrato estatal?, analizar aspectos importantes de las cláusulas exorbitantes, hay quienes consideran que se entiende por cláusulas exorbitantes a aquellas que tienen por objeto conferir a uno de los partes derechos o imponer obligaciones extrañas a las que normalmente se pactan entre particulares.

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que condicionan una relación desigual entre las partes, otorgando poderes a una de ellas, sin reconocerlos a la otra. Se justifican en la finalidad perseguida por la administración de satisfacer una necesidad pública (Loo Gutierrez, 2018, págs. 129-155).

Existen autores que diferencian cláusula y régimen exorbitante. Ambos términos se emplean indistintamente en el argot jurídico. Para Rodríguez (José, 2020) la cláusula constituye uno de los pactos del contrato, la cual se encuentra estipulada en su texto y respeta, por supuesto, el ordenamiento jurídico aplicable, mientras que el régimen exorbitante consiste en todo el andamiaje jurídico que resulte aplicable a la relación jurídica, haya sido declarada o no en el contrato específico y que determina, en este caso, la actuación de la administración.

En este trabajo investigativo se abordarán las posiciones de diversos autores, entre ellos:

- Duguit<sup>86</sup> sostuvo en su momento que hablar de contrato de derecho privado y de derecho público es hablar de cosas que no existen y, por consiguiente, que no correspondía oponer estas nociones entre sí. Concluía sosteniendo la necesidad de eliminar, de una vez por todas, del lenguaje jurídico las expresiones "contrato de derecho privado" y "contrato de derecho público", debiéndose hablar solamente de "contratos".

Por un lado, Jeze, objetó en establecer que esta concepción era inexacta, mencionando que entre los contratos administrativos y los contratos civiles no hay diferencia de fondo. "Si los tribunales administrativos son competentes para los contratos administrativos, es porque se trata de aplicar un régimen especial; el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales" (Jeze, 1949, pág. 314). Y es que al referirse a ese régimen especial era porque los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles, concluyendo que un contrato administrativo no solamente asume la obligación de no entorpecer el funcionamiento del servicio público sino también de facilitarlos. Los contratos civiles suponen dos contratantes en pie de perfecta igualdad. El contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante.

Relata Diez (Diez M. M., 1965, pág. 446) que en los años cincuenta la jurisprudencia francesa exigía dos condiciones para que el contrato de la Administración Pública fuera considerado un contrato administrativo: en primer lugar, que se tratara de la organización y funcionamiento de un servicio público; y, en segundo lugar, que existiera una cláusula exorbitante del derecho privado.

---

<sup>86</sup> Cita de MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Abeledo -Perrot: Buenos Aires, 1970, Tomo III, A, p. 23.

Marienhoff define las cláusulas exorbitantes del derecho común como aquéllas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son "inusuales" o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían "ilícitas" por exceder el ámbito de la libertad contractual. En estos casos, el contrato será considerado "administrativo" por el solo hecho de contener cláusulas exorbitantes del derecho común, sin importar cuál sea su objeto. (de la Puente y Lavallo M. d., pág. 9). El mismo autor hace referencia a esa particularidad señalando que en el derecho privado se consignan las cláusulas como las siguientes: la que faculte a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí; la que faculte a la Administración a dar instrucciones a su cocontratante acerca de cómo debe ir cumpliendo el contrato; la que confiera a la Administración poderes de control fuera de lo común. Estas son las cláusulas que supeditan el cumplimiento del contrato al control riguroso de una de las partes.

Cassagne, al hablar sobre las cláusulas exorbitantes de los contratos de la administración pública (Cassagne J. , pág. 419), menciona que: " La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público para constituir el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesas la aparición de una corriente que al advertir la presencia en casi todos los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al Derecho común, creyó encontrar en tal hecho la solución al problema de la caracterización del contrato."

También se ha estimado que las cláusulas o potestades exorbitantes son la estipulación legal del Contrato del Estado, que rompe la igualdad típica del acuerdo de voluntad regido por normas de Derecho Privado, para establecer precisa prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante (Orrego Lombana, 2016, pág. 15).

García de Enterría, plantea la pregunta de si estas cláusulas exorbitantes extremas sólo pueden encontrarse en el Derecho administrativo contractual. A partir de ello, sostiene que la prerrogativa de poder público que posee la Administración en la celebración de contratos administrativos es, sin duda, un privilegio de decisión unilateral y ejecutoria. Esto significa que la Administración impone al contratista el deber de cumplimiento y es quien decide sobre diversos aspectos fundamentales del contrato:

- su perfección y validez,
- su interpretación,
- la ejecución de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo y forma),
- la calificación de incumplimientos,
- la imposición y efectividad de sanciones contractuales,
- la prórroga del contrato,
- la concurrencia de causas objetivas para la extinción del contrato, entre otros. (García de Enterría, *La Figura del Contrato Administrativo*, pág. 122).

Por su parte, el contratista queda vinculado por estas decisiones, salvo que pueda interponer recursos posteriores (ex post) contra las mismas. García de Enterría continúa señalando que la cláusula exorbitante por excelencia en la contratación administrativa es el conocido *ius variandi*, también llamado *hecho del Príncipe* o *factum principis*, que faculta a la Administración para modificar unilateralmente el contrato.

Existen destacados tratadistas que consideran que más que cláusulas exorbitantes, son en realidad “potestades” o “poderes” inherentes al cumplimiento y satisfacción del interés general, de igual forma, estas cláusulas son llamadas “cláusulas especiales”, tal y como las

denomina el Dr. Libardo Rodríguez, queriendo indicar con dicha denominación que, si bien los contratos estatales se guían por las normas que regulan los contratos civiles y comerciales, existe una serie de cláusulas que son extrañas a los contratos del Derecho Privado, o cuyos efectos son distintos en los contratos de las entidades estatales (Orrego Lombana, 2016, pág. 15).

Por otra parte, las cláusulas exorbitantes del contrato estatal son aquellas disposiciones contractuales, tácitas o expresas, que otorgan potestades a favor de las entidades estatales, que quiebran el principio de igualdad entre las partes del contrato, para el logro de los fines del Estado, y cuya aplicación está conferida a la entidad contratante, sin necesidad de previa declaración judicial.

La Prerrogativa exorbitante de la Administración, es una característica esencial para diferenciarlo de los contratos regulados por el Derecho privado. En el contrato administrativo los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de los otorgantes queda subordinado al objeto del contrato, es decir, la libertad de los otorgantes supedita a la norma jurídica que fija el procedimiento para elegir al contratista, que no tiene la facultad de disentir respecto a las condiciones del contrato estipuladas inicialmente en las bases de licitación; solo puede aceptarlas o presentar oferta. Existe una situación de desigualdad del particular frente a la condición contractual, siendo la Administración Pública con facultades de prerrogativas de dirección y ejecución del contrato. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 258).

### **3.11.4.1. Características de las Cláusulas o Potestades Exorbitantes del Contrato Estatal**

Entre las características que tienen las cláusulas o potestades exorbitantes se puede observar que: 1) Sólo rigen para los contratos del Estado; 2) por su carácter excepcional existe sólo una oportunidad improrrogable para su ejercicio; 3) su aplicación se condiciona a las circunstancias que establece la ley; 4) sus efectos serán sólo los que la ley prevé; y 5) no existe posibilidad de aplicarlas por interpretación analógica. (Orrego Lombana, 2016, pág. 16).

Las características antes mencionadas van más dirigidas hacia el cómo han de aplicarse las cláusulas exorbitantes, que, a dar respuesta sobre las características de las potestades excepcionales, y por lo tanto no pueden ser el fundamento para determinar cuáles son dichas potestades excepcionales del Estado en la contratación.

De acuerdo a la obra *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (Ospina Fernández, 2000, pág. 36), los elementos de la esencia “constituyen lo mínimo que las partes deben declarar para precisar el interés que pretenden desarrollar jurídicamente y el sentido en que quieren hacerlo”. Por su parte, los elementos de la naturaleza son aquellas cláusulas que se entienden incorporadas en el contrato, aun cuando no se mencionen expresamente en el texto del acto jurídico; es decir, “que aun a falta de estipulación, se producirán espontáneamente”. Finalmente, los elementos accidentales están constituidos por aquellas cláusulas que deben ser pactadas expresamente en el contrato para que formen parte del mismo; en otras palabras, son “los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión”.

En este sentido, las cláusulas exorbitantes del contrato estatal pueden ser de dos clases: de naturaleza o accidentales, según sea el caso. Serán cláusulas exorbitantes de la naturaleza cuando la ley presuma que se entienden incorporadas al contrato, aun sin ser

expresadas; y cláusulas exorbitantes accidentales, aquellas que requieren ser estipuladas expresamente en el texto del acto jurídico para producir efectos. No obstante, para determinar cuáles son cláusulas exorbitantes de naturaleza y cuáles accidentales, primero debe establecerse cuáles son las cláusulas exorbitantes, conforme a las características mencionadas anteriormente.

La existencia de cláusulas exorbitantes garantiza al Ente Estatal la posibilidad de asegurar el cumplimiento del contrato, otorgándole facultades especiales para orientar su interpretación, ejecución, modificación, caducidad, reversión o, incluso, su terminación de forma unilateral. Estas prerrogativas permiten a la Administración preservar el interés público y asegurar que el contrato cumpla con los fines para los cuales fue celebrado.

Como bien nos enseña el maestro CASSAGNE, el rasgo característico del contrato administrativo radica en la presencia de prerrogativas públicas, las que pueden provenir tanto del ordenamiento general, en cuyo caso resultan verdaderas potestades y que serán objeto de análisis en este capítulo, como del propio acuerdo de voluntades.

Hay que hacer notar que, en el derecho administrativo salvadoreño, las cláusulas exorbitantes que tiene la administración se encuentran: el imponer por sí y ante sí sanciones administrativas como multa y caducidad del contrato, lo que genera la incapacidad para contratar (Arts. 181 LCP).

Las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos afectan los derechos fundamentales y, por tanto, debe ser regulada por Ley, de acuerdo al artículo 246 de la Constitución de la República, lo que es una noción básica que todo servidor público debe saber (Barriere Ayala, El marco legal de los contratos publicos en El Salvador, 2011, pág. 46).

En la obra denominada Contratación Estatal (Orrego Lombana, 2016, págs. 22-23), el autor señala que existen cláusulas exorbitantes que consagran potestades excepcionales de la

Administración en la contratación estatal, las cuales pueden entenderse como elementos de la naturaleza del contrato o como elementos accidentales. Estas últimas deben ser expresamente estipuladas en el texto contractual para que se consideren incorporadas. En cuanto a las cláusulas exorbitantes que forman parte de la naturaleza del contrato estatal, se incluyen la interpretación, modificación y terminación unilateral, así como la caducidad y la reversión, siempre que la ley permita que dichas potestades sean establecidas en ese tipo de contratos. Por su parte, figuras como la multa y la cláusula penal pecuniaria se consideran potestades exorbitantes de carácter accidental, ya que deben incorporarse mediante estipulación expresa en el contrato para producir efectos. En este sentido, una verdadera cláusula o potestad exorbitante en la contratación estatal será aquella que reúna los requisitos mencionados para ser reconocida como tal:

1. Son elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares.
2. Tienen por propósito el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.
3. Su aplicación se deriva de la ejecución o de la no ejecución del contrato estatal.
4. Existen sólo a favor de la Administración Pública y no de la entidad contratista.
5. Son de aplicación directa por la entidad contratante; es decir, no requieren de declaración judicial previa para su aplicación.

#### **3.11.4.2. Régimen Jurídico Exorbitante del Derecho Privado**

En lo que respecta a esta característica esencial de las cláusulas exorbitantes, y con el propósito de diferenciarlas de los contratos regulados por el Derecho privado, es importante

señalar que en el contrato administrativo los principios de autonomía de la voluntad e igualdad jurídica entre las partes quedan subordinados al objeto del contrato. Esto se debe a que la libertad de los otorgantes está limitada por la normativa jurídica que establece el procedimiento de selección del contratista, quien no tiene facultades para modificar o negociar las condiciones contractuales, sino que únicamente puede aceptarlas o rechazarlas en su totalidad.

El autor Henry Mejía en su libro *Manual de Derecho Administrativo*, menciona que la libertad de los otorgantes queda supeditada a la norma jurídica que fija el procedimiento para elegir al contratista, que no tiene la facultad de disentir respecto a las condiciones.

### **3.12. Criterios Diferenciadores del Contrato Administrativo y Contrato Civil.**

Los ordenamientos jurídicos que integran al Derecho Administrativo reconocen que la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede celebrar dos categorías de contrato: (i) el contrato administrativo y (ii) el contrato civil. La diferencia entre ambas categorías no es solo en cuanto al régimen jurídico aplicable. Es, por el contrario, una diferencia mucho más profunda, al punto de considerarse que se trata, en realidad, de dos categorías jurídicas completamente diferentes.

Las Administraciones Públicas celebran diferentes tipos de contratos. Los más conocidos son los contratos administrativos, como los de obra o servicios, regulados por el Derecho Administrativo. Sin embargo, también pueden celebrar contratos de naturaleza privada, al igual que cualquier particular, como contratos de seguro o arrendamiento. La normativa aplicable dependerá del tipo de contrato: si es administrativo, se regirá por el Derecho Administrativo; si es privado, por el Derecho Civil. Esta distinción es señalada por Elena Sánchez Sánchez en su obra *Los Contratos de la Administración con Particulares*, dentro del Grado en Gestión y Administración Pública. (Sánchez Sánchez, 2012-2013, pág. 17).

A continuación, se abordarán los criterios que permiten diferenciar la contratación de naturaleza privada, es decir, los contratos civiles, de la contratación administrativa, la cual se encuentra sometida a un régimen jurídico especial propio del derecho público, tal como lo dispone los artículos 23 y 234 de la Constitución de la República que en lo sustancial determinan la libertad de contratación conforme a las leyes y en el caso que el Estado deba de realizar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en el que se comprometen fondos o bienes públicos, deben de someterse a licitación pública, remitiendo entonces a una normativa especial para su contratación.

La diferencia tiene como eje principal que el contrato administrativo establece que todo aquel convenio que conlleva una finalidad de utilidad pública, es decir, "siempre que el contrato tenga como objeto el servicio público estamos ante un contrato administrativo." "Este criterio tampoco es aceptable por cuanto la Administración puede celebrar contratos civiles cuyo fin sea también la utilidad pública (Paz & Benito y Rodríguez Román, 1969, pág. 197).

Es de establecer que los contratos que celebra la Administración dentro de sus atribuciones pueden ser civiles y administrativos, sin embargo, a lo largo del presente estudio se ha encontrado distinción y diversos criterios como el objeto y su contenido.

Si se recurriere al hecho de ser el Estado una de las partes contratantes, por su investidura, es de naturaleza especial pues atiende a la competencia de la administración y sus auxiliares, mismos que se encuentran regulados tanto constitucionalmente como administrativamente por leyes secundarias, sin intervenir el Código Civil, pues en el caso de los contratos retomados por el Estado obedecen a solemnidades distintas a las de materia civil.

“Se ha llegado a afirmar que no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica, del contrato, debe buscarse algún otro elemento que indique de manera efectiva la distinción de los contratos que el Estado celebra. Ante esta expectativa surgió la

noción de que los contratos administrativos únicamente pueden justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil. Existiendo dos categorías del contrato que la Administración puede celebrar: los contratos civiles sujetos al régimen del derecho civil aplicables a las relaciones privadas y los contratos administrativos sujetos a un régimen jurídico exorbitante.” (Calderon Martinez J. A., 1974, pág. 11).

Establece que los contratos del Derecho Civil se rigen por el Derecho Privado y se consagran en leyes distintas, por ejemplo, el Código Civil, Código de Comercio, Ley de arrendamiento financiero, ley de inquilinato entre otros y a su vez los contratos administrativos se rigen por el Derecho Público y se consagran en leyes especiales, ejemplo de ello es la Ley de Compras Públicas (LCP).

¿Cuáles son los criterios para diferenciar los contratos administrativos de los contratos de Derecho Común, tomando en consideración que, en ambos, como se ha dicho, una de las partes es siempre la Administración Pública?

Ante tal interrogante en la obra “Derecho Administrativo”, se refiere (Diez M. M., 1980, págs. 311-312), que hay distintos criterios diferenciadores de los contratos administrativos de los civiles de la administración y que tales criterios retomaremos algunos diferenciales el primero de ellos cuando su finalidad fuera la utilidad pública, más sin embargo refiere que este criterio no es válido porque la administración puede celebrar contratos civiles con la finalidad de la utilidad pública. Asimismo, hablaba sobre un contrato administración para la prestación de un servicio público, sin embargo, tal criterio tampoco no es aplicable pues sostiene que existe una diferencia entre servicios públicos administrativos con los llamados servicios públicos administrativos y servicios públicos civiles y comerciales. Por otra parte, se refiere a que el carácter de contrato civil o administrativo deriva de la voluntad de las partes para determinar la

naturaleza del contrato. Sigue acotando que el contrato administrativo se caracteriza por una modulación con respecto al contrato civil, pero que esta modulación es el resultado de una doble exigencia, por su peculiaridad función de la administración como organización colectiva y la segunda por su actividad peculiar y propia.

La tesis del servicio público a que hace referencia Manuel Diez ha servido de fundamento para sostener la existencia de una dualidad en los contratos que puede suscribir la Administración Pública. Para este propósito, el concepto de servicio público —amplio por naturaleza— fue adoptado de manera flexible, llegando incluso a identificarse con la noción de interés general. En este sentido, la presencia del servicio público en el contrato administrativo constituye su rasgo distintivo, al estar sometido a un régimen jurídico especial o *exorbitante* respecto del Derecho Común. Esta diferenciación se justifica en el principio de igualdad: mientras que el régimen de contratación del Código Civil regula relaciones jurídicas entre partes en igualdad de condiciones, en el Derecho Administrativo la relación es desigual, ya que la Administración Pública ostenta privilegios y prerrogativas que le otorgan potestades unilaterales. Dichas potestades se expresan en las denominadas “cláusulas exorbitantes”, que no se conciben como simples derechos contractuales, sino como mecanismos de actuación unilateral destinados a salvaguardar el interés público y garantizar la correcta prestación del servicio público. Por ello, en el contrato administrativo, la Administración puede modificar o extinguir unilateralmente el vínculo contractual, afectando incluso la situación jurídica del contratista, siempre en función de proteger el interés general.

Por otra parte, existen criterios aceptados por la doctrina para diferenciar el contrato administrativo del contrato de derecho privado.

En tal sentido, cabe destacar lo siguiente:

**a) Criterio subjetivo**

Según este criterio, el contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, o por una de sus partes, obrando como tal y relacionándose por ese conducto con los particulares.

Es el criterio más elemental de todos, y es en sí mismo insuficiente para caracterizar la noción esencial del contrato administrativo, ya que no permite precisar cuándo la administración obra como tal, celebrando un contrato administrativo, y cuándo actúa como una persona de derecho privado, celebrando entonces contratos de derecho común.

#### **b) Criterio de la jurisdicción**

En esta posición, se entiende que son contratos administrativos aquellos cuyos diferendos y controversias deben ser sometidos a la decisión de los tribunales contencioso-administrativos, mientras que los contratos de derecho privado serían aquellos que quedan sometidos, en esos mismos supuestos, a la decisión de la jurisdicción común.

#### **c) Criterio formal**

El hecho de que el contrato administrativo esté sujeto, como en efecto lo está, en cuanto a su celebración, a formalidades concretas y especiales, precisadas por normas propias del derecho administrativo, no sirve tampoco como criterio cierto que permita otorgarle a este contrato su propia individualidad.

Tales procedimientos particulares, como la realización de una licitación, privada o pública, la formulación de pliegos de condiciones, los procedimientos de preadjudicación, adjudicación, aprobación, etc., en efecto, no son en realidad exclusivos del contrato administrativo, sino que la práctica jurídica pone de manifiesto que tales procedimientos son cada vez más utilizados para concluir contratos de indudable carácter privado, como son los

que celebran las grandes empresas comerciales e industriales, que en sus giros adoptan normas muy semejantes, en estos aspectos, a los que rigen en la administración pública.

#### **d) Criterio de la cláusula exorbitante**

Otra de las opiniones propuestas para diferenciar el contrato administrativo, es la que señala que 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 ni podrían ser aceptadas dentro del derecho común, las que vendrían a poner de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público. (Comadira, págs. 9-10).

Es de hacer notar que el artículo denominado "Las Cláusulas Exorbitantes", del Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (de la Puente y Lavalle M. , 39), menciona diferentes aspectos de los cuales literalmente mencionaremos siendo entre estos puntos los más importantes: El primer criterio aplicado por el Consejo de Estado de Francia en 1900 ha sido el del servicio público. En el caso Terrier el Consejo dijo que "todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales - ya sea que la Administración actúe por vía de contrato, o que ella proceda por vía de autoridad -, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa". El objeto del contrato administrativo sería, pues, el servicio público.

Sin embargo, este criterio fue más tarde abandonado por considerarse que el servicio público cuya satisfacción se persigue con la ejecución de un contrato, no basta para calificar a éste como administrativo, ni su ausencia es suficiente para excluirlo de sus cuadros, caracterizándolo sin otras discriminaciones, pura y simplemente, como contrato de derecho privado.

El mismo autor menciona que Pequignot y Homone, los cuales fueron citados por BERCAITZ, Miguel Ángel en la "Teoría de los contratos administrativos" anotan que "La

condición relativa al servicio público provoca dificultades producidas por numerosas circunstancias, y, en primer término, la crisis de la noción del servicio público. Se ha señalado que la expresión servicio público es corrientemente empleada en diversos sentidos. Todos esos sentidos se reencuentran en la materia de los contratos". Descartado el criterio del servicio público, surge en la doctrina y jurisprudencia francesas el criterio de la cláusula exorbitante del derecho privado, en sentido lato, del derecho común.

Relata en la obra "*Derecho Administrativo*" (Diez M. M., 1965) que en los años cincuenta la jurisprudencia francesa exigía dos condiciones para que el contrato de la Administración Pública fuera considerado un contrato administrativo: en primer lugar, que se tratara de la organización y funcionamiento de un servicio público, y en segundo lugar que existiera una cláusula exorbitante del derecho privado. La función respectiva de estas dos condiciones ha sufrido una evolución en la jurisprudencia de ese período. En un principio, la condición de servicio público aparecía como predominante y aun como suficiente. Más adelante, las dos condiciones fueron puestas en un mismo pie de igualdad. Con posterioridad, la segunda condición, vale decir, la de la cláusula exorbitante del derecho privado, apareció como la más importante, y se puede preguntar si la condición de servicio público no está en vías de ser absorbida por la de la cláusula exorbitante.

El contrato administrativo se considera como distinta y singular respecto a la utilización por la administración, en el contrato administrativo figura como un contrato regido por el derecho público. La distinción contratos administrativos y contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La diferencia se marca solo en lo jurídico, es decir los efectos que genere uno de otro por el incumplimiento de alguna de las obligaciones no serán los mismos, ya que jurídicamente el contrato administrativo se ventila por medio de otro procedimiento especial y no con el procedimiento común de incumplimiento de obligaciones de

otros contratos, como por ejemplo contratos celebrados con los bancos, contratos entre particulares, etc. En cambio, la distinción a efectos sustantivos no existe, ya que el contenido y obligaciones de ambos contratos es común, por tal razón se dice que a efectos sustantivos no hay diferencia. (Derecho Administrativo, Ramón Parada).

Los contratos administrativos serían aquellos en que la relación jurídica creada adopta la forma de la supraordinación-subordinación, y en los cuales los particulares, por un acto de propia voluntad, se relacionan con la administración, subordinándose a ella, subordinación que no es personal, sino de contenido patrimonial. Los contratos comunes o de derecho privado, en cambio, serían aquellos en que las relaciones jurídicas creadas se establecen bajo la forma de la coordinación (Comadira, pág. 10).

### **3.12.1. Competencia**

La doctrina establece que los acuerdos contractuales entre particulares son competencia de los Tribunales o Juzgados comunes y los contratos administrativos son competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, "de ahí que para determinar la jurisdicción correspondiente haya que establecerse previamente si el contrato es administrativo o civil de la Administración". (Diez M. M., 1980, pág. 312) .

Pero es de mencionar que en nuestra legislación administrativa no se ha establecido tal competencia. Sin embargo, también existen planteamientos que, de acuerdo con lo antes dicho, afirman que se persigue con este criterio diferenciador, es que "los contratos administrativos están sometidos a un conjunto de reglas especiales" (Lancis y Sánchez, pág. 424) y éstas determinan sus efectos jurídicos, por lo que puede ser competente tanto los tribunales comunes como el Contencioso Administrativo, siempre dentro de sus propias funciones y competencias.

En cuanto a los criterios diferenciadores no solo los retomaremos desde el aspecto doctrinal sino también jurisprudencialmente, este sentido la jurisprudencia, específicamente la Sala de lo Civil ha establecido en la causa 14-Ap-2004 que: “Lo que determina la competencia administrativa o civil, es la naturaleza del reclamo. Obviamente el Estado contrata con particulares para la consecución de sus fines. Hay procedimientos, normas que regulan tales contrataciones, así como hay mecanismos para discutir e impugnar actos de la Administración si estos han sido ilegales. En el caso que nos ocupa, resulta ser un incumplimiento de un contrato atribuido a la Administración; pero tal pretensión no encaja en los supuestos de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que sería la última instancia de revisión del acto. Por sí, no están alegando ilegalidad de actos de la Administración; por ello no fuera posible tal reclamación ante la misma. De hecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corte ha sentado suficiente jurisprudencia al respecto; no puede conocer de cumplimiento de contrato, pues hasta este momento, la ley no les faculta para ello. Sigue siendo materia exclusiva de la jurisdicción civil. El particular puede discutir por la vía administrativa el acto emanado por la Administración.”<sup>87</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo señala una característica de distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil, identificando lo siguiente:

“En ese orden, la SCA respecto a las características de los contratos administrativos, mediante resolución de referencia 158-2013, del 18-X-2019, ha indicado: *“En materia de contratos administrativos, éstos se perfilan como una especie dentro del género de los contratos; sin embargo, cabe destacar en este ámbito, algunas características especiales que los distinguen como tales, entre estas se identifican: (i) una entidad representante del Estado*

---

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2005, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. p. 28.

*como parte suscriptora, cuya participación tiene por objeto la persecución de un fin público; y, (ii) el contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado otorgadas a la Administración pública, las cuales se traducen en algunos casos, en instrucciones, órdenes y sanciones que tienen por objeto precisamente garantizar el cumplimiento del contrato, y que se justifican a partir de los fines de interés general de la contratación estatal. En atención a lo anterior, encontramos, por un lado, a la Administración Pública investida de potestades o prerrogativas que le permiten actuar unilateralmente en la interpretación, modificación y extinción de los contratos, cuyo margen de actuación debe sujetarse dentro de los parámetros y límites determinados por la ley; y por otro, a un sujeto de derecho, quien se ve comprometido en la prestación de un servicio público, y que acepta voluntariamente someterse a lo convenido en dicho acto jurídico”.*

A partir de lo anterior, es importante destacar como precedente relevante la Sentencia de Amparo 522-2003<sup>88</sup>, en la cual se reconoce que “las cláusulas exorbitantes otorgadas a la Administración —manifestadas en instrucciones, órdenes y sanciones— tienen como finalidad garantizar el cumplimiento del contrato. Estas prerrogativas se encuentran plenamente justificadas por la necesidad de asegurar los fines de interés general que persigue la contratación estatal, reforzando así el carácter especial del régimen jurídico al que se someten los contratos administrativos”.

Este criterio se ve reforzado no solo por la sentencia mencionada, sino también por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la cual ha señalado que en los contratos administrativos coexisten dos partes claramente diferenciadas: por un lado, la Administración Pública, investida de potestades o prerrogativas especiales que le permiten, dentro de los límites establecidos por la ley, interpretar, modificar o incluso extinguir

---

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Ref. 522-2003, de fecha 16-VI-2005

unilateralmente el contrato; y por otro lado, un particular o ciudadano, quien participa en la prestación de un servicio público y acepta de forma voluntaria someterse a los términos pactados en dicho acto jurídico. Esta asimetría en la relación contractual responde a la necesidad de garantizar el interés público y la adecuada ejecución de los fines estatales<sup>89</sup>.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia salvadoreña han desarrollado criterios claros para diferenciar el contrato civil del contrato administrativo, resaltando sus particularidades en cuanto a objeto, partes intervinientes, régimen jurídico aplicable y finalidad. Estas distinciones permiten comprender que no todo contrato celebrado por la Administración es necesariamente administrativo, ya que dependerá de su vinculación con el interés público y el régimen especial al que esté sometido. Con el fin de facilitar una mejor comprensión, dichas diferencias se presentan de manera más sintetizada y organizada en la tabla siguiente.

*Tabla 2 Criterios diferenciadores del Contrato Administrativo y Contrato Civil*

<b>Aspecto</b>	<b>Contrato Administrativo</b>	<b>Contrato Civil</b>
<b>Naturaleza Jurídica</b>	Son una especie dentro del género de los contratos, con características especiales	Contratos regulados por el Derecho Común
<b>Criterio Subjetivo</b>	Celebrado por una de las partes es un órgano estatal frente a los particulares, así como puede celebrar contratos privados.	Celebrado entre particulares (privados), sin intervención de la Administración Pública.
<b>Objeto (Criterio sustancial)</b>	Vinculado a fines públicos	Vinculado a fines particulares
<b>Finalidad (Criterio finalista)</b>	Prestación de un servicio público o cumplimiento de fines de interés general.	Cumplimiento de intereses privados o particulares
<b>Criterio de la Jurisdicción</b>	Sus controversias se resuelven ante tribunales contencioso-administrativos	Sus controversias se resuelven ante tribunales civiles u ordinarios
<b>Criterio Formal</b>	Sujeto a formalidades especiales del Derecho Administrativo (licitación, pliegos, adjudicación, etc.). Estas formalidades no son exclusivas del contrato administrativo.	Puede tener formalidades, pero no necesariamente especiales ni exclusivas. Grandes empresas privadas también usan procedimientos similares.
<b>Criterio de la</b>	Contiene cláusulas exorbitantes	No admite cláusulas

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 352-2010, de fecha 16 de Octubre de 2016.

<b>Cláusula Exorbitante</b>	al Derecho Privado, otorgando prerrogativas a la administración pública (ej. rescisión unilateral, sanciones especiales).	que excedan los límites del Derecho Común
<b>Régimen Jurídico</b>	Necesita una regulación especial, distinta al Derecho Común	Se rige por el Derecho Común (Derecho Civil)
<b>Razón de su Régimen Especial</b>	La naturaleza del objeto y la finalidad pública del contrato	No requiere régimen especial

**Fuente:** Elaboración propia.

### 3.13. Contratos Civiles

#### 3.13.1. Nociones Generales

Es pertinente iniciar el desarrollo de esta temática estableciendo, tanto desde el ámbito doctrinario como desde el marco legal, la definición de contrato.

Para Alessandri y Somarriva en su libro "Curso de Derecho Civil", contrato es una convención en la que existen dos o más declaraciones de voluntad de las partes que se obligan, cuyo fin es el establecimiento de prestaciones con otro y para con otros consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa (Somarriva Undurraga, 1942, pág. 17).

Definición que es similar a la que establece la Legislación Salvadoreña al definir el término contrato en el art. 1309 del Código Civil el cual señala: "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

La terminología relacionada con los contratos no siempre se utiliza con precisión. Un ejemplo de ello se observa en el Código Civil, donde con frecuencia se emplea la palabra "convención" como sinónimo de "contrato", a pesar de que, en sentido estricto, no son términos equivalentes.

Alessandri y Somarriva, en su libro *Curso de Derecho Civil*, hacen referencia a que:

*"Las expresiones 'convención' y 'contrato' denotan conceptos distintos; pero, en la*

*legislación chilena, son sinónimas..."*

El contrato es un acto jurídico, porque es el "acto voluntario ejecutado con miras de producir un efecto jurídico. Es bilateral o convención. El contrato no puede existir sin el concurso de dos voluntades. Es una clase de convención, porque dentro del género convención tiene un objeto determinado: producir obligaciones." ... [...]. La convención es el género, el contrato y la especie" (Somarriva Undurraga, 1942, págs. 16-17).

Sin embargo, no debe de confundirse el contrato con la obligación, el contrato es el acuerdo de voluntades creador de obligaciones, la fuente donde la obligación nace, tal como lo señala el artículo 1308 del Código Civil<sup>90</sup>: "Las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, faltas y de la ley".

### 3.13.2. Elementos de los Contratos

La legislación salvadoreña reconoce tres elementos esenciales en los contratos, los cuales están contemplados en el artículo 1314 del Código Civil, específicamente en su inciso segundo, donde se hace referencia a los elementos que deben concurrir en todo contrato. A su vez, el artículo 1315 del mismo cuerpo normativo se encarga de definir cada uno de estos elementos.

a) **Elementos esenciales:** constituidos por aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro diferente. Las partes no pueden suprimirlas, omitirlas, ni variarlas (Vásquez López, pág. 10).

Ejemplo: En la compraventa, serán la cosa y el precio.

b) **Elementos naturales (naturaleza):** son las cosas que, no siendo esenciales en un contrato, se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de cláusula especial; aun cuando en el contrato no constará

---

<sup>90</sup> El Salvador, (1860) *CODIGO CIVIL*. (D.No.85 del 14 de abril de 1860, pág.205).

dicha cláusula. Estipularlas es en realidad inútil, y a veces peligroso, porque mientras más cláusulas tenga un contrato, más posibilidad hay que se susciten discusiones en su interpretación y ejecución. Así tenemos que, en la compraventa, no es necesario que se estipule la obligación de garantía que tiene el vendedor, por ser un elemento natural de acuerdo a lo establecido por el artículo 1639 y siguientes del Código Civil.

- c) **Elementos accidentales:** son aquellas cosas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan al contrato por medio de cláusulas especiales. Dichas cláusulas se agregan al contrato tendientes a modificar los efectos normales de dicha declaración de voluntad, tal es el caso de las modalidades. Este elemento necesita de un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes para incorporar una cláusula especial, mientras que en los elementos naturales se necesita de este mismo acuerdo de las partes, pero para suprimir una cosa o cláusula del contrato. Volviendo a la compraventa, será un elemento accidental, la estipulación de un plazo para que el vendedor entregue la cosa.

La temática objeto de estudio obliga a brindar mayor atención a los elementos esenciales de los contratos, ya que son éstos los que pueden en un momento determinado adolecer de nulidad, debido a que en los contratos en general se encuentran requisitos que deben de cumplirse para que los acuerdos contractuales tengan validez y existencia jurídica.

Existen, elementos esenciales, comunes o requisitos de existencia de todo contrato, los que son enumerados en el Art. 1316 C.C. ellos son: a) Capacidad, b) Consentimiento, c) Objeto y d) Causa.

### 3.13.3. Requisitos de Validez de los Contratos

Estos requisitos están expresamente establecidos en el artículo 1316 del Código Civil, el cual dispone textualmente: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:”.

- 1º Que sea legalmente capaz;
- 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3º Que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4º Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra”.<sup>91</sup>

Entre estos elementos debe cobrar importancia en la temática de estudio la capacidad y el consentimiento libre de vicios; por ser éstos los que en el contrato están más afectos de nulidad.

Consecuentemente con este criterio son requisitos de existencia: el consentimiento de las partes, el objeto, la causa; y son requisitos de validez: la capacidad de las partes; que el consentimiento no adolezca de vicio; que el objeto sea lícito y que tenga una causa lícita.

#### a) LA CAPACIDAD

Es la actitud legal de las personas para el goce y ejercicio de los derechos civiles (Miranda, 1975-1978, pág. 39). Goza de un derecho, el que lo tiene, es titular, el que se halla investido del mismo, ejercita su derecho, el que lo pone en práctica, el que lo hace valer por medio de actos jurídicos destinados a producir determinados efectos. La incapacidad no debe confundirse con la carencia de poder. Este es el derecho.

La capacidad, es decir, la aptitud que toda persona a la cual la ley no le ha

---

<sup>91</sup> El Salvador, Asamblea Legislativa. (1860). *Constitución leyes civiles y de familia.* ( D.No.85 del 14 de abril de 1860, Editorial Lis.pág.206).

limitadotal como lo expresa el artículo 1317 del Código Civil, la cual es adquirida por toda persona al tener existencia legal (capacidad de goce), y posteriormente de conformidad a lo estipulado por el artículo 345 del Código de Familia, al cumplir dieciocho años de edad, salvo excepciones, se adquiere la aptitud legal de poder ejercer personalmente los derechos que le competen (capacidad de ejercicio).

## **b) CONSENTIMIENTO**

Somarriva, menciona en su libro Curso de Derecho Civil (Somarriva Undurraga, 1942, pág. 76) que el elemento más importante para la existencia y validez del acto jurídico o un contrato es el consentimiento, debido a que este es un acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito. En lo que respecta al contrato, como acto jurídico bilateral que es, precisa de la voluntad de las partes para su generación, de tal suerte que sin el acuerdo de esas voluntades no puede existir contrato.

Para que la voluntad se considere en el ámbito del derecho es necesario que persiga fines o resultados jurídicos, razón por la cual debe exteriorizarse, pues de todos es sabido que lo que pertenece al fuero interno del individuo cae fuera de la órbita del derecho. Por lo demás, la voluntad es la facultad de la persona que lo autoriza para conducirse y hacer lo que desee; en los actos jurídicos unilaterales se llama simplemente voluntad. En cambio, en los actos jurídicos bilaterales, convenciones, contratos se denomina consentimiento.

Continúa expresando Somarriva, para que la voluntad de las partes genere el contrato, es menester dos exigencias:

1º. Que la voluntad sea seria, es decir, emitida con el propósito de crear un vínculo jurídico, y

2º. Que se exteriorice, es decir, que se dé a conocer externamente.

Es decir, un acto esencialmente bilateral, es a través del consentimiento que se plasma el principio de la autonomía de la voluntad y su máximo exponente el principio de libertad contractual; sin embargo, podría suceder que este consentimiento haya sido motivado por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 1322 del Código Civil, es

decir, mediante error, fuerza o dolo, en cuyo caso el contrato ha nacido a la vida jurídica sin contar con uno de los elementos esenciales lo cual podría llegar a constituir una causal de nulidad de los términos contractuales.

### **c) OBJETO**

Sobre el particular nuestro se refiere al objeto de la declaración de la voluntad, y el Art. 1331 C.C. al regular en forma específica el objeto establece que: “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

El objeto del contrato es creador de obligaciones según el artículo 1308 C.C. Las obligaciones correlativamente significan derecho. Por consiguiente, los individuos celebran contrato y lo ejecutan con el propósito, fin, y objeto de que produzcan obligaciones, motivo por el cual ambos elementos constituyen el objeto del acto o contrato, tal circunstancia concuerda con lo regulado en el Art. 1332 C.C. si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible.

Los contratos tienen por objeto crear obligaciones, son fuentes de obligaciones y por lo mismo, crean derechos que pueden consistir en derechos reales sobre las cosas o derechos personales.

### **d) CAUSA LICITA**

En general, es el fin que cada una de las partes se propone al contratar, pero no debe confundirse con los simples motivos, de los que es claramente distinta.

En los contratos a título oneroso sinalagmáticos, la causa de cada obligación es la voluntad de obtener la ejecución de la obligación de la otra parte. Esta definición explica la interdependencia de las obligaciones, a la vez en la formación y en la ejecución del contrato.

En los contratos a título oneroso unilaterales: Capitant se esfuerza por determinar, mediante un análisis particular de cada contrato, la causa de la obligación (Norma)

### 3.14. Régimen Jurídico a la Aplicación de los Contratos

Los contratos del Derecho Civil se rigen por el Derecho Privado y se consagran en leyes distintas, por ejemplo, el Código Civil, Código de Comercio, Ley de arrendamiento financiero, ley de inquilinato, entre otros y a su vez los contratos administrativos se rigen por el Derecho Público y se consagran en leyes especiales (Lancis y Sánchez, pág. 422). Ejemplo de ello, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (que ahora en adelante denominaremos LACAP<sup>92</sup>).

Sin embargo, es importante mencionar que una de las partes contratantes siempre tiene que ser la Administración Pública, aunque esta intervención no es suficiente para identificar una diferencia, dado que la Administración puede actuar en la celebración de un contrato regido por el Derecho Privado, pero esta intervención no lo convierte el contrato en administrativo.

Es a partir del nacimiento del Estado moderno, que surge la necesidad de que éste satisfaga sus necesidades de administración y operación, por ello, requiere de bienes y servicios que le permiten cumplir con su fin, naciendo a la vida jurídica la necesidad de celebrar contratos con los particulares, naciendo así los contratos administrativos. Por tanto, el contrato administrativo se convierte en un instrumento de interacción del Estado con la sociedad, sosteniendo que existen dos modalidades de contratos: aquellos que realizan entre particulares con fines específicos ya sea de índole civil, laboral, mercantil, es decir, el interés que ambas partes persiguen, convirtiéndose en interés particular y tal participación es en un plano de igualdad jurídica y se regulan por el Derecho Civil o en su caso por el derecho mercantil, laboral, cuyo fin persiguen la satisfacción de las necesidades de la esfera privada. Y el otro grupo de contratos, lo conforman los contratos administrativos, los cuales tienen como particularidad que uno de sus sujetos lo es, el Estado, y por otra, puede ser un particular u otra

---

<sup>92</sup>El Salvador.(2000). *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública*, Decreto Legislativo N° 868, del 5 de abril de 2000, Diario Oficial N° 88, Tomo 347, 15 de mayo de 2000

entidad del Estado, regula la actividad estatal, pues los fines que persiguen por parte del Estado es la satisfacción de necesidades de interés social o de carácter público. (Ruiz Garcia, 2010, págs. 252-253).

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

Como más adelante retomaremos, la corriente negativa, casi desaparecida, fue sostenida por juristas tan destacados como Otto Mayer, Fritz Fleineir y León Duguit. Los argumentos contra ellos los resume Fernando Garrido Falla, diciendo:

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

Y en la corriente positiva, entre otros autores como Gaston Jéze, Marcel Waline, Rafael Bielsa, Gabino Fraga y Fernando J. López de Zavalía, se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, generalmente por 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 lo que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración pública (Fernández de Velasco, 1945, pág. 145).

La autora Laura Ruiz García, en su obra de los Contratos Administrativos (Ruiz Garcia, 2010) expresa que en la doctrina se encuentran dos grandes corrientes, aquellas que niegan la existencia de contratos administrativos y la que reconoce la existencia de estos, mencionando que su postura es la del reconocimiento de los contratos administrativos, de tal planteamiento se desarrollará estas dos corrientes.

## CAPITULO IV. NULIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PÚBLICA

### 4.1. El Ámbito y los Tipos de Nulidad Civil

Aunque el presente trabajo se centra en el estudio de las nulidades en los contratos públicos, resulta necesario remitirnos al Código Civil, ya que es este cuerpo normativo establece la definición y clasificación de las nulidades. Asimismo, se recurre a la doctrina para enriquecer el análisis de la temática, identificando disposiciones legales relevantes, como el art. 1313 del Código Civil. Además, es fundamental tener en cuenta la aplicación supletoria establecida en el artículo 4 de la Ley de Compras Públicas, ya que esta normativa constituye el marco jurídico específico que regula los contratos celebrados por la Administración Pública.

Asimismo, es pertinente acudir a la doctrina para complementar el análisis de la temática, identificando disposiciones legales relevantes, como el artículo 1313 del Código Civil, entre otras.

Para abordar este tema en la aplicación a la Nulidad Civil, es necesario que se defina la misma, tomando como parámetro diferentes autores, con el objetivo que se tenga una idea de esta figura jurídica y ante aquellos actos imperfectos que son nulos absoluta o relativamente o inoponibles.

Etimológicamente el término Nulidad deriva del latín medieval *nullitas = nullus*, del latín *nullum, que significa nada* (Lutzesco, 1972, pág. 123).

El tratadista brasileño Martinho Garcés, define la nulidad “es la violación o no cumplimiento de cualquier solemnidad esencial a la forma interna o externa del acto jurídico”.

Por otra parte, Eduardo J. Couture, señala que la nulidad es el "vicio de que adolece un acto jurídico, cuando se ha verificado con violación o apartamiento de ciertas formas, o con la omisión de los requisitos indispensables para la validez de este" (Eduardo J. Couture, 1976, pág. 423).

La nulidad, en su aspecto civil, es la sanción inherente a todo acto jurídico celebrado sin observar las reglas establecidas por la ley, para asegurar la defensa del interés general, o para expresar la protección de un interés privado. (Lutzesco, 1972, pág. 361).

Las nulidades han sido establecidas por la ley, como un medio de asegurar el cumplimiento de los fines de las formas procesales por lo que, en los casos de inobservancia de esas formas, se priva a los actos y trámites del juicio de los efectos que normalmente debían producir.

La nulidad es definida como "la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes" (Besa, pág. 3).

Continúa manifestando el referido autor Arturo Alessandri Besa que "La nulidad, es una sanción civil, con que la ley castiga las infracciones que se cometan al celebrarse un acto jurídico, y puede ser definida como "la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie, y la calidad o estado de las partes (Besa, pág. 4)".

Por tanto si un acto o contrato se otorga o celebra con prescindencia de una de las condiciones de validez, es nulo, Somarriva Undurraga (Somarriva Undurraga, 1942, pág. 311), señala que:" las nulidades pueden ser de dos clases: nulidad absoluta, si la omisión es de un

requisito que se exige en consideración al acto en sí mismo, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan; y relativa, si la omisión es de un requisito exigido en atención a estas personas.”

Sin embargo, es necesario mencionar que la nulidad en el Derecho Civil, como la conceptualiza Somarriva en su Curso de Derecho Civil, que la nulidad “es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser Nulidad Absoluta o relativa” (Somarriva Undurraga, 1942, pág. 321).

Y es que el objeto de ser declarada por un tribunal una nulidad es volver a las partes al estado en que se hallaban antes de la celebración de acto o contrato.

Por ello se hará una breve reseña a la nulidad de los contratos, los cuales al faltar aquellos elementos esenciales que de conformidad al ordenamiento jurídico salvadoreño otorgan existencia y validez pueden llegar a adolecer de nulidad. Dicho de otra manera, las nulidades contractuales son fruto de la inobservancia de una regla de derecho; por ello, se consideran las nulidades como sanciones legales, por lo cual todo acto o contrato que se encuentra viciado de nulidad pierde sus efectos jurídicos.

## **4.2. Régimen Jurídico de las Causales de Nulidad Civil**

Los contratos públicos desempeñan un papel esencial en el adecuado desarrollo de la gestión pública, ya que resultan indispensables para garantizar la correcta prestación de los servicios por parte de las instituciones estatales. Asimismo, contribuyen al crecimiento económico de las comunidades, dado que, en muchos casos, los proveedores del Estado son empresas privadas que dependen de estos contratos para su sostenimiento y desarrollo.

En principio, todo contrato administrativo se presume válido y debe ejecutarse, con el propósito de brindar seguridad jurídica al contratista y asegurar la continuidad en la prestación del servicio público. Sin embargo, el ordenamiento jurídico costarricense también contempla situaciones en las que un acto administrativo —como es el caso de los contratos públicos— puede adolecer de vicios que conlleven su nulidad, lo que hace necesaria su declaración formal.

No obstante, el análisis sobre la nulidad en materia de contratación pública es importante dada la importancia que estos contratos revisten tanto para la satisfacción del interés público como para la protección de los derechos e intereses legítimos del contratista.

El estudio del régimen de nulidad en materia civil dentro de los contratos administrativos, en el marco del artículo 4 de la Ley de Compras Públicas, es de especial importancia porque permite garantizar que los actos contractuales celebrados por la Administración Pública se ajusten al principio de legalidad. Aunque los contratos administrativos están regidos por un régimen jurídico especial, no pueden desconocer los principios generales del Derecho Civil en lo relativo a la validez de los actos jurídicos. Comprender y aplicar correctamente las causales de nulidad es esencial para proteger el interés público, evitar que actos contrarios al ordenamiento produzcan efectos jurídicos y resguardar los derechos e intereses legítimos de los contratistas. Asimismo, un adecuado análisis del régimen de nulidad refuerza la seguridad jurídica tanto para la Administración como para los particulares involucrados en los procesos de contratación estatal.

Por su parte, la nulidad, en el ámbito del Derecho Civil, se configura como la sanción que recae sobre todo acto jurídico celebrado en contravención a las disposiciones legales vigentes, ya sea con el propósito de proteger el interés general o de salvaguardar un interés privado.

Nuestro legislador en el Art. 1551 del Código Civil señala: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.” Asimismo, el Art. 1552 C.C. nos dice: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.”

Según el tratadista de Derecho Civil Chileno y Comparado Luis Claro Solar, en su obra de las Obligaciones, sostiene que la definición que la ley da sobre la nulidad, se refiere a cualquiera que sea la causa que la produce, la ley ha considerado de una forma genérica todas las nulidades que la ley establece, incluyendo lo regulado en los Arts. 10 y 11 del C.C.; que al hablar de requisitos exigidos para que el acto tenga valor, la ley no se ha referido únicamente a los requisitos requeridos en consideración a la manera de ejecutar el acto o contrato, sino a los requisitos internos y a las condiciones que estos deben llenar para el valor del acto o contrato; así como a los requisitos externos que no son indispensables a la existencia misma del acto o contrato.

Así lo manifiesta el Art. 1552 C.C. que se refiere al objeto o causa ilícitos, así como la omisión de algún requisito o formalidad para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, como causas productoras de la nulidad absoluta. Si la falta de algunos de los requisitos que la ley prescribe para el valor del acto o contrato produce la nulidad de éste, la falta de uno de los requisitos que la ley establece como esenciales a perfeccionamiento jurídico del acto o contrato, produce su inexistencia. Asimismo, considera el autor, que la falta de objeto o de causa impide absolutamente la existencia de la obligación, y es, por consiguiente, nulidad absoluta.

Considera también dicho tratadista, que el acto o contrato que adolece del vicio de la nulidad absoluta de conformidad al Art. 1553 del Código Civil, no debe ser mantenido, ni amparado en forma alguna: la ley abre a todo el mundo la puerta de la reclamación para que ataque el acto o contrato, ejecutado o celebrado en contravención a las disposiciones con que ha querido que se ejecutara o celebrara; prescribe a los funcionarios del ministerio público la obligación de demandar la declaración de nulidad para poner inmediato término a todos los efectos que pudiera producir; y faculta al juez para que haga esa declaración cuando la nulidad absoluta aparece de manifiesto en el acto o contrato, concediéndole esta facultad no solo como un poder, sino como un deber de que el juez no puede prescindir, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, esto es de oficio, como imperio del ejercicio de sus propias funciones.

La nulidad absoluta es producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o-contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; se refiere, pues, a los requisitos que miran a la validez de los actos jurídicos (Besa, pág. 8)

### **4.3. Clases de Nulidades**

La Legislación Civil Salvadoreña clasifica las nulidades -en su Artículo 1551 inciso segundo del Código Civil- atendiendo al rigor de la sanción de invalidez del acto jurídico en: a) Nulidades Absolutas; y b) Nulidades Relativas.

El punto de distinción que nuestra ley acoge para separar los conceptos de nulidad absoluta y relativa consiste en la vulneración o no de cierto interés público eventualmente involucrado por tanto la nulidad absoluta, según los términos de esta concepción se produce

cuando el acto jurídico se ha constituido contraviniendo un precepto legal de carácter prohibitivo.

Doctrinariamente existen dos principales clases de nulidad: Absoluta y Relativa.

### **4.3.1. Nulidad Absoluta**

#### **4.3.1.1. Naturaleza Jurídica**

La Naturaleza jurídica de la nulidad absoluta es insanable, esta es la que protege el interés público o general de la sociedad, está destinada a castigar lo ilícito, lo contrario a la ley, las buenas costumbres y el orden público, como lo aclara el código civil se aplica cuando faltan los requisitos que la ley prescribe para la validez del mismo, trata temas ilícitos o hay incapacidad de las personas que intervienen.

La acción de nulidad es una acción personal que tiene por objeto impedir o destruir los efectos jurídicos de un acto nulo. Esto quiere decir, que tratándose de un acto nulo no ejecutado, o de un acto nulo ejecutado parcialmente, intervendrá para condenar los resultados que las partes se han propuesto alcanzar. Para este fin, siempre se manifiesta a través del conflicto que surge entre las reglas jurídicas formuladas por la voluntad de los contratantes y las reglas establecidas por la ley (Lutzesco, 1972, págs. 277-278).

De acuerdo con el ordenamiento legal, la nulidad de los actos jurídicos según el Art. 1551 Inc. 2° C. puede ser absoluta y relativa. La Nulidad Absoluta, consiste en la sanción destinada a condenar todo cuanto se haya ejecutado contrariando al interés general.

Se caracteriza por que inicialmente no se requiere petición de alguna de las partes, dando la potestad al juez para que actué de oficio, o quien legalmente está facultado para

declararla, por ejemplo en la contratación estatal, se encuentra facultada la entidad u ordenador del gasto; esto si se encuentra demostradas las causales para la declaratoria; también se posibilita el solicitar la declaración por parte del ministerio público, veedurías ciudadanas, contraloría o de alguna de las partes en el caso de un contrato estatal; hecha la declaración se retrotraen los efectos del acto o contrato declarado nulo y se extingue desde su inicio; las partes deben ser restituidas al estado en que se encontrarían, si no hubiesen celebrado el contrato con excepción del conocimiento del tema ilícito tratado; tiene efectos “erga omnes” esto es que no opera solo entre o frente a las partes, sino contra todos; es oponible a terceros. (Hoyos Lanzzziano, 2011).

#### **4.3.1.2. Características**

1) Es inmediata. Porque afecta el acto tan pronto como éste se realiza y por lo tanto no surte efectos. Es decir que opera de pleno derecho, sin necesidad de intervención judicial.

2) Toda persona interesada en hacer constar la nulidad puede valerse de ella. El acto es por tanto nulo para todo el mundo, porque su nulidad se fundamenta en una consideración de interés general.

3) La nulidad no puede cubrirse por la confirmación de uno de los interesados. Ninguno de los interesados puede privar a los demás, por su sola voluntad, del derecho que estos tienen, como él, de invocar la nulidad.

4) La nulidad no puede prescribir. Es decir, desaparecer por el transcurso del tiempo, ya que el acto nulo no puede producir ningún efecto.

La nulidad absoluta presenta ciertas características fundamentales que la diferencian de la nulidad relativa, pero desde luego conviene hacer presente que ambas especies de nulidad, consideradas como tal, son iguales, y que una vez declaradas por la justicia, producen

unos mismos efectos, porque frente a las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración judicial de nulidad, sólo se habla en términos generales de nulidad, expresión que comprende a ambas especies. (Besa).

Los caracteres esenciales de la nulidad absoluta dicen relación con tres aspectos: a) personas que pueden alegar esta especie de nulidad; b) posibilidad de ratificarla, esto es, la posibilidad de sanearla mediante la renuncia de la acción respectiva; y c) saneamiento por el transcurso del tiempo.

En cuanto a cada de los caracteres esenciales, antes mencionados lo desarrollamos de la siguiente manera:

**a) Personas que pueden alegar esta especie de nulidad:** Debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la Ley. Artículo 1553 del Código Civil.

- **El juez puede y debe declarar la nulidad, aún sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato:** Esta disposición no se trata de una facultad conferida al Juez, sino de una imposición, de una obligación impuesta debido al carácter especial de la nulidad absoluta, que como se ha dicho anteriormente, su propósito es proteger los intereses de orden general. Por lo que comprobada dicha nulidad en el acto o contrato debe declararla de oficio.
- **Puede alegar la nulidad todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, debiendo saber el vicio que lo invalidaba:** Esto porque la nulidad absoluta está establecida en interés general, y no únicamente en interés de las partes que celebran el acto o contrato, pudiendo estos lograr eliminar los efectos del acto o contrato nulo.

Se entiende que tienen interés, cuando estas personas pueden aprovechar la declaración de la nulidad absoluta ya sea de forma pecuniaria o patrimonial.

- **Puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la Ley:** Este es un medio de protección de las disposiciones de orden público que hayan sido infringidas al ejecutarse el acto o celebrarse el contrato.

Por ser la Fiscalía General de la Republica parte del Ministerio Publico, que es la representante del Estado y auxiliar de la administración de Justicia, tiene y debe asegurar el mantenimiento del orden público y velar por la correcta aplicación de las leyes.

**b) Posibilidad de ratificarla, esto es, la posibilidad de sanearla mediante la renuncia de la acción respectiva:** de esto se desprende la afirmación que fluye de la naturaleza especial de esta clase de nulidad que es la imposibilidad que tienen las partes que han ejecutado el acto o celebrado el negocio jurídico nulo, de ratificarlo. No así en la nulidad relativa que si es posible ratificarla pues afecta el patrimonio propio y no como sucede en la nulidad absoluta que afecta intereses generales de orden público, por tanto, no pueden utilizar esta acción pues no les pertenece exclusivamente, sino que son los intereses de la colectividad en general.

**c) Saneamiento por el transcurso del tiempo:** la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, sino que por un plazo de treinta años; esto se refiere a la prescripción de la acción de la nulidad absoluta, este tiempo hace alusión, a que transcurrido este se consolidan todas las situaciones jurídicas irregulares, debiendo dar a las situaciones jurídicas cierta estabilidad.

#### **4.3.1.3. Efectos de la Nulidad Absoluta**

Se consideran efectos de nulidad absoluta tanto respecto de las partes como de los terceros los siguientes:

##### **4.3.1.3.1. Efectos del Contrato Nulo respecto de las Partes**

a) **Efectos del contrato nulo no ejecutado:** La extensión de la nulidad se reducirá a algunos efectos o afectará todo el vínculo jurídico, según se trate de obligación divisible o indivisible. Si

la causa impulsiva y determinante es ilícita, la nulidad total será inevitable ya se trate de un acto a título oneroso o título gratuito. (Lutzesco, 1972, pág. 289).

Si la parte que haya impuesto la condición se ha fijado preferentemente en los demás efectos del contrato, o si ha preferido colocar en primer plano la realización previa de la condición. En el primer caso teniendo la condición vida propia o siendo accesorio de la obligación, la nulidad intervendrá para imprimirle la sentencia. En el segundo caso formando la condición parte integrante del contrato o siendo la causa misma de este su ineficacia originara la destrucción del acto en su totalidad, es decir siendo la causa y la condición la misma cosa, la ilicitud estará en la base misma de la relación obligacional, y deberá determinar necesariamente la nulidad total.

**b) Efectos del contrato nulo ejecutado:** La nulidad habrá de destruir retroactivamente todo lo hecho con violación a la ley.

La nulidad va a operar solamente en la medida en que no se halle en conflicto con una situación adquirida a favor de una de las partes o de un tercero, sobre todo cuando ha sido obtenida de buena fe.

#### **4.3.1.3.2. Efectos de los Contratos Nulos con Relación a Terceros**

El acto interesa casi en el mismo grado a personas más o menos alejadas de las partes contratantes. El acto sigue siendo la ley de las partes, pero a consecuencia de relaciones jurídicas anteriores o posteriores, es posible que sus efectos se reflejen en otras personas. Trasladando este razonamiento al campo de la nulidad, resultará que, si el primer adquirente ha tenido en virtud de un acto nulo, y que, si este acto ha sido anulado, con la destrucción del derecho del primer adquirente se destruirá igualmente el derecho del sub adquirente. Retoma el autor (Lutzesco, 1972, pág. 296) que la noción de terceros comprende los sucesores a título universal (herederos), legatarios universales o a título universal, entre otros.

### **4.3.2. Nulidad Relativa**

La nulidad relativa o rescisión como también la reconoce nuestro Código Civil, es otra forma de que puede revestir la nulidad. La nulidad relativa es la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

No puede ser declarada por el Juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el sólo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la ha establecido las leyes.

La nulidad relativa se produce cuando los requisitos son exigidos en consideración a una de las partes que celebran el acto o contrato. Es por ello que esta nulidad tiene un carácter subjetivo, y se concentra en el interés particular. Se puede decir entonces que es más grave la sanción de la nulidad absoluta que de ésta.

Esta nulidad consiste en que el acto jurídico aun reuniendo todos los requisitos esenciales que la hacen producir sus efectos propios, estos pueden cesar, generalmente con carácter retroactivo, en virtud de acción judicial. Esta, al igual que la absoluta, tiene su regulación en el Art.1551 C.C. y siguientes, y consiste en la sanción encaminada a la protección de un interés privado. En el fondo, esta nulidad que no es sino la misma anulabilidad, puede ser cubierta por la confirmación porque sus defectos no son sustanciales en absoluto ni de orden público inexcusable. En cambio, la nulidad absoluta no admite la confirmación.

#### **4.3.2.1. Naturaleza Jurídica de la Nulidad Relativa**

La naturaleza de la nulidad relativa contiene el mismo objeto que la nulidad absoluta ya que comparten el mismo objeto que consiste en:

- a) descubrir el vicio,
- b) destruir los efectos o las relaciones jurídicas engendradas por el acto anulable; y
- c) restituir a las partes al *statu quo* ante, en caso de que el acto haya sido ejecutado. (Lutzesco, 1972, pág. 329)

Es decir, que el referido autor menciona que cuando se demanda antes de cualquier ejecución, la anulación presenta un carácter preventivo, asimismo, puede tener un carácter *post factum*, siempre y cuando tenga por finalidad retornar la situación anterior a la celebración del acto con las restituciones inherentes al mismo.

#### **4.3.2.2. Características**

1) No es inmediata. El acto podrá anularse más tarde, por sentencia; pero mientras tanto existe y produce sus efectos. Aunque es susceptible de ser destruida por el ejercicio con éxito de la acción de anulabilidad.

2) La acción de nulidad no se concede a cualquier persona; se trata de una facultad reservada por la ley, ya sea al incapaz o a la persona cuyo consentimiento ha sido viciado. Es decir, únicamente a las personas en cuya protección se establece la anulabilidad.

3) La nulidad es susceptible de cubrirse por medio de la confirmación; que tiene por objeto convalidar el acto originalmente anulable; suprime el vicio de nulidad, porque consiste en la renuncia a la acción de nulidad.

4) La acción puede perderse por prescripción o caducidad, independiente de todo acto particular de renuncia

#### **4.3.2.3. Personas que tienen derecho a intentar la Acción de Nulidad Relativa**

Esta acción puede ejercerse contra el acreedor, ya sea por ser quien ha causado el vicio o por haberse beneficiado de la ignorancia o inexperiencia de la víctima, así como también contra sus causahabientes. Esta consecuencia deriva de las relaciones contractuales de carácter estrictamente privado.

Asimismo, si en el momento de la celebración del contrato o negocio jurídico existió violencia, la persona que la haya sufrido podrá dirigir la acción también contra el tercero que ejerció dicha coacción en su perjuicio.

Las personas que tienen derecho a intentar la acción de nulidad relativa, son en menor escala que las que pueden intentar la acción de nulidad absoluta, debido a que la sanción atiende al estado o calidad de la persona que contrata. Es decir, que la nulidad relativa es dada a la víctima ya se trate de un incapacitado o de una persona cuyo consentimiento ha sido viciado.

En cuanto a que se refiere a los menores de edad, por adolecer estos de incapacidad, es de necesidad mencionar que al lado de ellos hay siempre un representante legal ya sea este un tutor, y en cuanto al interdicto éste tiene casi siempre un curador, todos ellos tienen el derecho de invocar la nulidad relativa siempre y cuando sus representados sigan en su incapacidad, y no necesitan de la autorización de la persona puesta bajo su autoridad. Igualmente tienen derecho de invocarla por transmisión los sucesores universales.

Es permitido por ley que también puedan invocarla los sucesores a título particular, pero únicamente será relativa cuando tenga una condición expresa de que el acto por anular tenga por objeto el derecho o la cosa que adquieren directamente de su autor (Lutzesco, 1972, pág. 331).

#### 4.3.2.4. Efectos de la acción de Nulidad Relativa

Las consecuencias jurídicas del contrato, la acción de nulidad relativa, como la de nulidad absoluta, se propone, en principio, destruir retroactivamente toda huella del acto viciado. Pero la exposición de las causas de nulidad, por una parte, y de las *-fins de non-recevoi-*, excepciones y causas de improcedencia, por otra, nos han demostrado que la acción de nulidad no logra en todos los casos su fin.

Tales efectos del acto anulable, o si se prefiere, del acto anulado con relación a las partes, y efectos del acto anulado con relación a terceros, son los que describiremos a continuación.

#### 4.3.2.5. Efectos del acto anulado con relación a las partes

El acto nulo, como el acto anulable, está completamente desprovisto de efectos jurídicos.

La nulidad relativa tiene por finalidad destruir retroactivamente los efectos del acto nulo o anulable. Para ello, veremos los efectos del acto según la clasificación en la obra *Teoría y Práctica de las Nulidades*” (Lutzesco, 1972, pág. 354), el cual clasifica de la siguiente manera:

##### **a) Efectos del acto anulado no ejecutado.**

Si el acto viciado no ha sido ejecutado, la demanda de anulación tendrá plena eficacia: rendida la prueba del vicio, el juez deberá inclinarse necesariamente ante aquélla y decretar la anulación. El dolo, la violencia, el error, la incapacidad, entrañarán la desaparición total del acto jurídico; poco importa que pueda resultar una acción de responsabilidad. Lo que debe sostenerse es que el acto viciado, que no ha entrado en la fase de ejecución, será, en principio,

borrado, salvo el caso en que la excepción de garantía y la acción de nulidad se confundan en la misma persona.

**b) Efectos del acto anulado ejecutado.**

Sin embargo, con el acto viciado ejecutado, el problema de las nulidades adquiere un aspecto más oscuro. Las pruebas y contrapruebas rendidas por las partes se suceden algunas veces con tantas complicaciones que la protección sólo produce sus efectos cuando la habilidad de la víctima logre hacerla valer.

En el ámbito de la contratación administrativa en El Salvador, los supuestos de nulidad previstos en el derecho civil también encuentran aplicación. Un ejemplo claro de nulidad absoluta sería la celebración de un contrato administrativo cuyo objeto sea contrario a normas imperativas o al orden público, como adjudicar la construcción de una obra pública en una zona ambientalmente protegida, infringiendo disposiciones legales expresas. Asimismo, podría configurarse una nulidad relativa si el consentimiento del contratista fue viciado por error esencial sobre las condiciones del contrato, por ejemplo, si se le indujo a participar en una licitación con información falsa sobre los términos económicos del proyecto. Igualmente, en casos donde se demuestre que una persona jurídica contratista fue coaccionada por un funcionario público para obtener la adjudicación, se configuraría una causal de nulidad relativa por violencia. Estos supuestos reflejan cómo el régimen civil de nulidades es aplicable subsidiariamente en materia de contratación pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Compras Públicas y el principio de legalidad consagrado en la Ley de Procedimientos Administrativos.

#### 4.4. Diferencias entre Nulidad Absoluta y Relativa

En contratación pública, la distinción entre nulidad absoluta y relativa no siempre está claramente delimitada, dado que el régimen administrativo privilegia el interés público y la legalidad sobre el equilibrio de las partes. Por ello, actos afectados por infracciones graves al procedimiento pueden ser considerados nulos de pleno derecho aun cuando, en el Derecho Civil, serían meramente anulables. De ahí que encontramos diferencias entre ellas:

1. La nulidad absoluta puede invocarla todo interesado, en cambio la nulidad relativa solo puede ser invocada por la parte que haya sufrido el daño o violencia y la ley ha dispuesto protegerlo.
2. En cuanto a la confirmación, la nulidad absoluta no admite subsanación ni convalidación, ya que afecta directamente al interés general y, por tanto, carece de eficacia desde su origen. Por el contrario, la nulidad relativa sí permite una mayor libertad en cuanto a su confirmación, dado que protege principalmente intereses particulares. Esta puede ser convalidada por la parte afectada, siempre que el vicio que originó la nulidad no afecte el orden público ni el interés general.
3. En el caso de la prescripción, la nulidad absoluta prescribe en el plazo de treinta años, y la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro según sea el caso.

*Tabla 3 Diferencia entre Nulidad Civil y Administrativa*

<b>Categoría</b>	<b>Código Civil</b>	<b>Ley de Procedimientos Administrativos</b>
Normativa Aplicable	Código Civil de El Salvador	Ley de Procedimientos Administrativos de El Salvador
Artículos Relevantes	Arts. 1551 al 1559	Arts. 36, 37, 38, 118, 120
Concepto de Nulidad Absoluta	Acto contrario a ley, orden público o moral. Celebrado por incapaces absolutos.	Acto administrativo que vulnera gravemente el ordenamiento jurídico o dictado por órgano incompetente.
Concepto de Nulidad Relativa	Acto celebrado por incapacidad relativa o vicios del consentimiento (error, dolo o	Actos con defectos no esenciales pero que afectan derechos subjetivos.

## NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

	fuerza).	
Quiénes pueden alegarla	Cualquier interesado o el Ministerio Público (Art. 1553)	La administración de oficio o cualquier interesado (Art. 118)
Plazo para alegarla	Absoluta: imprescriptible. Relativa: 4 años (Art. 1559)	Absoluta: imprescriptible (si es de oficio). Relativa: 3 años (Art. 120)
Efectos de la nulidad	Absoluta: invalidez desde el origen. Relativa: válida hasta declararse nula.	Absoluta: nulo desde el origen. Relativa: el acto subsiste hasta declaratoria de nulidad.
Diferencias principales	En civil protege relaciones privadas; nulidad absoluta protege interés general, relativa el particular.	En administrativo protege el interés público, la legalidad administrativa y los derechos fundamentales.

**Fuente:** elaboración propia.

La razón para los tratamientos diferenciados está en su finalidad. Mientras la nulidad en el Código Civil está orientada a proteger la voluntad de las partes, la nulidad administrativa busca, fundamentalmente, proteger la vigencia del ordenamiento jurídico o, como dice Danós<sup>93</sup>, que la Administración no vulnere el ordenamiento jurídico.

<sup>93</sup> Jorge Danós, Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general, acceso 19 de junio de 2025, [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409\\_ponenciaforonulidad\\_actos\\_administrativos](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos)

## CAPITULO V. LA NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 5.1. Nulidad

Antes de abordar el régimen de nulidad en la contratación pública, es fundamental recordar que un contrato se considera “público” cuando una de las partes contratantes es la Administración Pública. Esta característica distingue claramente los contratos administrativos de aquellos celebrados entre particulares. Mientras que los particulares actúan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, en el ámbito público la Administración no goza de esa libertad; por el contrario, su actuación está estrictamente sujeta al principio de legalidad, es decir, solo puede realizar aquello que el ordenamiento jurídico expresamente le permite. Esta limitación responde a la finalidad superior de proteger el interés general. Precisamente por ello, cualquier desviación de ese marco normativo como la celebración de contratos contrarios a la ley o que vulneren principios de transparencia y equidad conlleva su nulidad. La nulidad en contratación pública no es una simple sanción formal, sino una herramienta destinada a garantizar que toda actividad contractual de la Administración se mantenga dentro de los parámetros de legalidad, responda al interés público y respete los derechos de los administrados.

Es necesario establecer, como una premisa resultante de la función de la Administración Pública, que toda contratación administrativa que ésta realiza tiene como fin último cumplir con las obligaciones contractuales para las que fueron creada.

Por ello, toda contratación lleva de manera implícita llevar a la ejecución del contrato tal como fue pactado, e inclusive aun cuando ha sido suscrito el contrato administrativo pueden presentarse circunstancias que se puedan modificar, y en consecuencia se cambian los

términos iniciales de ejecutar lo pactados dentro del contrato, y puede concluirse de forma anormal la contratación.

Con este trabajo pretendo analizar estas situaciones que con posterioridad al nacimiento del contrato administrativo hacen que el mismo no llegue a concretarse. Para efectos de del presente análisis, se debe de entender que la extinción anormal del contrato es aquella extinción anticipada en la que no se llega a cumplir con el contrato en los términos contratados.

Por ello, son varios los medios por los que un contrato administrativo no puede llegar a su terminación normal, siendo **la declaración de nulidad, una vez que suscriba el contrato** en la que nos centraremos en nuestro estudio.

## 5.2. Declaratoria de Nulidad

En el transcurso de la investigación tanto doctrinariamente se ha entendido que la nulidad del acto jurídico de derecho privado y la nulidad administrativa son dos institutos distintos sus requisitos y consecuencias. Encontrando una clara diferenciación en cuanto a la reglamentación en el ámbito del derecho público como en el privado, partiendo de ellas prerrogativas que posee la Administración Pública, es decir, la facultad de autotutela administrativa, que desiguala a la contraparte en un régimen de contratos administrativos sujetos al Derecho Público.

Retomando en el ámbito salvadoreño, tal como lo menciona el Doctor Mejía (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2014, pág. 293), las nulidades en el contrato administrativo puede ser declarado por varias razones, en primera instancia por defectos que impliquen la nulidad o vicios de los actos preparatorios y del acto de adjudicación; así como por la nulidad

del contrato mismo, entendiéndose en este aspecto en referencia a la nulidad del Derecho común, tal como lo abordaremos más adelante.

A lo largo de nuestra investigación doctrinaria, en referencia a la diferenciación de las nulidades de Derecho Público de las nulidades de Derecho Privado radica en dos rasgos: las partes no pueden ratificar el vicio y este no se sana por el transcurso del tiempo, “pues el acto nulo no puede producir efecto alguno como acto jurídico estatal desde el momento en que no puede ser imputable al Estado, como ordenamiento jurídico, porque ha sido dictado fuera de ese ordenamiento con infracción de las normas jurídicas [...] no es necesario que ella sea declarada por la autoridad, salvo las excepciones expresas que la ley establece, de manera que antes y después de su declaración, si es que procede y se hace, el acto no puede producir efecto alguno [...]” (Claudio, 2017, pág. 268).

Sin embargo, es necesario mencionar que la nulidad en el Derecho Civil, como la conceptualiza Somarriva en su Curso de Derecho Civil, que la nulidad “es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. (Somarriva Undurraga, 1942, pág. 321).

En este apartado nos enfocaremos en una de las causales de extinción de los contratos administrativos, como es la nulidad del Derecho Administrativo en referencia a la actividad contractual, partiendo de ello el autor SANDOVAL, en su Libro la Contratación Estatal y Contratación en Salud en el Estado Colombiano (SANDOVAL ESTUPIÑAN, 2009), cita la conferencia de eficacia e ineficacia del contrato dictada por el Dr. Fernando Hinestroza Forero, Así: “La nulidad es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado. De ahí por qué se diga, más descriptiva que fundadamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor lo que

sucede es que por motivos congénitos, o sea presentes al momento de la celebración del negocio –sin perder de vista la posibilidad de formación sucesiva del *factumnegocial*, el negocio se muestra inidóneo para producir efectos y el Estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propio vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en cuanto ello sea físicamente factible y no haya un interés específico consagrado por algún precepto, en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo.

Pedro Antonio Lamprea describe como fuente de anomalías jurídicas a la nulidad así:

a. Vicio de la entidad del acto: la nulidad es un concepto objetivo, esto es, que existe materialmente en el acto y por lo tanto tiene un reconocimiento

b. Determinado el vicio, que la ley señala en forma taxativa, la nulidad debe ser declarada judicialmente

c. Como situación jurídica, la nulidad se refiere al acto ya realizado; cuando el vicio del acto es de cierta naturaleza compete al juez declarar la nulidad, de oficio (Lamprea, 1996, págs. 113-115).

La teoría de las nulidades del Derecho Administrativo hace referencia a las diferentes infracciones del ordenamiento jurídico, llamados vicios, causas de nulidad o motivos de impugnación, que puede contener un acto administrativo y justificar la cesación de los efectos.

De ahí que la nulidad “es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto administrativo, en virtud de un vicio originario, existente en el momento de su emisión” (ARAUJO-JUAREZ, 2009). Aunque este autor menciona la nulidad de un acto administrativo.

La diferenciación de las nulidades de Derecho Público de las nulidades de Derecho Privado radica en dos rasgos: las partes no pueden ratificar el vicio y este no se sana por el

transcurso del tiempo, “pues el acto nulo no puede producir efecto alguno como acto jurídico estatal desde el momento en que no puede ser imputable al Estado, como ordenamiento jurídico, porque ha sido dictado fuera de ese ordenamiento con infracción de las normas jurídicas [...] no es necesario que ella sea declarada por la autoridad, salvo las excepciones expresas que la ley establece, de manera que antes y después de su declaración, si es que procede y se hace, el acto no puede producir efecto alguno [...]” (Claudio, 2017, pág. 268).

El Profesor Eduardo García de Enterría opina que no es fácil, -para efectos de analizar sobre la nulidad de los contratos administrativos- y del acto de adjudicación de la nulidad del contrato mismo, por cuanto si bien los primeros son actos no relativos al fondo del contrato, toda la formalización del proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y la plasmación sucesiva de ese proceso en una serie de actos singulares susceptibles de impugnación independiente permite trasladar en todo caso los vicios de fondo del contrato a los actos que le sirven de soporte. (Eduardo & Fernández, pág. 531).

En el desarrollo de esta investigación ha quedado evidenciado que la nulidad del contrato tanto en el derecho privado y la nulidad administrativa son instituciones diferenciadas, tanto en sus fundamentos como en sus procedimientos y efectos. Esta distinción es especialmente relevante en el ámbito de la contratación pública, donde la Administración goza de prerrogativas propias, como la autotutela administrativa, lo que genera una relación jurídica asimétrica frente a los contratistas particulares. En el caso salvadoreño, el principio de supletoriedad, consagrado en el artículo 4 de la Ley de Compras Públicas, habilita la aplicación del derecho común, principalmente el Código Civil, en aquellos aspectos no regulados por el régimen especial de contratación pública. No obstante, la declaración de nulidad en materia contractual administrativa es una competencia que corresponde, en primer término, a la propia Administración Pública, y en su caso, al control judicial por medio de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta regulación procura garantizar el respeto al principio de legalidad, así como

asegurar la protección del interés general y la estabilidad de las relaciones contractuales estatales.

### **5.3. Declaratoria de Nulidad del Contrato**

La doctrina menciona que el contrato administrativo puede ser declarado nulo por varias razones. La primera por defectos que impliquen la nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación, y en segunda instancia por la nulidad del contrato mismo.

El Profesor Eduardo García de Enterría opina que no es fácil para efectos de analizar sobre la nulidad de los contratos administrativos –y del acto de adjudicación de la nulidad del contrato mismo, por cuanto si bien los primeros son actos no relativos al fondo del contrato, toda la formalización del proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y la plasmación sucesiva de ese proceso en una serie de actos singulares susceptibles de impugnación independiente permite trasladar en todo caso los vicios de fondo del contrato a los actos que le sirven de soporte. (García Enterría, 1977, pág. 531).

Nuestra legislación con respecto a la contratación administrativa no da un tratamiento especial, bajo esta perspectiva bajo vía de revisión de la nulidad de los actos administrativos, según la doctrina puede obtenerse la nulidad de un contrato administrativo.

Al analizar la ley en referencia a los contratos de la Administración pública, la nulidad como forma de extinguir un contrato, tanto la Administración como el contratista, acudirá a sede jurisdiccional, tal como lo señala el Art. 3 literal b) Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que en lo sustancial menciona: “En la Jurisdicción Contencioso Administrativa podrán deducirse pretensiones relativas a las actuaciones y omisiones administrativas

siguientes: b) Contratos administrativos; de tal disposición partimos que la disposición regula en Art. 5LJCA<sup>94</sup>.

*Podrán ser objeto de impugnación los contratos administrativos, así como los actos referidos a su interpretación, ejecución y extinción. Los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por la Administración Pública.*

*Que en relación con las que prescriba el Derecho Común, tales como vicios del consentimiento, causa y objetos ilícitos y la incapacidad legal prevista por la ley. Si bien es cierto, que las nulidades en derecho común deben de ser taxativas, en el Derecho administrativo no lo son.*

La anulabilidad ha de ser alegada por la parte, tiene efectos “*ex nunc*”, es decir desde el momento en que se declara el defecto por el Tribunal, el acto anulable puede ser convalidado y ha de ser alegada en los plazos que señalen las leyes. (Carmona, págs. 70-73).

Es de establecer que la petición de la declaratoria de nulidad, debe de requerirse por la administración o el afectado por la nulidad, sea este el ofertante adjudicado, contratista o el ofertante perdedor, identificando las causales de nulidad que permitan evitar una contratación viciada desde su preparación.

Sin embargo, atendiendo a la Ley de Compras Públicas, en su Art.4, menciona que cuando no sea posible determinar por la letra o por su espíritu el sentido de las normas podrá recurrirse a la Ley de Procedimientos Administrativos y al Derecho Común. En tal sentido, dado que la LCP no regula la nulidad de los contratos públicos, recurriremos a la LPA y al Derecho Común para estudiar únicamente los medios previstos en nuestro Derecho para declarar dicha invalidez; es decir, para anular los contratos.

---

<sup>94</sup> Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. (2017). *Ley de la jurisdicción contencioso administrativa* (Decreto Legislativo No. 760). Publicado en *Diario Oficial*, No. 209, Tomo 417 (9 de noviembre de 2017), El Salvador.

Es de señalar un aspecto importante y es que la Sala de lo Contencioso Administrativo establece que la inexistencia de la causal de nulidad de pleno derecho aducida, se examinarán los vicios específicos de ilegalidad atribuidos, tales como el de tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, falta de motivación, estabilidad en el cargo e incumplimiento reiterado de la LPA<sup>95</sup>.

#### **5.4. Nulidad por Defectos de los Actos Preparatorios**

La nulidad de los contratos administrativos por defectos en los actos preparatorios estuvo regulada durante años por la LACAP. Bajo ese régimen, la nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación firme implicaba automáticamente la nulidad del contrato administrativo celebrado, generando como consecuencia la obligación de restituir a las partes al estado en que se encontraban antes del contrato. Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley de Compras Públicas (LCP), este criterio se mantiene, pero bajo un marco normativo actualizado y armonizado, que refuerza los principios de legalidad, transparencia y protección del interés público en el proceso contractual, garantizando igualmente la restitución de las partes en los casos de nulidad.

El art. 101 de la LACAP, disposición derogada, mencionaba en sus literales b) y c) las nulidades de los actos que fueron la base para seleccionar al contratista sean estos de trámite o definitivos como lo es la adjudicación. Salvo la alusión al derecho común que contemplaba en el inciso 1º literal d) LACAP que se refiere a la nulidad de los actos, sin embargo, dándole paso a la LCP, esta refiere a la Licitación competitiva, dado que constituye un procedimiento administrativo especial, que está integrado por actos preparatorios.

---

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref. 26-27-19-PC-SCA, de fecha 11-III-2021.

La jurisprudencia salvadoreña ha reconocido que en los contratos administrativos se encuentran presentes los mismos elementos esenciales que en los actos administrativos. Estos son:

1. Sujetos (competencia y capacidad): El elemento subjetivo del contrato está compuesto por la competencia y la capacidad. Ambos requisitos son fundamentales para la validez del contrato, ya que es indispensable que las partes contratantes tengan la aptitud legal necesaria para celebrar y ejecutar el contrato. En ese sentido, se requiere la capacidad jurídica del contratista privado y la competencia del órgano o entidad estatal que ejerce la función administrativa. La capacidad jurídica se encuentra regulada en los arts. 1316, 1317 y 1318 del Código Civil, así como en los arts. 25 y 26 de la derogada LACAP, ahora art. 24 LCP, en referencia a la capacidad legal.

2. Voluntad: Para que exista contrato se requiere la manifestación válida de dos voluntades coincidentes: una por parte de la Administración Pública y otra por parte del contratista. La validez del contrato exige, por un lado, la competencia del órgano administrativo, y por otro, la capacidad del contratista para obligarse jurídicamente. Aunque la LCP no regula expresamente la voluntad, esta se asienta en los principios generales del Derecho Civil:

- El artículo 38 de la LCP destaca que sus disposiciones prevalecen sobre otras normativas, pero no elimina la necesidad del consentimiento libre y válido para la formación del contrato.
- El Código Civil (art. 1316) exige capacidad y voluntad sin vicios para que exista consentimiento real.

3. Objeto: El objeto del contrato está constituido por la obligación que se genera a partir del mismo, cuyo contenido puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer. El

objeto representa la finalidad inmediata perseguida por las partes al celebrar el contrato y constituye un elemento determinante del consentimiento.

El objeto es la prestación acordada y debe ser lícito, posible, determinado o determinable:

- El Código Civil (art. 1319) exige que el objeto sea legal y posible.
- En la contratación pública, se encontraba regulado en el art. 43 de la LACAP obligaba a definir claramente el objeto en las bases licitatorias, destacando su relevancia en el contrato, debido a que dentro de los actos preparatorios encontramos actos como las autorizaciones para contratar, autorizaciones presupuestarias, autorizaciones previas, estudios de factibilidad, consultades populares, planificaciones entre otras, todas las cuales habitualmente interviene la autoridad contratante, constituyendo estos actos presupuestos indispensables para la iniciación de un procedimiento de selección. (Oliva de la Cotera, 2023, págs. 49-50)

4. Causa: La causa en los contratos administrativos corresponde al motivo o razón que justifica su celebración, la cual está orientada al cumplimiento de un fin público. En este sentido, la causa refleja la búsqueda de la satisfacción de una necesidad colectiva o la prestación eficiente de un servicio público.

El Código Civil (art. 1320) establece que la causa debe ser real e igualmente lícita, vinculada al objetivo del contrato.

La causa en materia pública es cumplir un fin de interés colectivo, como se establece al definir los elementos del contrato administrativo.

De esta manera, los contratos administrativos, aunque poseen una naturaleza propia dentro del derecho público, comparten con los contratos civiles estos elementos esenciales, adaptados a las particularidades del interés general que rige la actuación de la Administración.

El Dr. Oliva de la Cotera, en su obra *Comentarios a la Ley de Compras Públicas*, sostiene que los actos preparatorios configuran la formación progresiva de la voluntad contractual de la Administración Pública. Estos actos se desarrollan en tres fases tradicionalmente reconocidas por la doctrina: **fase preparatoria**, **fase esencial** y **fase integrativa**. La **fase preparatoria** corresponde a la actividad interna de la Administración, orientada a determinar la viabilidad económica, financiera y técnica del proyecto o servicio requerido. La **fase esencial** abarca el procedimiento de licitación, cuyo propósito es lograr la convergencia de voluntades entre la Administración y el oferente. Finalmente, la **fase integrativa** se refiere a la formalización y perfeccionamiento del contrato, mediante el cual se exterioriza jurídicamente el consentimiento alcanzado. (Oliva de la Cotera, 2023, pág. 49)

Por lo que la nulidad de los actos administrativos permite plantear anular contratos en cuya fase de preparación existan vicios.

Tal figura plantea la posibilidad de anular contratos en fase de preparación cuando existan vicios, en razón a la inseguridad jurídica que los contratistas de buena fe contrataron y tienen una relación contractual de ejecución.

## 5.5. Las Causales de Nulidad Administrativa ante los Actos Administrativos

La determinación de las nulidades administrativas ha representado históricamente un desafío en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Siendo un antecedente la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1979, en su artículo 7 literal b), inciso segundo,

reconocía la posibilidad de impugnar actos nulos de pleno derecho, el problema radicaba en que dicha normativa no establecía expresamente los supuestos que configuraban estas nulidades. Esta omisión generó que, en un primer momento, la Sala de lo Contencioso Administrativo adoptara una posición reticente a pronunciarse sobre estos casos, argumentando la inexistencia de una ley de procedimientos administrativos que proporcionara un marco claro (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 197).

No obstante, este criterio fue cuestionado posteriormente por la Sala de lo Constitucional en 1999, la cual sostuvo que, ante la falta de una disposición legal expresa, correspondía a la Sala de lo Contencioso Administrativo desarrollar, a través de su jurisprudencia, los supuestos que dieran lugar a la nulidad de pleno derecho. A partir de esta directriz, en 2005, la Sala de lo Contencioso Administrativo estableció que las nulidades de pleno derecho contempladas en el artículo 7 de la derogada LJCA constituían una manifestación de los actos nulos referidos en el artículo 164 de la Constitución de la República. Sin embargo, aclaró que dicha determinación debía ser analizada a la luz de las competencias propias de la Sala de lo Contencioso Administrativo.<sup>96</sup>

De esta forma, y a través de la construcción jurisprudencial, se configuraron algunos supuestos de nulidad de pleno derecho, entre los que destacan: a) cuando el acto administrativo haya sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o el territorio; b) cuando el acto se haya emitido con total prescindencia del procedimiento administrativo correspondiente; y c) cuando el acto conlleve una vulneración directa de normas constitucionales.

La primera regulación jurídica sobre las nulidades absolutas en El Salvador se estableció en el artículo 1 del Decreto Transitorio del Procedimiento Administrativo y del

---

<sup>96</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.02-200, de fecha 18 de febrero de 2011.

Régimen de la Administración Pública. Este decreto contemplaba inicialmente cuatro supuestos específicos de nulidad absoluta, además de una cláusula general. Posteriormente, estos supuestos fueron retomados, desarrollados y ampliados a un total de ocho por el artículo 36 de la actual Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), distribuidos en sus respectivos literales. Asimismo, la LPA incorporó disposiciones claras sobre el procedimiento para declarar la nulidad de los actos administrativos (artículos 118 y 119), así como normas sobre la conservación o subsanación de actos administrativos afectados por vicios de nulidad absoluta<sup>97</sup> (artículos 38, 39 y 41), estableciendo así un régimen más completo y sistemático en esta materia. (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022, pág. 198).

Cabe destacar que muchos de los supuestos de nulidad absoluta o de pleno derecho recogidos en el ordenamiento salvadoreño encuentran su antecedente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que contiene la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA) de España. A partir de este referente, el ordenamiento jurídico salvadoreño ha incorporado expresamente una serie de vicios tasados como causales de nulidad absoluta.

A continuación, se expondrán los supuestos previstos específicamente por la normativa salvadoreña en esta materia.

**a) Dictados por autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.** La competencia es uno elementos esenciales del acto administrativo, donde un funcionario deberá realizar válidamente sus competencias de conformidad a la Constitución y

---

<sup>97</sup> La sentencia definitiva de la Cámara de lo Contencioso Administrativo, expediente 00048-18-ST-CORA-CAM del 11 de julio de 2018, ha expresado que: "los actos nulos relativamente o anulables son aquellos que se producen cuando se incurren en vicios menos graves, que pueden ser convalidados o subsanados, pero siempre vuelven ilegal el acto, en dicho sentido, constituyen la regla general (principio de mera anulabilidad). Un ejemplo de este tipo de vicio es la incompetencia en razón del grado, ya que se puede convalidar el acto viciado. Por tal motivo, el interesado dispone de hacer valer o no la anulabilidad, pues de no hacerlo, el acto producirá efectos, porque "el acto anulable puede ser convalidado

tiempo

las leyes. Se excluye de este vicio radical los actos dictados quebrantando el principio de jerarquía, esto es plausible porque podrá ser convalidado por el órgano administrativo competente<sup>98</sup>.

**b) Los que se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido;** se utilice uno distinto al fijado por la Ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados<sup>99</sup>.

El procedimiento administrativo, en sus diversas manifestaciones, cumple una función esencial en la satisfacción del interés público y en la garantía de participación ciudadana. Por ello, no basta con simplemente seguir un procedimiento para dictar un acto administrativo, sino que es indispensable que este se lleve a cabo conforme a las garantías del debido procedimiento, tal como lo establecen los artículos 11 y 14 de la Constitución. Esta exigencia adquiere especial relevancia cuando se trata de dictar actos que impliquen una carga o gravamen para los administrados.

También aquellos casos donde se prescinda de elementos sustanciales indispensables para la eficacia del procedimiento, como constituye en los procedimientos urbanísticos y ambientales, la fase de la participación ciudadana o las consultas públicas, de no cumplir conlleva la nulidad absoluta.

**c) Los que se adopten prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.** Esta causal va

---

<sup>98</sup> Op.cit,pág.198

<sup>99</sup> Op.cit.pág.199

encaminada a sancionar con nulidad de pleno Derecho cuando al momento de constituirse o sesionar estos órganos vulneren las reglas para su funcionamiento<sup>100</sup>.

Por ejemplo, la violación de cumplimiento de *cuórum mínimo* para sesionar y el cuórum para deliberar, que no siempre es la mayoría simple, sino en ocasiones de mayoría calificada. Principio del formulario.

d) **Los actos que tengan un contenido imposible, ya sea porque exista una imposibilidad material de cumplimiento o porque la ejecución del acto exija de los particulares actuaciones irreconciliables entre sí.** En esta causa, para que produzca el efecto correspondiente, es que no se den los hechos determinantes del ejercicio de la potestad, es decir, cuando no se dan los presupuestos de hecho fijados en la norma para su ejercicio.

Como se sabe, la imposibilidad debe ser física, por ejemplo, la orden de derribo de una construcción inexistente. La causal agrega otras condiciones de nulidades absolutas, como resulta la exigencia de los particulares de actuaciones que resulten irreconciliables entre sí<sup>101</sup>.

e) **Los actos que sean constitutivos de infracciones penales o se dictes como consecuencia de éstas.** Este supuesto se refiere a los delitos que pueda cometer la autoridad o el funcionario con motivo de la emanación de un acto administrativo, pues la Administración como persona jurídica no puede ser sujeto activo de conductas delictivas. En todo caso, debe tratarse de una conducta tipificada en el Código Penal o en las leyes penales especiales. Por ejemplo, el delito de actos arbitrarios<sup>102</sup>, por lo que la declaratoria de nulidad no es automática con la sentencia penal, la Administración deberá promover la revisión de oficio para su anulación absoluta, de conformidad a los artículos 118 y 119 de la LPA, y declararlo así, para que surta los efectos legales.

---

<sup>100</sup> Op.cit.pág.199

<sup>101</sup> Op.cit.200

<sup>102</sup> Op.cit.pág.200

f) **Los actos contrarios al ordenamiento jurídico por que se adquieren derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.** Se debe entender en principio que las expresiones formales de esta nulidad de pleno Derecho son por medio de actos expresos o presuntos. Como se sabe, en determinadas situaciones los actos administrativos son dictados sin que el ciudadano no cumpla ciertas condiciones jurídicas específicas, y pueden resultar perjudiciales al interés público o al mismo ordenamiento jurídico. Imaginemos el ejemplo que un grupo de personas de la Policía Nacional Civil o de las Fuerzas Armadas que adquiera la personalidad jurídica de un sindicato, sea de forma expresa o presunta, cuando el artículo 47 constitucional prohíbe el ejercicio del derecho fundamental de sindicalización<sup>103</sup>.

g) **Los actos dictados con el propósito de eludir el cumplimiento de una sentencia de la jurisdicción contencioso administrativo.** Es muy frecuente en los países latinoamericanos que las sentencias definitivas estimatorias firmes de los tribunales de lo contencioso administrativo no sean cumplidas por los funcionarios o autoridades administrativas perdidosos en el proceso.

Para ello se valen de omisiones u actuaciones para imposibilitar su cumplimiento. Y es precisamente el porqué de esta causa de nulidad de pleno derecho, que sanciona como tal los actos que pretenda evitar o rehuir el cumplimiento de la ejecución de la sentencia, que puede contener una obligación de reinstalar a un servidor público destituido y pagar los salarios caídos<sup>104</sup>.

h) **Así lo determine expresamente una ley especial,** según la naturaleza de los actos que regule. De hecho, antes de la vigencia de LPA algunas leyes establecieron causas específicas de nulidades de pleno derecho, por ejemplo, el artículo 83 de la Ley Orgánica de la

---

<sup>103</sup> Op.cit.pág.201

<sup>104</sup> Op.cit.202

## NULIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Universidad de El Salvador, el artículo 76 de la Ley Disciplinaria Policial, el artículo 71 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, artículo 87 de la Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial o el artículo 103 inciso 2 de la Ley General de Educación.

Las causales de nulidad absoluta que contienen estos cuerpos normativos básicamente están subsumidas en las que contiene el artículo 36 de la LPA.

Para efectos de tener un parámetro más claro y preciso sobre este tema, se retomó un cuadro comparativo de ello:

*Tabla 4 Cuadro Comparativo de la Nulidad, Anulabilidad e Invalidez*

INVALIDEZ		Irregularidad no invalidante
Nulidad	Anulabilidad	
Supuestos Tasados (Art. 36 LPA)	Es la regla general cuando el acto incurre en cualquier vicio (Art. 37)	Supuestos tasados <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vicios formales que no produzcan indefensión (Art. 38 LPA)</li> <li>• Actuaciones extemporáneas en las que el tiempo no sea determinante (Art. 38 LPA)</li> <li>• Errores materiales o de hecho (Art. 122 LPA)</li> </ul>
Vicio Imprescriptible	Vicio prescriptible	Vicio irrelevante
La declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, conlleva la eliminación de todos los efectos derivados del acto	La anulación no tiene efectos retroactivos, sino <i>ex nunc</i> (desde que se declara)	Puede ser de oficio o el particular puede solicitar su correcto, sin que ello afecte a la validez del acto (Art. 122 LPA)
Vicio de orden público, apreciable de oficio por el juez aunque las partes no lo señalen	Ha de alegarse por las partes	
Vicio insubsanable (Art. 36 LPA)	Vicio subsanable con arreglo a procedimientos específicos (Arts. 40 y 41 LAP)	Subsanable en cualquier momento (Art. 122 LPA)

**Fuente:** Elaborado por el Dr. Roberto Oliva de la Cotera.

## 5.6. Los mecanismos de anulación y sus consecuencias respecto de la distinción entre nulidad y anulabilidad

La nulidad<sup>105</sup> implica que, bien el administrado o la misma administración –vía proceso especial de lesividad<sup>106</sup>-, han acudido a la jurisdicción contenciosa a atacar un acto administrativo por atribuirle al mismo vicio que lo hacen inválido e ineficaz, pues se presume legítimo y solo se desvirtúa tal presunción mediante el proceso contencioso administrativo. Cuando un acto administrativo aún no es firme, bien puede la misma administración declararlo ilegal por medio de la revocación; ilegalidad que puede estar fundada en un vicio de convencionalidad, de ley, reglamento u otro tipo de norma.

Un acto puede estar afectado por vicios de nulidad radical, absoluta o de pleno Derecho; vicios de anulabilidad o nulidad relativa, o simples vicios o irregularidades no invalidantes. La nulidad radical, o nulidad de pleno Derecho<sup>107</sup> tiene su base constitucional en el

---

<sup>105</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia definitiva, 367-C-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009). En base al principio de trascendencia, solo se dicta o declara nulo un acto cuando el vicio en el que se incurre, causa indefensión o no puede ser subsanado. Se relaciona además el art. 10 lit. a de la ley de JCA

<sup>106</sup> Art. 17 lit. c, en relación al art. 93 y siguientes de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativo y art. 4 de las Disposiciones transitorias del procedimiento administrativo y del régimen de la Administración Pública

<sup>107</sup> *Dice la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que: “La nulidad de pleno Derecho posee algunos elementos que la denotan y particularizan. En primer lugar, se encuentra ubicada como una categoría de invalidez del acto administrativo, por lo que se considera como una situación relacionada con la existencia de vicios en los elementos del acto; y, en segundo lugar, se determina que la misma se sitúa en el grado superior de invalidez, de tal suerte que supera a la nulidad absoluta, anulabilidad, nulidad relativa y a las irregularidades que no invalidan el acto.” Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia definitiva, Ref. 107-D-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009). Esta Sala en resoluciones interlocutorias dictadas el día 7 de agosto de 2013, en los procesos contenciosos administrativos Ref. 328-2013, 344-2013, y 345-2013 esencialmente ha dicho que es una acción fundada en la defensa de intereses supra individuales, y que por tanto los requisitos ordinarios o formales –como el plazo, la legitimación, etc.- exigidos para la activación de la acción contenciosa no se le aplican, que se puede interpretar extensivamente el art. 164 Cn. en el sentido que también los actos nulos de pleno Derecho dictados por otros órganos que obren dentro de una competencia administrativa, como los dictados por la Asamblea Legislativa. Resoluciones interlocutorias que compartimos parcialmente, ya que discrepamos en cuanto a la legitimación, pues creemos que en estos casos de nulidad de pleno Derecho quien está legitimado es el Fiscal General de la República, y no cualquier ciudadano. En sentencia de amparo la Sala de lo Constitucional ha dicho que si bien es cierto en la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativa no existe un catálogo de estas nulidades, también es cierto que esta ley faculta a la Sala de lo contencioso a conocer de esta, y como consecuencia no puede dejar sin conocer un caso aduciendo la falta del mismo, pues eso sería violatorio*

Art. 164 Cn., legal en el Art. 1553 del Código Civil, y art. 36 de la LPA; el cual aplicándolo a este tema sería que un acto es nulo si es dictado por un órgano manifiestamente incompetente, los que son contrarios a la Constitución, los que tengan contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los que se dicten prescindiendo de las formalidades, los que exijan más requisitos<sup>108</sup> o restrinjan derechos que los exigidos o restringidos por la Ley; y los que la Ley expresamente<sup>109</sup> así lo declare.

En la ley de procedimientos administrativos, se presentan los casos o supuestos de nulidad absoluta, Art. 36, que no deben entenderse taxativos sino ilustrativos; de nulidad relativa, Art. 37 y 41; los actos dictados en desviación de poder, los que, a juicio personal, serían nulos de pleno Derecho, los afectados de nulidad relativa, pueden ser saneados o convalidados, art. 41 de la LPA.

## 5.7. Nulidad Del Derecho Común

Hemos desarrollado en este capítulo el objeto de nuestra investigación, en tal sentido se ha mencionado que la nulidad puede ser alegada en los actos preparatorios o cuando concurrir las causales establecidas en el Derecho Común, como lo señala el artículo 4 LCP, en tal sentido, que nos menciona que las nulidades de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Común aplicables a la contratación administrativa, se sujetarán a los requisitos y plazos de ejercicios de las acciones establecidas en el ordenamiento civil.

---

*al derecho a la tutela judicial efectiva. El Reglamento de la gestión académico administrativa de la Universidad de El Salvador en el Art. 112, y el Art. 106 de la LPC regulan casos de este tipo de nulidad. La LPA se refiere a esta en el art. 36*

<sup>108</sup> Art. 20. Ley de eliminación de barreras burocráticas “Los actos administrativos desfavorables que se fundamentaren en la exigencia de requisitos fuera del marco legal, o carentes de razonabilidad, serán nulos de pleno derecho, en cuyo caso el procedimiento deberá continuar.” (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2018).

<sup>109</sup> Art 36 LPA, que habla sobre los supuestos tasados de nulidad absoluta o de pleno derecho.

Para ello, debemos retomar que siempre la LCP, nos remite a las normas del Código Civil, tal como lo disponen los Art. 4 LCP; esta última disposición se refiere a aquellos contratos que no están contemplados en el Art. 131 LCP, de tal suerte que se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones reguladas en las normas del Código Civil, siendo estas Art. 1551 y siguientes, como reguladoras de las nulidades del derecho común.

Nuestra legislación contempla, en el art. 1551 C.C., que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y calidad o estado de las partes; y divide la nulidad en dos tipos:

A) Nulidad Absoluta, la cual opera de pleno derecho, como la producida por objeto o causa ilícita, omisión de los requisitos o formalidades prescritos por la ley, en consideración a la naturaleza de estos, y finalmente, los realizados por personas incapaces; y,

B) Nulidades Relativas, que son los vicios que sin operar *ipso iure*, dan lugar a la rescisión del acto o contrato, en otras palabras, a dejarlo sin efecto o extinguirlo por causas sobrevinientes posteriores al perfeccionamiento de aquéllos.

Señalando las disposiciones legales del Código Civil contenidas en la nulidad, siendo estas las siguientes:

Art. 1552 C.C.- “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Art. 1553 C.C. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley: y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años.

Art. 1554 C.C. “La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso o por la ratificación de las partes.”

## 5.8. Invalidez de los Contratos Públicos

La historia de la figura de invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, presente una cierta anfibología de términos y conceptos, que se remonta hasta las fuentes romanas, emergiendo con ello “el predicado *nulux*, en el concepto de calificación de un negocio jurídico, expresa la inexistencia de este, vale decir que “no hay negocio”, existiendo distintas posturas conceptuales y prácticas, dado que los principios de firmeza y de sanidad del contrato se enfrentan, dado que la distinción entre los requisitos de existencia o de validez, han estado presente en el objeto de “las nulidades”, cuya teoría comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, sobre la inexistencia existe abundante debate, siendo que uno le niega toda cabida dentro del sistema de ineficación del acto dispositivo, tanto desde el punto de vista teórico como por la carencia de aplicación práctica (Hinestrosa, s.f.).

Cuando hablamos de invalidez de los contratos, el concepto forma parte de la Teoría general del derecho, entre sus conceptualizamos retomaremos lo establecido en “La invalidez

de los contratos administrativos (Rebollo Puig, 1996)”, que la define como “la negociación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad”.

Por otra parte, el profesor Juan Alfonso Santamaria Pastor, refiere a que la invalidez contractual constituye una novedad sobre los contratos públicos, por ello al abordar el tema cubren toda la temática de la invalidez de los contratos (objeto, causa y tipos; procedimiento de declaración, efectos), sin embargo, se limita a meras clasificaciones dogmáticas de la invalidez de Derecho administrativa en referencia a las del Derecho civil. Por ello, la doctrina civil se refiere a ineficacia de los contratos.

En general, el acto jurídico es un acto normativo que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones. En este contexto, el resultado institucional se explica con la fórmula si se da el estado de cosas X,y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo). Así, se puede entender la validez de un acto jurídico, como que a éste se le ha conferido resultado institucional, y la invalidez, como la carencia de dicho efecto (Concha, 2012, pág. 102).

La invalidez es el grado de ilegalidad referido a las normas de competencia. En este contexto, la falta de validez no implica necesariamente nulidad, sino que se requiere de un mecanismo institucional por cuyo medio se depure el acto jurídico inválido, esto es, se requiere de un juicio institucional de nulidad. Así, la nulidad se entiende como el mecanismo institucional destinado a depurar del ordenamiento jurídico normas jurídicas inválidas. De modo que se considera que la invalidez teórica es independiente de la declaración de nulidad, que opera institucionalmente. Ahora bien, de acuerdo con estos conceptos de validez e invalidez, la nulidad se define como el mecanismo (medio) institucional establecido para depurar del

ordenamiento jurídico normas inválidas. Así, la nulidad es la invalidez de un determinado acto jurídico, que constatada por el juez, lo declara ineficaz .

Al decir que la nulidad es el mecanismo institucional, se quiere plantear que requiere de declaración judicial. Por otra parte, al señalar que de pura normas inválidas, se expresa que por medio de la declaración judicial se declara que un acto o norma es ilícito o ilegal, a tal grado que carece de los efectos que estaba destinado a cumplir, esto es, los derechos u obligaciones sobre los que recae. El objeto de este mecanismo lo constituyen actos o normas inválidas, esto es, las normas que no se han promulgado o dictado de acuerdo con su determinada norma de competencia completa.

Los caracteres del contrato de la Administración relevantes en materia de nulidad se pueden reducir a los siguientes:

(1) naturaleza contractual de la institución, modulada en carácter de ejecución de norma, y no de autonomía de la voluntad; y

(2) intervención de un poder público reglado, en cuanto a la competencia (habilitación, investidura), forma procedimiento y forma solemnidad (del contrato).

Ambos elementos se presentan con diversos grados de intensidad en todos los contratos de la Administración, tanto privados como administrativos. Ambas consideraciones deberían ser relevantes en materia de nulidad.

En el punto (1), esto es, la naturaleza contractual de la institución, cabe considerar que tanto el contrato privado de la Administración, como el contrato administrativo stricto sensu, se definen con referencia al concepto de contrato, de estructura diseñada por el Derecho Civil.

### **5.8.1. Objeto de invalidez**

La doctrina privatista clásica, la nulidad o invalidez de los contratos era referirse genéricamente al contrato, se decía, era nulo (o anulable) tanto si la voluntad de uno de los contratantes era inexistente o se hallaba viciada, cuanto en los casos en que las estipulaciones del documento contractual vulnerasen norma legal de carácter imperativo (Baca Oneto, 2006, pág. 295).

El concepto de invalidez forma parte de la teoría general del Derecho y podemos definirlo como “la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad” (Rebollo Puig, 1996, pág. 97)

Para este autor Santamaría Pastor, el objeto de la invalidez fue sometida por las críticas por Hans Kelsen, debía de ser diferenciados, en primer lugar por los actos humanos y segunda las circunstancias de la relación contractual, refiriendo que el contenido material de esta misma se expresaba en la pluralidad de cláusulas o estipulaciones y, por consiguiente, se tornaba distinguir el contrato como hecho producto de normas jurídicas del contrato como la norma producida por tal hecho.

## **5.9. Jurisprudencia Administrativa y Campos de Aplicación con Respecto a la Nulidad**

La Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA) acota La Nulidad "De Pleno Derecho" y su aplicabilidad en el Contencioso Administrativo<sup>110</sup>.

La premisa básica es que la categoría jurídica de actos nulos de pleno derecho aparece en el ordenamiento jurídico salvadoreño en la Ley de la Jurisdicción Contencioso

---

<sup>110</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Ref. 15-19-PC-SCA, de fecha 28-VI-2019.

Administrativa, con lo cual la SCA, encargada de aplicar dicha Ley, está facultada -y obligada- a operativizar dicha norma.

### **5.9.1. Regulación en el ordenamiento jurídico salvadoreño**

Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recoge expresamente el término nulidad de pleno derecho, no especifica qué tipo de actos encajan en esta categoría, es decir, no hace referencia a los supuestos en que se concretiza dicho vicio.

En el Derecho comparado, los supuestos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho suelen recogerse en una norma sustantiva de aplicación general, o en el marco de procedimientos administrativos. No obstante, para abordar el tema de las nulidades de pleno derecho en El Salvador, ha de partirse de un dato esencial: la ausencia de una ley que regule en términos generales qué supuestos dan lugar a las nulidades de los actos administrativos y, en especial, a las llamadas nulidades de pleno derecho, ya que en el resto del sistema jurídico salvadoreño escasamente se ha abordado este concepto.

Al revisar el Derecho comparado, resulta que algunos ordenamientos han trasladado los supuestos de nulidad del Derecho Civil al Derecho Administrativo. Sin embargo, el traslado de los supuestos de nulidad en materia civil a la materia administrativa no es una solución idónea atendiendo a la especial naturaleza del Derecho Administrativo. Para el caso, si bien en materia civil se regulan los supuestos de la llamada "nulidad absoluta", ésta se refiere a actos cuya esencia radica en la voluntad de los particulares, mientras que, en los actos administrativos, lo esencial y relevante es lo expuesto por la norma jurídica que los respalda o en la cual debieron fundamentarse.

Por otra parte, en la referencia 219-2012<sup>111</sup>, la SCA ha sostenido: “En algunas legislaciones se introduce el término nulidad de pleno derecho como el grado máximo de invalidez, ocasionado por vicios de tal magnitud, que desnaturalizan al acto como tal. Según la determinación del legislador o la jurisprudencia, algunos de estos vicios coinciden con los de la llamada “nulidad absoluta” y otros con la inexistencia. (...) La doctrina no es uniforme al abordar el tema de la nulidad de pleno derecho, pero coincide en reconocerle un alto rango y una naturaleza especial que la distinguen de los otros supuestos de invalidez. Se establece precisamente que ésta constituye el “grado máximo de invalidez”, que acarrea por tanto consecuencias como la imposibilidad de subsanación, imprescriptibilidad e ineficacia *ab initio*.”

### **5.10. Carencias o Vacíos de la Nulidad de Derecho Público, en especial respecto de Contratos**

En el derecho salvadoreño no existe una norma legal en materia de contratación pública y, por ende, se carece de una regulación específica de las nulidades, situación similar a la que se encontró dentro de la investigación al derecho comparado que se ha investigado.

La salida para una situación, determinada implica buscar el derecho aplicable, siendo que la aplicación de la ley debe hacerse de conformidad a otras fuentes del derecho.

Y es en el Art. 4 LCP que permite integrarse al Derecho Común, en el cual se nos responde qué hacer cuando no encontramos fundamento para una resolución o acto administrativo. Al respecto, se dice que las resoluciones se fundarán en la Constitución, a la Doctrina de Expositores del Derecho y a consideraciones de buen sentido y razón natural, es decir, al Derecho Natural, a la Equidad y Justicia. Tal disposición es el artículo 19 del Código Procesal Civil y Mercantil: “Integración de las normas procesales”: “En caso de vacío legal se

---

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Ref.219-2012: 31-X-2016.

deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso.

La LCP nos conduce a la doctrina como base para resolver con seguridad determinadas situaciones: el artículo 4 LCP nos dirige al Derecho Administrativo y dentro del obviamente a la doctrina que lo informa, y el 19 del Código Procesal Civil y Mercantil, se pronuncia en igual sentido. Eso es totalmente congruente con el derecho salvadoreño, en el cual se reconoce a la doctrina como una fuente del derecho.

Tal como la autora Gladys Camacho Cépeda, en su artículo refiere: (Camacho Cépeda, 2021). La carencia de una normativa general que oriente la actividad contractual de la Administración y, por el contrario, la existencia de regulaciones especiales aplicables a diferentes tipos de contratos públicos no permite reconocer criterios definidos que indiquen qué normas o reglas se deben aplicar.

Para empezar el contrato administrativo según Dromi puede ser declarado nulo por varias razones, mencionado que la primera es por defectos que impliquen la nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación y en segunda instancia por la nulidad del contrato mismo. Nuestra legislación en materia de contratación administrativa no da un tratamiento especial, pero que desde la perspectiva del autor debía de ser tratado desde los actos administrativos.

El Profesor Eduardo García de Enterría opina que aunque no es fácil para analizar sobre la nulidad de los contratos administrativos y del acto de adjudicación de la nulidad del contrato mismo, por cuanto los primeros son actos no relativos al fondo del contrato, toda la formalización del proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y la

plasmación sucesiva de ese proceso en una serie de actos singulares susceptibles de impugnación independiente permite trasladar en todo caso los vicios de fondo del contrato a los actos que le sirven de soporte. (Cerdas Rodríguez, 1997, pág. 130).

Siguiendo la idea de los tratadistas con respecto a cuando se produce la declaración de nulidad de un contrato del sector público, como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato.

No obstante, a que LCP, no establece la autoridad competente para decretar la nulidad de los contratos, sea por vía de nulidad de los actos o de los mismos, tales causales permiten deducir que la ley considera que forma un proceso previo, partiendo que es la misma Constitución que suple tal vacío al aplicar el régimen de supletoriedad y conforme al principio de seguridad jurídica, que debe ser la autoridad jurisdiccional la que declare la nulidad de los contratos.

### **5.11. Nulidad Contractual Administrativa (Aplicable O Excluyente a las Reglas de la Nulidad Civil)**

Es de hacer mención que el Dr. Mejía (Mejía, Manual de Derecho Administrativo, 2022), refiere que la nulidad, como otra forma de extinguir un contrato, implica que tanto la Administración como el contratista debe solicitarla vía jurisdiccional, y ante los tribunales contenciosos administrativos, según lo prescribe el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, y que las causas de nulidad están determinadas expresamente en el Art. 187 de la LCP, que permite en el caso de la extinción de contratos, se deberá seguir el procedimiento respectivo en la Ley de Procedimientos Administrativos.

De lo anterior, entonces se tiene clara la idea partiendo de lo regulado en el artículo anterior, que nuestra legislación enuncia a manera liminar que "los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común".

Tales vicios como lo llama el autor (Benavides J. L., 2021 ), los vicios del consentimiento no estarán referidos a las nociones privadas de error, fuerza y dolo cuando estemos examinando su aplicación a la administración contratante. Su equivalente serán los errores, falencias o *vicios* de la concreción del consentimiento para contratar dado por la Administración, lo que se traduce en una valoración del proceso de contratación, guiado por reglas particulares, todas de carácter administrativo. El consentimiento de la Administración se materializa en estos procedimientos de contratación que incluso van más lejos que la descripción de los mismos en las reglas legales y reglamentarias, en la medida en que la *voluntad* de la Administración se estructura de manera más temprana, a partir de la concepción, misma del negocio jurídico que se va a suscribir, lo que incluye los distintos aspectos de planeación del contrato estatal. Aquí, también, la concepción de nulidad relativa será inaplicable, por cuanto todos los vicios que se presenten afectarán de manera esencial el proceso o tendrán una dinámica particular de solución, inspirada en la que gobierna los procedimientos administrativos.

El artículo 4 LCP, al decir que para aplicar la ley se atenderá a la finalidad de esta y a las características del Derecho Administrativo, con lo cual, claramente ordena que debe conocerse el trasfondo doctrinario. De igual forma, de conformidad, para lo no previsto en ella, se puede buscar soluciones en el Derecho Común.

Las instituciones están facultadas para celebrar contratos conforme al Derecho Común, tal como lo establece el artículo 132 de la Ley de Compras Públicas (LCP). Esta disposición indica que la preparación, adjudicación, formalización y efectos de los contratos mencionados

en el artículo 131 de la misma ley se regirán por el Derecho Común, en aquellos casos en que no existan disposiciones específicas en la LCP. Dichos contratos se enmarcan en lo que debe entenderse como Derecho Privado, es decir, las ramas del Derecho Civil y Mercantil. Es en este ámbito donde se admite la posibilidad de su celebración.

En conclusión, el régimen actual de nulidad en la contratación pública salvadoreña evidencia un diseño normativo incompleto y fragmentado. La LCP no regula de forma precisa los supuestos de nulidad de los contratos administrativos, remitiendo este aspecto a la LPA en lo relativo a la nulidad de actos administrativos, y al Código Civil como normativa supletoria. Esta dispersión normativa genera incertidumbre jurídica y dificulta la aplicación coherente y uniforme del régimen de nulidades en el sistema de compras públicas. En el siguiente capítulo se abordará un análisis comparado con otras legislaciones internacionales, con el fin de identificar posibles soluciones normativas que podrían ser adoptadas en el contexto salvadoreño.

## CAPITULO VI. DERECHO COMPARADO

Dentro del derecho comparado, el régimen de nulidad de los contratos públicos ha sido objeto de un desarrollo normativo y jurisprudencial sólido, precisamente por la trascendencia que estos contratos tienen en la gestión de los recursos públicos y en la protección del interés general. Sistemas como el español, el colombiano o el chileno han establecido con claridad los supuestos de nulidad absoluta y relativa, diferenciando los efectos de cada una y regulando procedimientos específicos para su declaración, lo que garantiza seguridad jurídica y uniformidad en su aplicación.

Esta experiencia comparada es especialmente relevante para El Salvador, donde el régimen de nulidad en la contratación pública aún presenta vacíos en la normativa. Aplicar estos principios a casos concretos salvadoreños —como contratos celebrados con proveedores inhabilitados, adjudicaciones realizadas sin cumplir con el debido procedimiento o contratos cuyo objeto sea manifiestamente contrario al interés público— permitiría fortalecer los mecanismos de control y proteger tanto los derechos de los contratistas como el patrimonio estatal, alineando el sistema salvadoreño con estándares internacionales en materia de contratación administrativa.

Por ello, estudiaremos en este capítulo cada una de las legislaciones que a continuación se detallan:

## 6.1. España

En el régimen de contratos administrativos que tiene la Administración pública, existen los supuestos de la declaración de nulidad de un contrato del sector público, como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato.

Para tal estudio, en España, al hablar de anomalías del contrato no se trata de temas de invalidez e ineficacia sino de la deformación del tipo contractual por voluntad de los sujetos para escapar de la regulación legal.

Como antecedentes a los contratos administrativos encontramos los referentes siguientes:

- La Ley 29/1998 de 13 de julio<sup>112</sup>, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 2 letra b) indica que “el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones”.
- Desde una perspectiva normativa, el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contempla expresamente el régimen jurídico aplicable a los efectos de la declaración de nulidad del contrato, en los siguientes términos:

*“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su*

---

<sup>112</sup> Jefatura del Estado. (1998, 13 de julio). Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, núm. 167, de 14 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16718>

*valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.*

- En igual sentido se expresaba el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando al regular los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato, manteniéndose exactamente igual y que se establecía en el artículo 35.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contratos del Sector Público, al regular los efectos de la declaración de nulidad.
- Otro referente fue La Ley N°39/2015<sup>113</sup> que distingue entre actos nulos de pleno derecho y anulables. Entre los actos nulos de pleno derecho se encuentran los lesivos a garantías y libertades amparados por la constitución; los actos dictados por órganos o agentes incompetentes por materia o territorio; los actos que incumplen total y absolutamente los procedimientos o las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren derechos o facultades cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición y, aquellos cuya nulidad esté expresamente indicada por ley. Son anulables<sup>114</sup> aquéllos que sean dictados en infracción al ordenamiento jurídico. Aquéllos dictados con defectos de forma sólo serán anulados cuando carezcan de requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o produzcan indefensión de los interesados.

---

<sup>113</sup> Jefatura del Estado. (2015, 1 de octubre). *Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 2 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10565>.

<sup>114</sup> ESPAÑA. Artículo 48 “Anulabilidad. 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

- Y actualmente el referente legal que se encuentra en vigencia en cuanto a las nulidades de los contratos lo encontramos en el art. 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de *Contratos del Sector Público*, que regula los efectos de la invalidez de los actos preparatorios del contrato o de su adjudicación son aplicables también al contrato [...]: ". De conformidad con dicho precepto:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

La ley española de procedimientos administrativos establece también los principios de conservación<sup>115</sup>, conversión<sup>116</sup> y convalidación de los actos<sup>117</sup>.

La normativa vigente en materia de contratación pública contiene una serie de reglas específicas sobre las causas de invalidez de los contratos públicos –de nulidad y anulabilidad de Derecho Administrativo y de Derecho Civil– y los efectos que derivan de ellas (arts. 38 y ss. Ley de Contratos del Sector Público). El artículo 42 LCSP, se dedica a los efectos de la declaración de nulidad y los efectos en supuestos de anulabilidad. El artículo 35 TRLCSP solo se refería a los efectos de la declaración de nulidad. Podría parecer, a primera vista, que el legislador ha pretendido diferenciar entre los efectos que se derivan de actos viciados de

---

<sup>115</sup> Artículo 51. Conservación de actos y trámites. El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

<sup>116</sup> Artículo 51. Conservación de actos y trámites. El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

<sup>117</sup> Artículo 52. Convalidación. 1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. 2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos. 3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado. 4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

nulidad y de anulabilidad. Sin embargo, el contenido del precepto es prácticamente idéntico en ambas leyes:

«1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y a sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (...).» (Díez Sastre, 2018, pág. 71).

No hay distinción entre el grado de invalidez en el que incurría el acto o el contrato que es objeto de la declaración de nulidad. Sí diferencia, en cambio, en torno al tipo de acto inválido. Si se trata de un acto precontractual, la invalidez se contagia al contrato que se haya podido celebrar con posterioridad. Si, por el contrario, el acto no es preparatorio, de lo que hay que deducir que el legislador se refiere a actos en la fase de ejecución del contrato, entonces, la invalidez solo afecta a esos actos y sus consecuencias.

En armonía con lo desarrollado, la invalidez se proyecta sobre el contrato administrativo, aunque sus efectos alcanzan únicamente a aquellos actos celebrados con posterioridad al acto inválido. De este modo, la regulación se centra en los efectos de la invalidez respecto de los actos de ejecución del contrato, quedando excluidos los actos meramente preparatorios.

Según la Ley, la declaración de nulidad solo les afectará a ellos mismos y a sus consecuencias (art. 42.2 LCSP). Esta regulación podía tener sentido en un contexto en el que en la fase de ejecución solo estaban afectados los intereses del contratista y de la Administración. La nulidad de una modificación contractual solo afectaba a las partes del contrato. Sin embargo, en la actualidad, la fase de ejecución está vinculada a la adjudicación del contrato porque se entiende que en ese momento pueden ponerse de manifiesto vicios relacionados con la adjudicación (Díez Sastre, 2018, pág. 73).

A fin de dar mayor estudio al tema de nulidades en el ordenamiento español, se retoma lo siguiente:

### **6.1.1. La Anulabilidad de los Actos Administrativos**

En Derecho Administrativo, la regla general es que un acto administrativo que infringe el ordenamiento jurídico, salvo que lo haga de manera manifiesta, palmaria y en aspectos esenciales, que devienen de actos ilegales son anulables. La nulidad, como ya sabemos, se reserva para las violaciones graves y patentes en que pueda incurrir el acto administrativo. Mientras que, en el Derecho Civil, como señala BOCANEGRA, los negocios jurídicos que lesionan el ordenamiento jurídico son nulos; los actos administrativos que infringen las normas del ordenamiento, salvo los supuestos de infracción expresamente sancionados con la nulidad de pleno derecho, son anulables. Ahora bien, no todas las infracciones del ordenamiento en que puede incurrir un acto administrativo, al margen de los supuestos desencadenadores de la nulidad de pleno derecho, dan lugar a la anulabilidad.

Debido a que la doctrina española viene considerando que la adecuación del acto al fin no es otra más que el cumplimiento de su causa (García de Enterría, 2008, pág. 592), podemos afirmar que un acto carece de los elementos esenciales para alcanzar su fin cuando no puede

alcanzarlo por haber prescindido de determinados elementos formales esenciales exigidos por la Ley.

La vulneración formal será relevante y, por tanto, invalidante, en aquellos supuestos en los que la ausencia del requisito formal nos impida tener certeza sobre si el acto en cuestión de adecúa a su fin o no lo hace. Por el contrario, si se tiene la certeza de que el acto cumple su fin a pesar de haberse omitido algún aspecto formal del mismo, el defecto no tendrá carácter invalidante.

Como sabemos, las irregularidades no invalidantes son infracciones de aspectos formales del acto que si no son esenciales o no producen indefensión ni siquiera son anulables (artículo 63.2 LRJAPPAC)<sup>118</sup>, tal y como acontece cuando no se cumplen los plazos establecidos salvo que así lo imponga la naturaleza del término o plazo de que se trate (artículo 63.3 LRJAPPAC).<sup>119</sup>

Para establecer tales preceptos legales nos referiremos al art. 63 de la Ley 30/1992, que dispone lo siguiente:

“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a indefensión de los interesados.

---

<sup>118</sup> Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común España.

<sup>119</sup> Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común España.

3. La realización de actividades administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”.

Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y de haber sido dictados al servicio objetivo del interés general. Como señala BOCANEGRA, la eficacia del acto anulable podrá ser desactivada si se interpone la acción correspondiente en el plazo legalmente establecido. Si, por el contrario, no se ejerce la acción procesal pertinente en el plazo establecido, el acto anulable se convierte en firme con todas sus consecuencias y ya no podrá volver a ser impugnado por sus potenciales perjudicados. En efecto, mientras que la acción de nulidad es imprescriptible, la de anulabilidad está sujeta a plazo de prescripción. Si no se ejerce la acción el vicio del acto se subsana automáticamente tal y como dispone el artículo 67 LRJAPPAC<sup>120</sup>. (Rodríguez-Arana & Ángel, 2009, pág. 132).

La nulidad de los contratos en el ámbito del sector público en España se regula principalmente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Según esta norma, serán nulos de pleno derecho aquellos contratos celebrados con vulneración de normas esenciales, como la falta de capacidad o solvencia del contratista, la ausencia de objeto o causa, o la omisión de trámites esenciales en el procedimiento de adjudicación que afecten a los principios de publicidad, transparencia e igualdad. Asimismo, la Ley contempla causas específicas de nulidad derivadas del incumplimiento de lo establecido en la normativa comunitaria. La declaración de nulidad corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes o, en determinados supuestos, a la propia Administración, mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto en la legislación administrativa general.

---

<sup>120</sup> LRJAPPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tabla 5 Casos de Nulidad

Causa de Nulidad	Descripción
Falta de capacidad o solvencia	El adjudicatario carece de capacidad de obrar, solvencia económica, financiera, técnica o profesional.
Falta de publicación	No se publica el anuncio de licitación en los medios requeridos.
Inobservancia de plazos	No se respeta el plazo para la formalización del contrato, afectando el derecho a recurso.
Incumplimiento de normas de adjudicación	Se incumplen normas para adjudicación de contratos basados en acuerdos marco o sistemas dinámicos.
Causas de derecho civil	Invalidez derivada de disposiciones del derecho civil aplicables.

**Fuente:** Retomado en los Art. 39, 42, 38, 43 Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público de España.

### 6.1.2. Supuestos de Invalidez

Los supuestos de **invalidez de los contratos del sector público** son aquellos en los que, por causas de derecho administrativo o por causas de derecho civil, los contratos celebrados por el sector público son ineficaces y no producen que en ellos se pretendían establecer.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, establece tal como señala su Preámbulo “mantiene la continuidad en la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público”.

Fue el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Contratación para la aplicación de la referida Ley de Contratos del Estado, en sus artículos 40 a 49 cuya regulación se mantuvo en el posterior Reglamento aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre—, el que, adhiriéndose a la ya por entonces cuestionada tesis doctrinal del servicio público, introdujo una disciplina tendente a dar sustantividad propia a la categoría de la invalidez de los contratos administrativos en nuestro ordenamiento. (Arévalo Gutiérrez, pág. 42) A tenor de la cláusula general de su artículo 40:

*“Los contratos regulados en el presente Libro serán inválidos cuando lo sean los actos administrativos que les sirvan de soporte o alguno de ellos, o cuando la invalidez derive de su propio clausulado.*

*Los contratos pueden quedar también invalidados por las causas reconocidas en el Derecho civil”.*

De la disposición antes mencionada se introdujo en el Derecho de la contratación pública una primera distinción, entre las causas de invalidez de derecho administrativo y las causas de invalidez de derecho civil acogándose de forma expresa la diferenciación entre una serie de supuestos tasados de nulidad al disponer que, en los casos referidos en su artículo 41, “Son nulos de pleno derecho los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación.”— y el resto de infracciones del ordenamiento jurídico, determinantes de la anulabilidad del contrato.

La Ley 9/2017 parte de un doble criterio tipológico. Por un lado, establece una controvertida diferenciación entre las causas de invalidez propias del derecho administrativo y las derivadas del derecho civil. Buscando la distinción entre aquellas causas que determinan la nulidad de pleno derecho y las que únicamente conllevan la anulabilidad del contrato. Esta diferenciación, además, se recoge de forma literal en el artículo 38 de la norma, que contempla “*Supuestos de invalidez*”, concretándose en los siguientes artículos 39, “*Causas de nulidad de derecho administrativo*”, 40, “*Causas de anulabilidad de derecho administrativo*” y 43, “*Causas de invalidez de derecho civil*”.

La Ley distingue, pues, entre:

1.º La invalidez de las actuaciones preparatorias o del acto de adjudicación.

Se entienden por actuaciones preparatorias aquellas que culminan cada una de las sucesivas fases de la contratación, con la aprobación del proyecto, la aprobación del expediente de contratación y la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, el anuncio de la licitación, los acuerdos de la mesa de contratación que excluyen a un licitador indebidamente y cualesquiera otros que den por finalizado el procedimiento de adjudicación o impidan su continuidad.

2.º La invalidez del contrato propiamente dicho, ya sea porque alguna causa lo invalide conforme al Código Civil o porque la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, locución en la que debe entenderse incluida la documentación que lo acompañe que tenga el mismo valor para los contratistas.

Las causas de invalidez hacen referencia a vicios originarios, acaecidos durante el procedimiento de contratación, por lo que nada tienen que ver con las causas de resolución de los contratos afirmadas en la propia Ley o en el contrato, que vienen determinadas por circunstancias sobrevenidas, posteriores a la adjudicación. Segundo, el elenco de supuestos de

invalidez no coincide con el ámbito del recurso especial en materia de contratación, del que ulteriormente nos ocuparemos; dicho de otro modo, a través de dicho recurso se pueden cuestionar determinados contratos y determinadas actuaciones relativas a los mismos, pero no todos los contratos ni todos los actos. (Arévalo Gutiérrez, págs. 45-46).

De ello, retomamos alguna jurisprudencia que menciona sobre la nulidad de los actos administrativos:

*Las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 2ª, de 23 de febrero de 2016, recurso 1306/2014). Al respecto, la sentencia de la Sala 3ª, Sección 7ª, de 20 de julio de 2005 (recurso 8504/1999) dice:*

*"Debe recordarse que la nulidad prevista en ese artículo 62.1.e) no la provoca cualquier Irregularidad procedimental sino sólo aquéllas de gravedad extrema, constituidas por la ausencia absoluta y total de procedimiento, por haberse seguido uno totalmente diferente o por haberse omitido sus principales trámites".*

El profesor **Tomás Cano Campos**, refiriéndose al art. 42.1 LCSP<sup>121</sup>, explica los tres efectos o consecuencias de la declaración de nulidad de los contratos públicos: 1º la cesación de los efectos pro futuro, 2º el efecto restitutorio y 3º el efecto resarcitorio de los daños y perjuicios:

**"El primero de los efectos** que el art. 42.1 LCSP<sup>122</sup> anuda a la declaración de invalidez del contrato, implícito en la expresión «liquidación» del contrato, es la desvinculación de las partes de la relación obligatoria que las unía, de modo que, a partir de ese momento, ya no pueden exigir ni tienen que cumplir las obligaciones contractuales, pues el derecho no protege

---

<sup>121</sup> Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

<sup>122</sup> Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

las posiciones jurídicas derivadas del contrato. **Es la inexigibilidad de los efectos contractuales pendientes de producirse o cesación pro futuro de los efectos del contrato.**

**La segunda consecuencia** de la declaración de invalidez (que se refiere a los efectos contractuales ya producidos) es la obligación recíproca de las partes del reintegro o restitución de las prestaciones realizadas: de las mismas cosas o prestaciones que hubieran sido objeto del contrato (restitución específica o in natura) o, de no ser ello posible (que será lo habitual), la devolución de su valor a través de un equivalente pecuniario. **Es el denominado efecto restitutorio de la nulidad.** Con la acción o tutela restitutoria derivada de la invalidez se trata de restablecer el *statu quo* ante a la celebración del contrato, de destruir retroactivamente (*ex tunc*) los efectos producidos para que, en la medida de lo posible, la situación vuelva a ser como si el contrato no se hubiera celebrado. Se trata, en definitiva, de lograr el *nullum effectum del contrato (quod nullum est nullum effectum producer debet)*, pues, una vez que se ha determinado que no tiene validez dentro del sistema, el derecho tampoco ampara los efectos producidos. Para lo cual se establece la obligación de restitución de las prestaciones o de su valor. (Cano Campos, 2024, págs. 140-141).

"Por último, **el tercer efecto o consecuencia** que contempla el precepto otorga a la parte perjudicada por el causante de la invalidez **el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que haya sufrido. Se trata de la acción o tutela resarcitoria** que, al tener como presupuesto la realización de un daño, pretende determinar si el coste del daño sufrido por una de las partes como consecuencia de la nulidad del contrato debe pasar de su patrimonio al de la otra parte, para lo cual es necesario un título de imputación, que, en este caso, es la culpa de la parte que lo ha causado, tal y como establece expresamente el propio art. 42.1 LCSP<sup>123</sup> («La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria...»). Dicha responsabilidad es

---

<sup>123</sup> Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

diferente de la responsabilidad en la que incurre la Administración frente al licitador que debió ser adjudicatario del contrato inválido." (Cano Campos, 2024, pág. 141).

Para efectos de indicar los supuestos de la nulidad del contrato, retomaremos la sentencia N° 86/2018, Barcelona 9 de febrero de 2018<sup>124</sup> se produce por las siguientes causas:

**1.- Infracción de normas imperativas o prohibitivas**(art. 6.3 y art. 1255 CC). En este sentido, dispone el art. 6.3 CC que son nulos de pleno derecho los actos **contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas**, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Hay que advertir que el TS ha puesto de relieve que este artículo debe ser interpretado con criterio flexible, es decir, que no toda disconformidad con una Ley u omisión de requisitos impuestos, (lo que es predicable en muchos supuestos de infracción administrativa que no es de tipo sustantivo) da lugar a la nulidad absoluta.

Se citan como casos más claros:

- El art. 226 CC (nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que dice:

Se prohíbe al tutor:

1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

---

<sup>124</sup> <https://vlex.es/vid/707855993>

3.º Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

- El art. 1459 CC que señala unos casos en que determinadas personas no pueden adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia. El ordinal 1.º del artículo 1459 se sustituye por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, vigente el 3 de septiembre de 2021, por el siguiente texto:

1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen.

Puede verse los supuestos con detalle en el Práctico Contratos Civiles, el tema Prohibiciones en la compraventa

- El art. 1677 del CC que dice:

No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja.

Contravenir estas normas acarrea l nulidad.

**2.- Ausencia o inexistencia** de alguno de sus elementos esenciales conforme al art. 1261 CC, estos son, **consentimiento, objeto y causa** (excluidos, por tanto, los denominados vicios del consentimiento).

**3.- Los supuestos en que el contrato no se ajusta a la forma prescrita como requisito esencial.** Sobre esta cuestión, puede verse la STS de 3 de marzo de 1995<sup>[i 5]</sup> en la que se advierte que, si bien el sistema de contratación civil de nuestro ordenamiento jurídico,

como regla general, parte del principio de libertad de forma (artículos 1258 CC y 1278 CC), existen algunas pocas excepciones integradas por los contratos solemnes en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento (*ad probationem*) sino para su existencia y perfección (*ad solemnitatem*).

Un ejemplo de ello sería la donación de inmuebles, donde el art. 633 CC proclama que, para que ésta sea válida, ha de hacerse en **escritura pública**, siendo tal forma solemne exigible, en todo caso, como **requisito esencial y constitutivo**.

### 6.1.3. Causas de anulabilidad de derecho privado

El artículo 1.300 del Código Civil dispone que *“Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”*.

De acuerdo con el Código Civil, una vez declarada la nulidad de un contrato, las partes deben restituirse mutuamente las prestaciones que hayan sido objeto del mismo, incluidos sus frutos, así como el precio con los intereses correspondientes. En caso de que la parte obligada a devolver una cosa no pueda hacerlo por haberse perdido, deberá entregar los frutos que haya percibido de ella y el valor que tenía al momento de su pérdida, junto con los intereses desde esa fecha.

Las diferencias entre nulidad y anulabilidad en el ámbito civil no necesariamente deben aplicarse de manera directa o automática en el ámbito administrativo. En primer lugar, en el orden civil la regla general es la nulidad, mientras que en el administrativo es la excepción.

La nulidad radical o absoluta o de pleno derecho, es aquélla que se produce, esencialmente, cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil o cuando existe una vulneración de una norma imperativa o prohibitiva.

En concreto, la nulidad radical o absoluta se caracteriza porque:

1.- Se produce cuando el acto o el negocio jurídico carece de alguno de sus elementos esenciales señalados en el art. 1261 CC o cuando, concurriendo esos elementos esenciales del contrato, éste se ha celebrado infringiendo una prohibición legal establecida, por lo general por razones de interés general, salvo que la propia ley prevea otro efecto.

2.- Tiene su origen en el principio de imperio de la ley, y consiste en la sanción de no reconocimiento de efectos jurídicos por la ley a aquel acto que se produce en contra de lo dispuesto por ella.

3.- Es apreciable no sólo a petición de cualquier interesado, sino también de oficio, esto es, a iniciativa del Tribunal que conozca de una cuestión para cuya resolución sea necesario reconocer efectos al acto o negocio nulo.

4.- Es apreciable en cualquier momento, sin que la acción para exigir la declaración de nulidad esté sujeta a plazo alguno de prescripción o caducidad.

5.- Produce efectos "*ex tunc*", esto es, desde el mismo momento en que se produjo el acto, sin más matizaciones que las derivadas de los principios generales del derecho (equidad, buena fe...).

6.- No es subsanable. El acto que incurre en nulidad de pleno derecho lleva acarreada irremisiblemente la sanción de nulidad desde su misma raíz, y no es posible convalidarlo mediante la realización de una actividad que tienda a subsanar la falta de un requisito o a

enderezar lo mal hecho. Únicamente cabe, si es posible, un nuevo acto conforme a la ley distinto del afectado por la nulidad.

#### **6.1.4. Competencia**

La Ley exige que las resoluciones declaratorias de la nulidad, o de su lesividad, se adopten por órganos cuyos actos agoten la vía administrativa.

Dispone al respecto el artículo 41.3 LCSP<sup>125</sup> que si se trata de la Administración de una comunidad autónoma la competencia lo será del órgano que determinen sus normas respectivas —que reúna dicha condición—, y tratándose de la Administración General del Estado se precisa que serán competentes para declarar la nulidad o lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública.

## **6.2. Costa Rica**

Costa Rica, país referente a nivel centroamericano, el Código Procesal Contencioso-administrativo<sup>126</sup> -CPCA- en su artículo 2 literal a indica que: “la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda también conocerá lo siguiente: en la materia de contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

---

<sup>125</sup> Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

<sup>126</sup> Ley N° 8508 de 28 de abril del 2006, con vigencia el 1º de enero de dos mil ocho.

En primer lugar, se iniciará con un breve esbozo de los contratos administrativos según la legislación costarricense, y posteriormente estudiar la procedencia de la nulidad en materia contractual administrativa.

Para ello, retomaré lo planteado en la obra *Régimen de Nulidades Aplicables en la Contratación Administrativa*, (Arroyo Chacón, 2016, pág. 174) quien señala que el contrato público o contrato administrativo es un acuerdo de voluntades por el cual al menos dos partes se obligan a dar, hacer o no hacer algo determinado, con la particularidad de que una de esas partes es siempre una entidad de la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones o niveles. Esta participación estatal es precisamente lo que distingue al contrato administrativo de los contratos propios del ámbito privado.

En su investigación, la profesora, refiere la sentencia N° 00113-2013 del Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica, pronunciada en el proceso de contratación administrativa en la que señala lo siguiente: Por lo anterior, el proceso de contratación es aquella actividad del Estado que regula la adquisición y venta de bienes y servicios que interesa celebrar a las instituciones públicas, para cumplir con los propósitos de carácter social que las caracterizan. Cabe mencionar que la contratación administrativa comprende a su vez una serie de necesidades, lo cual decide el tipo de procedimiento a emplear. Las necesidades de contratación se resumen de la siguiente manera: Enajenación, Adquisición de inmuebles, Arrendamiento de bienes, Contratos de obra, Adquisición de bienes y servicios propiamente dichos, Contratación de Servicios Profesionales que no constituyan relación jurídica laboral, Venta de bienes y servicios, Concesión de Servicios u Obras Públicas, contempladas en leyes especiales, entre otras. De esta manera los objetivos de la contratación administrativa son los de ordenar, regular y planificar las relaciones de las diversas instituciones del Estado y las personas físicas y jurídicas participantes en los procesos de adquisición. Con lo anterior se pretende cumplir con las condiciones y especificaciones mínimas de contratación del Estado; y

a la vez garantizar la igualdad de oportunidades para las personas licitantes. (00113-2013, 2013).

Dentro del estudio realizado en materia de contratación refiere citando a la autora antes mencionada que los elementos constitutivos del contrato administrativo son: Sujetos: Administración Pública y los particulares; u otra Administración Pública, competencia y capacidad, voluntad, objeto y forma. Los cuales mencionaremos en qué consisten:

**Sujetos:** refiriéndose a que los sujetos es el primer elemento relevante en términos de contratos públicos, los cuales son, el primero: la Administración Pública, que contrata en cualquiera de sus grados y clases y el segundo que puede ser un particular<sup>127</sup>, en cuanto a la **competencia y capacidad**, que exige que las partes contratantes posean aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Se exige la capacidad jurídica de quien contrata con la Administración y la competencia del órgano o ente que ejerce la función administrativa, verificando por ello que la administración que pretende adquirir los bienes o servicios sea competente para realizar ese acto, o que quien la representa tenga suficientes poderes para obligarla, siendo indispensable la existencia de dos voluntades válidas para su formación: la voluntad de la administración y la voluntad del contratista. **El consentimiento** como expresión de la voluntad válida común, produce la existencia del contrato, e importa su manifestación coincidente entre las partes, por tanto, es la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes.

Por objeto se refiere a la obligación que del contrato se constituye, la cual tiene por contenido una prestación de dar o hacer. El objeto es distinto al fin u objetivo, ya que el primero es la prestación que se deriva del contrato y el segundo es el interés público que se pretende satisfacer con el contrato; y por último tenemos el elemento: **la forma** que debe distinguirse

---

<sup>127</sup> (individual o colectivamente); o bien, otra Administración Pública.

entre formalidades y forma. Las formalidades se refieren a las etapas o fases que han de observarse para la celebración de un contrato, tales como: el pliego cartelario, el acto de adjudicación, el refrendo, entre otros. (Arroyo Chacón, 2016, págs. 178-179).

El artículo 3 de la ley de Contratación Administrativa de Costa Rica<sup>128</sup>, preceptúa que:

*“La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo. Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa”.*

En 1994 se dicta la Ley General de Contratación Administrativa, que regula la actividad relacionada a la compra de bienes y servicios de todas las instituciones del Estado; esta normativa indica que la actividad contractual debe someterse a las normas y principios del ordenamiento jurídico.

En la contratación administrativa<sup>129</sup> se debe respetar todos los principios constitucionales, sin embargo, la ley resalta tres principalmente que son:

1. Principio de eficacia y eficiencia: Se debe procurar la satisfacción general, por lo que las contrataciones deben estar dirigidas para el cumplimiento de metas y objetivos de la administración.

<sup>128</sup> LEY N° 7494.DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, Fecha 02/05/1995 Costa Rica.

<sup>129</sup> Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. 04/01/2007.Diario Oficial La Gaceta de Costa Rica N° 210 el 02 de noviembre, 2006. Recuperado en: [http://196.40.56.11/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=58314&nValor3=94041&strTipM=TC](http://196.40.56.11/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=58314&nValor3=94041&strTipM=TC)

2. Principio de igual y libre competencia: Todos los participantes en un concurso público deben estar en posibilidad de ofrecer los bienes y servicios que la administración requiere y todos los participantes sean extranjeros o nacionales deben recibir el mismo trato; asimismo los oferentes nacionales no pueden tener un trato menos ventajoso que los oferentes extranjeros.

3. Principio de publicidad: La Administración debe dar a conocer anticipadamente cuáles serán las compras de bienes y servicios que requieren para un año.

Esta ley contempla todo los elementos y procedimientos que se deben seguir en las contrataciones públicas, a continuación, se describen las más relevantes: El cartel: también conocido como pliego de condiciones, “constituye el reglamento específico de la contratación” (Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, art.51), esto quiere decir que, una vez elaborado el mismo y aceptado por los concursantes, la Administración no puede tomar decisiones si no fueron incluidas en el mismo. Otro aspecto importante del cartel es que viene a garantizar la seguridad jurídica de los participantes; es decir, van a conocer desde un inicio las condiciones en que pueden participar, y cómo serán evaluados, los requisitos que les van a solicitar, entre otros, por lo que la Administración no puede posteriormente cambiar en forma arbitraria las condiciones establecidas en el cartel. La fase de elaboración del cartel es muy importante, ya que es en esta donde se debe investigar para determinar todos aquellos elementos o mecanismos necesarios para garantizar una buena afluencia de potenciales oferentes.

### **6.2.1. Tipos de procedimientos de contratación**

Los procedimientos por medio de los cuales las instituciones públicas pueden adquirir bienes y servicios van a variar de acuerdo al monto. Así se estableció en el artículo 27 de la

LCGA<sup>130</sup>, en el cual se otorga a la Contraloría General de la República la obligación de emitir una resolución donde se estratifique a las instituciones públicas.

La Ley de Contratación Administrativa, establece dos tipos ordinarios de contratación: la Licitación Pública y Licitación Abreviada, así como excepciones para contratar como lo es la Escasa Cuantía. La diferencia entre los tipos de licitación reside básicamente en el monto a contratar y los requisitos sobre la publicidad del concurso, así como también los plazos y lugar para la presentación de recursos contra los actos sobre el concurso que dicta la Administración.

Después de hacer una breve introducción se debe señalar que el contrato administrativo, no solo es un acto administrativo, sino que es también, un acto declaratorio de derechos subjetivos.

Al abordar el tema de la nulidad en Costa Rica, la profesora (Arroyo Chacón, 2016, pág. 180), menciona que “La nulidad de cualquier acto administrativo se genera por el vicio que afecta la aptitud del acto para producir efectos en razón de su disconformidad con el derecho. La invalidez del acto administrativo podría traer como consecuencia su nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida”, existiendo tipos de nulidades aplicables al contrato administrativo.

Según el diccionario Usual del Poder Judicial de Costa Rica (Rica, 2020), se refiere en la nulidad de la contratación administrativo como “Invalidez e ineficacia del comercio, adjudicación o contrato para la provisión de un bien o servicio a la Administración, como consecuencia de fraude de ley; del incumplimiento; o falta o imperfección, real o jurídica, de algún elemento constitutivo de la contratación. El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración pública se aplicará a la nulidad en la contratación administrativa. > contratación administrativa”.

---

<sup>130</sup> Ley General de la Administración Pública.

Se menciona que el contrato administrativo puede ser declarado nulo por varias razones, la primera por defectos que impliquen la nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación, y en segunda instancia por la nulidad del contrato mismo. (Cedras Rodríguez, 1997, pág. 130)

Bajo la vía de la revisión de la nulidad de los actos administrativos, puede perfectamente obtenerse la nulidad de un contrato administrativo, respetando las limitaciones que la ley impone, en consecuencia, se aplicara el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública habrá nulidad absoluta cuando en un contrato administrativo falten algunos de sus elementos esenciales.

El ordenamiento jurídico administrativo de Costa Rica marca la diferencia entre el acto administrativo y el contrato administrativo, el primero regido en forma genérica por la Ley General de la Administración Pública y otras normas jurídicas; el segundo por la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de la Contratación Administrativa, básicamente.

En materia de nulidades encontramos para el acto administrativo en sentido específico el artículo 173 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, mediante los cuales la administración queda facultada para declarar en vía administrativa la nulidad de un acto administrativo favorable al administrado (declaratorio de derechos, o ampliatorio de derechos y facultades del administrado), para lo cual requerirá -de acuerdo con la norma citada- el dictamen favorable de este órgano técnico-jurídico. Para declarar la nulidad de un contrato administrativo se aplicará lo dispuesto por el artículo 100 de la Ley de Administración Financiera de la República, y el 288 del Reglamento a la Contratación Administrativa, que a la letra dicen:

*"Artículo 100.-Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o*

*procedimientos esenciales que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos.*

*Esta nulidad es declarable de oficio en vía administrativa, tanto por la Administración interesada, como por la Contraloría General de la República".*

*"Artículo 288.-Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la ley y el presente Reglamento, son absolutamente nulos. Son asimismo absolutamente nulos los contratos o actos administrativos en que haya participado en forma directa un funcionario inhabilitado según lo dispuesto por el Título X de este Decreto. Estas nulidades son declarables de oficio en vía administrativa tanto por la Administración interesada como por la Contraloría General".*

En tal forma que, en aplicación de tales disposiciones, la declaratoria de nulidad de un contrato administrativo puede hacerla la Contraloría General de la República o el Reparto Administrativo correspondiente, y no necesitan ser precedidas por un dictamen nuestro favorable a la declaratoria de nulidad, como si exige para declarar la nulidad del acto administrativo, tal como se indicó en el dictamen cuya reconsideración usted solicita.<sup>131</sup>

La nulidad es el vicio que afecta la aptitud del contrato para producir efectos, en razón de su disconformidad con el ordenamiento jurídico, por lo que un contrato podría estar en alguno de los siguientes tres supuestos: absoluta, evidente y manifiesta, absoluta y relativa.

---

<sup>131</sup> Dictamen Causa 193 del 21/07/1986, caso Gerente de Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, Sistema Costarricense de Informática Jurídica

### 6.2.2. Nulidad absoluta evidente y manifiesta

La nulidad absoluta, evidente y manifiesta es aquella nulidad de fácil apreciación, que se denota de la sola confrontación del expediente con la norma; y la cual no requiere un análisis profundo para identificarla; pues es tan notoria que existe consenso generalizado en su existencia.

Se menciona en el Dictamen C-206-2014<sup>132</sup>, *que los defectos del acto deben ser extremos, graves, trascendentes y, además, evidentes y manifiestos para aplicar esta nulidad: Antes que nada, debe indicarse que el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) otorga a la Administración la potestad de anular, de oficio y por sus propios medios, sus propios actos declarativos de derechos. Pero esta potestad se encuentra circunscrita a aquellas situaciones en que los actos a anular se encuentren viciados con defectos, de un extremo, graves y trascendentes, y luego que sean también evidentes y manifiestos. Es decir, para que la Administración pueda ejercer la potestad prevista en el numeral 173 LGAP, no basta con que el defecto acusado sea absoluto y por ende grave. La Ley exige además que la invalidez sea harto notoria, clara y patente*<sup>133</sup>.

El Art. 173<sup>134</sup> refiere a la nulidad absoluta o manifiesta y menciona “Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de **derechos fuere evidente y manifiesta**,( fuera del texto legal), podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 3667, de 12 de marzo de 1966, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República. Cuando la nulidad versare sobre actos

---

<sup>132</sup> C-206-2014, 206 (Procuraduría General de la República 26 de junio de 2014).

<sup>133</sup> Dictamen C-206-2014, 2014, emitido por la Procuraduría General de la República Costa Rica.

<sup>134</sup> Asamblea Legislativa. (2009). Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública. San José, Costa Rica: SINALEVI.

administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen favorable.

Advirtiendo que la nulidad absoluta, evidente y manifiesta puede ser declarada por vía administrativa, siempre y cuando se refiera a los actos administrativos y puede ser declarada por la propia administración o bien, por la Contraloría General de la República de forma oficiosa.

### **6.2.2.1. Nulidad absoluta**

El Artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica sanciona con nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Un acto administrativo incurre en vicios de nulidad absoluta cuando se presenta alguno de los siguientes tres supuestos.

- a- Cuando faltan uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo real o jurídicamente aparente.
- b- Cuando existan los elementos constitutivos del acto administrativo, pero sean imperfectos (que existan pero que no cumplan con todos los requisitos que la ley establece para su validez), siempre y cuando dicha imperfección impida la realización del fin. (Art. 167 Ley General de la Administración Pública)
- c- En ese sentido es importante recordar que la nulidad no procede por la nulidad misma o sea por el mero incumplimiento de la legalidad, sino que el vicio que la provoca debe ser no sólo contrario al ordenamiento jurídico, sino que también debe impedir la

realización del fin del acto, aspectos que deberán motivarse y demostrarse debidamente para declarar la nulidad.

- d- Cuando la ley sanciona expresamente con nulidad absoluta un determinado acto defectuoso o una omisión.

El acto nulo no se legitima con su ejecución y no puede ser convalidado ni saneado; por lo tanto, la administración está obligada a declarar su nulidad. (Arroyo Chacón, 2016, págs. 182-183)

#### **6.2.2.2. Nulidad relativa**

La nulidad relativa se presenta cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto, pero no impide la realización del fin o por disposición legal; en los términos del artículo 167<sup>135</sup> que dice: “Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta”.

Sin embargo, refiere que para efectos de mayor amplitud y conocimiento el esquema siguiente determinara las diferencias entre cada una de ellas, siendo estas:

---

<sup>135</sup> Asamblea Legislativa. (2009). Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública. San José, Costa Rica: SINALEVI.

**Tabla 1. Comparación entre el acto absolutamente nulo y el acto relativamente nulo.** (Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de la Administración Pública).

*Tabla 6 Diferencias de Actos Nulos (Absolutos y Relativos de Costa Rica)*

<b>Acto absolutamente nulo</b>	<b>Acto relativamente nulo</b>
No se presume legítimo	Se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional o administrativa cuando así corresponda.
No se vuelve legítimo si puede ser ejecutado.	Produce efectos como si fuera válido mientras no sea anulado
No produce efecto jurídico alguno y resulta ilegítima toda acción jurídica o material en él fundada.	Produce efectos jurídicos precarios, puesto que subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado el acto.
La anulación del acto produce efectos retroactivos al momento de emisión del acto, salvo los derechos adquiridos de buena fe.	La anulación del acto relativamente nulo producirá efecto sólo para el futuro, excepto cuando el efecto retroactivo sea necesario para evitar daños al destinatario o a terceros, o al interés público.
No se puede convalidar ni sanear	Puede ser convalidado, saneado o convertido.
La ejecución del acto absolutamente nulo es abuso de autoridad y produce responsabilidad penal.	La ejecución del acto relativamente nulo nunca produce responsabilidad penal del funcionario.
La ejecución del acto absolutamente nulo puede originar responsabilidad civil de la Administración y responsabilidad civil, penal y administrativa del funcionario	La ejecución del acto relativamente nulo produce responsabilidad civil de la Administración, pero no del funcionario
La Administración está obligada a declarar la nulidad del acto absolutamente nulo.	La anulación de oficio, por parte de la Administración, del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual.
Se puede declarar de oficio	Sólo puede ser declarada si es invocada, por lo que el juez nunca puede declararla de oficio

### 6.3. Colombia

El régimen jurídico de las nulidades de los contratos estatales se estructura a partir del régimen común del Código Civil, con excepción de algunas nulidades específicamente administrativas y los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta en los contratos de tracto sucesivo, sin embargo, Colombia cuenta con un ordenamiento en donde se regula el régimen jurídico de los contratos estatales de forma mixta, pero que son concebido en el Estatuto General de la Contratación<sup>136</sup>, disponiendo la normativa aplicable a los contratos estatales<sup>137</sup>

En el Capítulo IV, DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS, en lo que refiere a las nulidades se retoma en el artículo 44 del Estatuto enuncia a manera liminar que “los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común” describiendo cinco casos de nulidades especiales de estos contratos cuando: a) se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

b) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

c) se celebren con abuso o desviación de poder;

d) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

e) se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Por otra parte, el artículo 46 complementa la concepción, al establecer que los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

---

<sup>136</sup> Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

<sup>137</sup> ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Partiendo del Art. 46 del Estatuto este retoma que los vicios de los contratos se remitirán al Derecho común, es decir al Código Civil de Colombia<sup>138</sup>, refiriéndose al TÍTULO XX. DE LA NULIDAD Y LA RESCISION ARTICULO 1740 que literalmente dice: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes".

El artículo 1519 del Código Civil, identifica de manera genérica el objeto ilícito con "todo lo que contraviene el derecho público de la Nación" y la causa ilícita como el motivo prohibido por la ley que induce al contrato o que resulta contrario a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1524). Este interés protegido, que desborda el de las partes, hace indisponible para ellas la posibilidad de remediar la irregularidad mediante el saneamiento de estas nulidades, al punto que incluso el juez puede y debe declararlas de oficio cuando aparezcan manifiestas en un proceso y las partes se encuentren presentes (artículo 1742).

Por el contrario, las nulidades relativas pueden ser declarada por el juez. Protegen intereses particulares de las partes, pues se establece deberán ser alegadas por aquellos en cuyo beneficio se han establecido (artículo 1743 CC, artículo 900), quienes pueden por ello sanearlas. Más aún, su inactividad para hacer efectiva la protección jurídica mediante una solicitud judicial de nulidad del contrato hace que pierdan ese derecho, por cuanto prescribe en un término corto de dos años (C.C., artículo 900).

En la concepción del contrato de derecho privado, las nulidades relativas están establecidas en beneficio de una de las partes, bien sea por las limitaciones de su capacidad (incapacidad relativa) o por los vicios en su consentimiento al momento de contratar (error, fuerza o dolo).

Estas expresiones se adaptan mal a los elementos de validez del contrato estatal, por las particularidades de la competencia de las entidades estatales (1.1) y la particular formación

---

<sup>138</sup> Código Civil Colombiano

del consentimiento de la administración que impone una apreciación especial de sus vicios (1.2).

En los contratos estatales la nulidad relativa por problemas de capacidad es aplicable a los contratistas privados, con la plena vigencia del artículo 46 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual los vicios no listados en el artículo 44 como nulidades absolutas son objeto de nulidad relativa. Por el contrario, la nulidad absoluta por incapacidad igualmente absoluta del Código Civil (artículos 1741 y 1504) se encuentra ampliada en la contratación del Estado. (Benavides J. L., s.f.).

Con relación a los contratistas, la primera causal de nulidad especial del artículo 44 concierne una institución inexistente en los contratos entre particulares: el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación pública y su transgresión al suscribir el contrato. Este régimen no está establecido para proteger al contratista, como se regulan las incapacidades relativas en el derecho privado, sino para proteger intereses eminentemente públicos. (Benavides J. L., s.f.).

La nulidad absoluta de los contratos se refiere, a su pérdida de validez con ocasión de vicios imposibles de sanear, y se constituye en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto hace desaparecer sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato. En este sentido, con el ánimo de preservar el principio de legalidad y el orden público, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 define expresamente, la nulidad absoluta, así:

“De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3. Se celebren con

abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

Es importante mencionar alguna jurisprudencia encontrada dentro de la investigación que refiere el órgano jurisdiccional en la sentencia de 22 de julio de 2009, expediente número 35026, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, actor Integral S.A.; En relación al tema violación al régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita, ver sentencia de mayo 2 de 2007, expediente número 15599, Consejero Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez, actor Nohora Chaparro de Torres, que dice sustancialmente:

*“Al respecto esta Sala ha dicho que "las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y por circunstancias particularmente graves de vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual". Por lo anterior, con el objetivo de comprobar la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta, es preciso hacer un "examen detallado acerca de las condiciones, los requisitos y los elementos de validez existentes al momento de la celebración del contrato".*

## 6.4. Chile

En el derecho chileno no se han fijado criterios normativos que indiquen cuál es el régimen de nulidad aplicable a los contratos de la Administración. Entonces, cuando se señala que un contrato de la Administración adolece de nulidad, no existen criterios definidos que indiquen qué reglas aplicar. Ello, además se da en el marco de una incompleta reglamentación de la nulidad administrativa, de la carencia de una ley general que regule los contratos del sector público y la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa especializada, por lo que al carecer de una ley general de la contratación pública que nos proporcione pautas generales para esta actividad, es la jurisprudencia la que les ayuda a esclarecer aspectos básicos referidos al marco regulador de la contratación administrativa.

Dado este contexto normativo, la Corte Suprema se ha manifestado por la nulidad de los actos administrativos antecedentes a un determinado contrato; empero, ha rechazado la acción de nulidad deducida para impugnar el contrato mismo, en atención a que, según se falló, se demandó la nulidad de derecho público, la que no es aplicable a la clase del contrato de autos, por tratarse de una compraventa, contrato típico de derecho privado, aun cuando sea parte un órgano de la Administración del Estado.

### 6.4.1. La Nulidad en la Etapa Precontractual

(Camacho Cépeda, 2021, pág. 159): De acuerdo con el artículo 9.º de la LOCBGAE<sup>139</sup>, la contratación administrativa ha de realizarse preferentemente previa propuesta pública, la que se guiará por dos principios fundamentales:

- a) la libre concurrencia de los oferentes; y

---

<sup>139</sup> Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado n.º 18.575

b) la igualdad ante las bases que rigen el contrato

La anulación en la etapa precontractual se refiere a actos administrativos que contienen decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación que se inicia con el llamado a la propuesta pública y finaliza con la aprobación del contrato mediante una resolución tomada.

Continúa expresando la autora Camacho Céspedes Gladys, que el marco regulatorio del contrato público se compone por sus estipulaciones, las normas legales y reglamentarias que lo regulan, las bases de licitación, la oferta adjudicada y por las demás prescripciones técnicas<sup>140</sup>. Para los contratos de suministros y de servicios sometidos a la Ley n.º 19.886, el artículo 1.º establece que estos “se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. En forma supletoria, se les aplicarán las normas de derecho público y, en defecto de aquellas, las normas del derecho privado”, con ello se dispone una prelación taxativa cuya principal virtud es normalizar la aplicación de las disposiciones del derecho privado en la materia contractual que comprende no solo la etapa precontractual sino también de ejecución y desarrollo del contrato. Ciertamente, la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional, en todo lo no regulado por las leyes especiales de cada contrato, aplica las normas del Código Civil, particularmente, en la interpretación de sus cláusulas.

En la fase de preparación y adjudicación de los contratos, la “voluntad” de la Administración se perfecciona de un modo complejo. Por ello, la jurisprudencia ha admitido la facultad que tiene el servicio respectivo para o bien revocarlo, si carece de falta de objeto y oportunidad facultad solo limitada por la consumación de los efectos del acto o por la existencia

---

<sup>140</sup> La Corte Suprema ha formulado este criterio de la siguiente manera: “En efecto, todo contrato administrativo se rige por sus estipulaciones, por las normas legales y reglamentarias que lo regulan, por las bases de licitación, por la oferta adjudicada y por las demás prescripciones técnicas” (considerando décimo), sentencia de 27 de diciembre, recaída en causa Rol n.º 45578-2017. En el mismo sentido, ver las sentencias recaídas en causas roles n.º 16.629-2016 (considerando duodécimo), n.º 24.212-2019 (considerando séptimo) y n.º 12.367-2020 (considerando noveno)

de derechos adquiridos<sup>141</sup>; o bien de invalidarlo, otorgando audiencia previa al afectado, si resulta contrario a derecho y en su caso, retrotraer el procedimiento licitatorio<sup>142</sup>, aunque en caso de existir responsabilidad patrimonial por los daños causados, la Contraloría General ha señalado que esta deberá discutirse en sede jurisdiccional por ser materia de naturaleza litigiosa.

Ante lo recopilado por la autora en su obra (Camacho Cépeda, 2021), concluye que en el derecho chileno se ha construido un instituto denominado “nulidad de derecho público” a partir del artículo 7 de la Constitución Política de la República, pero al carecer dicha prescripción constitucional de desarrollo legislativo, no hay consenso doctrinal ni jurisprudencial sobre sus efectos ni sobre los recursos y acciones que pueden ejercitarse a fin de restablecer el derecho y las responsabilidades que hubiere a lugar. Sigue mencionando que de acuerdo con la jurisprudencia la nulidad de derecho público no opera indefectiblemente de pleno derecho y con prescindencia de su declaración. Lo que sí, los requisitos exigidos para una actuación válida por el artículo 7 de la Constitución Política de la República constituyen las causales que pueden dar lugar a producir la nulidad del acto unilateral o bilateral que se produce en torno a la actividad contractual de la Administración.

#### **6.4.2. Régimen típico de nulidad en el Código Civil Chileno**

La nulidad civil se encuentra diseñada para impugnar la validez de actos de derecho privado que implican el ejercicio de la autonomía contractual, actos que organizan el aspecto jurídico de intercambios espontáneos. Por ello, dentro de la sistemática del Código Civil de Chile (1857) la nulidad se considera como un modo de extinguir las obligaciones. En este

---

<sup>141</sup> Dictámenes n.º 5448 de 2015, n.º 7.041 de 2013 y n.º 2.641 de 2005

<sup>142</sup> Los errores de evaluación de las ofertas hacen imperativo invalidar la resolución que adjudicó la licitación pública. Dictamen n.º 23.315 de 2018. En el mismo sentido, el Dictamen n.º 28.477 de 2006

sentido, Domínguez indica que las reglas civiles de nulidad corresponden a los negocios patrimoniales de derecho privado en general, y en especial para los contratos.

En el derecho civil chileno respecto de los regímenes típicos de nulidad se distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Esta distinción opera sobre la base de las diversas clases de vicios que dan lugar a nulidad. La nulidad absoluta se produce por los vicios de incapacidad absoluta, vicio de objeto o causa, falta de voluntad, y por la omisión de los requisitos o solemnidades que la ley establece para cada acto o contrato en atención con su respectiva naturaleza. Toda otra especie de vicio da lugar a nulidad relativa. Los efectos de una y otra nulidad son idénticos, esto es, dejar a las partes en el mismo estado en que se hallarían si no hubiesen celebrado el acto o contrato nulo. Las diferencias entre una y otra clase de nulidad se refieren a otros aspectos del régimen jurídico, a saber: legitimidad activa, declaración *ex officio*, plazos de prescripción y convalidación (Concha Machuca, 2013).

#### **6.4.3. Régimen Jurídico Nulidades en Derecho Administrativo**

El régimen jurídico exhaustivo para la nulidad administrativa en el ordenamiento jurídico chileno debe considerar los siguientes aspectos:

- 1) Un establecimiento claro y preciso de los vicios de legalidad que dan lugar a nulidad.
- 2) Una regulación en cuanto a la titularidad de la acción, y las restricciones de la legitimidad activa en virtud de la aplicación del principio *nemo auditur*.

- 3) Declarabilidad *ex officio* de la nulidad, dependiendo del vicio.

Referirse a la posibilidad de convalidar o no el acto viciado, dependiendo de la entidad del

- 4) vicio.

Establecer cuál es efecto del tiempo y determinar si se trata de un plazo de saneamiento

- 5) del vicio o de prescripción de la acción.

Determinar los efectos de la declaración de nulidad, en los aspectos temporal, personal y

- 6) real. (Concha, 2012).

En conclusión, el régimen de nulidad de los contratos públicos presenta particularidades en las legislaciones de España, Costa Rica, Colombia y Chile. En España, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público regula la nulidad de pleno derecho, que puede declararse por causas graves como la ausencia de capacidad o competencia, o por vulneración manifiesta del ordenamiento jurídico. En Costa Rica, la nulidad de los contratos administrativos se establece en la Ley de Contratación Administrativa, donde puede ser declarada por la Contraloría General o por la jurisdicción contencioso-administrativa, principalmente por contravención al interés público o al orden jurídico. En Colombia, el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) y el Código Contencioso-Administrativo contemplan causales de nulidad absoluta o relativa, cuya declaratoria corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, priorizando la protección del interés general. En Chile, la nulidad de los actos administrativos, incluidos los contratos, se regula en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley 19.880), contemplando la nulidad absoluta por infracciones graves a la legalidad, cuya declaración compete a los tribunales de justicia.

## CAPITULO VII CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 7.1. Conclusiones

1. En conclusión, en el contexto salvadoreño, las nulidades reguladas en el Código Civil no son directamente aplicables a la contratación de la Administración Pública debido a las diferencias sustanciales entre las relaciones jurídicas privadas y las administrativas. Si bien el Código Civil establece principios y causales de nulidad para actos de derecho privado, la contratación pública está sometida a principios propios del Derecho Administrativo, como la supremacía del interés general y la potestad unilateral de la Administración. Por tanto, si bien las nulidades civiles no son plenamente aplicables, sí pueden servir de referencia para resolver vacíos normativos, pero siempre respetando el carácter especial y público de la contratación administrativa en El Salvador.
2. De acuerdo con el análisis realizado en esta investigación, se ha evidenciado que la legislación salvadoreña en materia de contratación administrativa carece de una regulación específica sobre las nulidades contractuales. Esta omisión normativa obliga a recurrir a la doctrina, al Derecho Comparado y al Derecho Común para suplir dicha deficiencia, siendo estos elementos indispensables para orientar su aplicación. En el ámbito jurisprudencial, si bien anteriormente el artículo 101 de la derogada LACAP establecía de manera expresa las causales de nulidad en los contratos administrativos, la actual Ley de Contratación Pública (LCP) no contempla regulación sobre nulidades. Por esta razón, ante la ausencia de disposiciones específicas, puede ser utilizado de manera supletoria, conforme al principio de supletoriedad establecido en el artículo 4 de dicha ley.

3. En el Derecho Administrativo se regula el ejercicio de las potestades administrativas con el fin de diferenciarlas de los contratos propios del Derecho Privado, ya que en el ámbito administrativo la voluntad de las partes contratantes se encuentra supeditada al interés público y al objeto del contrato. Además, la Administración Pública cuenta con prerrogativas especiales, como la posibilidad de modificar o resolver unilateralmente el contrato, facultades que no existen en el Derecho Privado, donde prevalece el principio de igualdad entre las partes y la autonomía de la voluntad.
4. Los contratos de la Administración pertenecen al género de los contratos, tanto para los contratos que celebra la Administración Pública como para los contratos sobre la base del régimen general del derecho privado, como para los contratos administrativos con régimen especial de derecho público, del que, sin embargo, es una especie con características propias.
5. La nulidad del acto jurídico en el derecho privado y la nulidad administrativa son instituciones distintas que difieren en su fundamento, requisitos y consecuencias. En el ámbito legal, no existen criterios normativos claros que definan cuál régimen de nulidad es aplicable a los contratos de la Administración Pública. La única referencia al respecto se encuentra en la Ley de Contratación Pública (LCP), la cual permite alegar nulidad cuando concurren causales establecidas en el Derecho Común, siempre que se cumplan los requisitos para el ejercicio de las acciones previstos en el ordenamiento civil.
6. La nulidad de derecho público para los actos administrativos, como las reglas de nulidad de derecho privado para los actos privados, desconocen la naturaleza diversa del contrato de la Administración Pública, pues uno de sus fines es el de satisfacer el interés público sobre el particular.

7. La declaratoria de nulidad contractual, requiere que tanto la Administración como el contratista presenten la solicitud mediante la vía jurisdiccional, dirigiéndose a los tribunales contencioso-administrativos. Este proceso garantiza que la declaratoria de nulidad.
  
8. En conclusión, en El Salvador, la aplicación de las normas civiles en materia contractual es procedente principalmente como un mecanismo de integración, especialmente en lo relativo a las normas procesales civiles, cuando la Ley de Contratación Pública (LCP) no contemple disposiciones específicas. Así, el derecho común actúa como fuente supletoria para llenar vacíos normativos, garantizando el adecuado funcionamiento del régimen contractual administrativo.

## **7.2. Recomendaciones**

1. Fortalecer la regulación normativa: Es necesario que el legislador salvadoreño establezca una regulación específica y clara sobre el régimen de nulidad de los contratos públicos dentro de la Ley de Contratación Pública, que defina de manera precisa las causales, procedimientos y efectos de la nulidad. Esto contribuirá a brindar mayor seguridad jurídica y evitará la dependencia exclusiva del Derecho Común o la jurisprudencia para suplir estas vacíos.
  
2. Se recomienda que El Salvador fortalezca su régimen de nulidad de los contratos públicos mediante la incorporación de las mejores prácticas y experiencias de países con marcos jurídicos avanzados en contratación administrativa, como España, Colombia y Chile, dado que estas legislaciones tienen regulados en sus leyes la declaratoria de nulidad en materia administrativa, asegurando la protección del interés

público. Además, el estudio comparado de estos modelos facilitará la adaptación adecuada a las particularidades del contexto salvadoreño, contribuyendo a un sistema normativo más eficaz.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Código Civil. (1860). San Salvador: Lis.
- Agustin Gordillo, 2. (2007). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- Albán Guato, K. A. (2020). Derecho Administrativo y el IUS Variandi en Contratación pública. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Benavides, \_\_\_\_\_ J. \_\_\_\_\_ L. \_\_\_\_\_ (s.f.).  
[https://elibro.net/es/ereader/univo/171998?col\\_q=derecho\\_administrativo&prev=col&col\\_code=ELC004](https://elibro.net/es/ereader/univo/171998?col_q=derecho_administrativo&prev=col&col_code=ELC004). Recuperado el 15 de 10 de 2022
- Bernal, F. J. (200). Derecho Administrativo. Bogota .
- Brewer-Carias, A. R. (2021). Contratos Administrativos. 2a. , 23. Caracas, Venezuela: Juridica Venezolana.
- Cabanellas. (s.f.). Diccionario Juridico. 74.
- Calderon Martinez, J. A. (1974). LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Tesis Doctoral, 2.
- Cassagne, J. C. (s.f.). Derecho administrativo I (7a. ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- CASTEJÓN PAZ, B. Y. (1969). Derecho Administrativo y Ciencias de la Administracion (Vols. 1, Parte General ). (ICE, Ed.) Madrid: Marqués del Duero.
- COMADIRA JULIO RODOLFO, E. H. (s.f.). Curso de Derecho Administrativo (Vol. I). Abeledo-Perrot.
- Diez, M. M. (1980). Manual de Derecho Administrativo (Vol. I). Argentina: Plus Ultra.

DPEJ, D. p. (s.f.). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 19 de 10 de 2022, de <https://dpej.rae.es/>

Economía, M. d. (07 de 09 de 2022). *Sistema de Información comercial*. Recuperado el 07 de 09 de 2022, de <http://infotrade.minec.gob.sv/escritos-generales/contratacion-publica/>

Española, R. A. (2014). *Diccionario de la Real Academia Española* (23a ed.). Barcelona, España: Espasa.

Galindo, C. M. (1997). *Derecho Administrativo* (2a. ed.). Mexico: Porrúa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (s.f.). Recuperado el 28 de 10 de 2022, de <file:///C:/Users/Colaborador1/Downloads/Dialnet-LaFiguraDelContratoAdministrativo-2113075.pdf>

García de Enterría, E. y. (Septiembre de 2008). *Curso de derecho administrativo*. 14a, 607. Civitas..

Gordillo, A. (2011). *El Acto Administrativo* (10a. ed., Vol. Tomo 3). Argentina, Buenos Aires: F.D.A.

Gordillo, A. (2015). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vol. 11). Buenos Aires: FDA.

LANCIS Y SANCHEZ, A. (s.f.). *Derecho administrativo: la actividad administrativa y sus manifestaciones* ( 3ª ed.). (Cultural, Ed.)

Marienhoff, M. S. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Marienhoff, M. S. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Martínez Morales, R. I. (1997). *Diccionario Jurídico Temáticos* (Vol. 3). México: Harla S. A de C.V.

Mena Guerra, R. (s.f.). LA COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE LOS LITIGIOS RELACIONADOS CON LOS CONTRATOS DEL ESTADO. Posibles. San Salvador, El Salvador.

Oliva de la Cotera, R. (2018). *Derecho Administrativo* (1a. ed.). San Salvador, El Salvador: Lex Innovation.

ORTIZ, G. A. ( enero-abril de 2007). EL ENIGMA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. *Revista de Administración Pública*(172), 79-102.

PINEDA ARGUETA, H. D. (2013). *Monografía de Derecho Administrativo en El. San Salvador: Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva.*

Rodríguez-Arana, D. J. (2015). *Revista de Derecho Público*. Recuperado el 06 de 10 de 2022, de <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i70.37758>

Sanchez Moron, M. (2016). *Derecho administrativo, Parte General* (12 ed.). Madrid., España: TECNOS.