

# La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración<sup>1</sup>

## Good contract administration and the contractor as collaborator of the administration

**Juan Carlos Morón Urbina**

Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de San Martín de Porres, y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Ehecopar. [Juancarlos.moron@ehecopar.com.pe](mailto:juancarlos.moron@ehecopar.com.pe)

### RESUMEN

Desde los orígenes del contrato administrativo se le ha venido a denominar al contratista como un colaborador de la administración. A partir de ello, el presente artículo plantea reflexiones sobre los verdaderos alcances de esa calificación, las principales distorsiones que se le ha dado por el ejercicio autoritario de las potestades administrativas y también se plantea redescubrir sus consecuencias para que el contrato pese a la presencia importante de las prerrogativas de la administración se mantenga dentro de los límites de la buena fe contractual y la mutua colaboración.

### PALABRAS CLAVE

Contratista estatal | Colaboración con la administración | Contratación administrativa | buena fe contractual

### SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 01 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 29 de junio de 2020.

### ABSTRACT

Since the inception of the administrative contract, the contractor has been called an administrative collaborator. Based on this, this article raises reflections on the true scope of this qualification, the main distortions that it has been given by the authoritarian exercise of administrative powers and it is also considered to rediscover its consequences so that the contract despite the important presence of the prerogatives of the administration is maintained within the limits of contractual good faith and mutual collaboration.

### KEYWORDS

State contractor | Collaboration with the administration | Administrative contracting | Contractual good faith

<sup>1</sup> Artículo preparado para el Libro Homenaje al Maestro Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, con mucho aprecio y estima.

## SUMARIO

1. Presentación; 2. El administrado como colaborador de fines público en el derecho administrativo; 3. El contratista como colaborador de la Administración Pública en el logro de los objetivos del contrato y la mutua colaboración como filosofía; 4. Características de la colaboración del contratista, 4.1. El contratista es un colaborador voluntario y no compulsivo, 4.2. Colaboración no desinteresada (interés pecuniario no opuesto al interés de la entidad), 4.3. La colaboración es para el cumplimiento de los fines estatales a cargo de la entidad con quien contrata, 4.4. La colaboración de contratista no excluye los deberes de colaboración de la entidad, y, más un, los presuponen dentro de un ambiente de “Buena administración”; 5. Los deberes inherentes a la colaboración que la doctrina asigna al contratista; 5.1. Deber de apoyar y colaborar diligentemente con la administración en el buen desarrollo contractual para que su objeto se cumpla, 5.2. Deber de comportamiento leal, honesto y correcto frente a la Administración más allá del cumplimiento de obligaciones legales o convencionales, 5.3. El deber de ilustrarse, capacitarse como experto en su actividad (presunción de expertise en la prestación) (ej. Contar con expertos necesarios), 6. Cinco tesis equivocadas sobre el rol de colaborador del contratista; 7. Conclusiones; 8. Referencias

### 1. PRESENTACIÓN

Para la Real Academia Española, “colaborar” significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”, y también “contribuir (ayudar con otros al logro de algún fin)”, y, desde los orígenes del derecho administrativo este verbo ha estado asociado al estatus particular que tiene el ciudadano en sus diversas relaciones con la administración.

Es frecuente emplear el concepto de colaborador de la administración, para imputarle al administrado, en sus diversos roles, las más variadas obligaciones, cargas y deberes de incalculable imaginación hasta diluir sus perfiles. Empero, en su origen este término no estuvo necesariamente acompañado de esa connotación de deberes y cargas atípicas inherentes al administrado sino para comprender que en sus distintos roles el ciudadano no solo persigue fines individuales privados, sino que coopera también en simultáneo con alcanzar los fines públicos y, que esta colaboración puede ser en su origen voluntaria o, a modo, de sujeción autoritaria. Pero ha sido en el ámbito de los contratos estatales, que el término “colaborador de la administración” ha alcanzado carta de ciudadanía con unos contornos difusos, siendo así que se ha dicho con absoluta propiedad que “la figura del contratista colaborador, (...) constituye una antigua aspiración de insospechado alcance”<sup>2</sup>

Entre nosotros, la reforma a la Ley N° 30225 ((Art. 32.6) de Contrataciones del Estado, se hizo eco de esta calificación, estableciendo positivamente que

El contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

Es en ese contexto que consideramos de suma importancia, retornar a las fuentes y reflexionar sobre lo que realmente significa para todo contratista del Estado ser un colaborador contractual. Eso sí partamos de una premisa fundamental: en la actual evolución del derecho

2 MONEDERO GIL, José Ignacio; Doctrina del Contrato del Estado, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1977, Madrid, p. 383.

administrativo orientado a la buena administración, no resulta de recibo que la calificación de colaborador del contratista implique un deber unidireccional (del contratista a la entidad) y, no a la inversa, pues como bien lo establece la doctrina general del contrato, dicho deber corresponde a ambos contratistas, por estar comprendidos dentro de principio mayor de la buena fe.

## 2. EL ADMINISTRADO COMO COLABORADOR DE FINES PÚBLICOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es un lugar común en la teoría jurídico-administrativa afirmar que “el administrado debe ser considerado como colaborador de la Administración Pública en la gestión del bien común”<sup>3</sup> y que “el principio rector de colaboración mutua que debe prevalecer como condición esencial y hasta existencial de la relación entre la administración y el administrado”<sup>4</sup>.

Con ello, se ha querido trasuntar un sesgo importante en las relaciones entre administración y administrado, dado que el interés público y privado, que ambas representan no son contrapuestos o cualitativamente diferentes, sino que más bien, el interés público está conformado por la suma de intereses privados que se juzgan mayoritarios y, como tal, el propio administrado cuando persigue sus fines personales ante la administración pública no resulta contrapuesto al interés público que las entidades están llamadas a tutelar.

Por ello el administrado, en los procedimientos administrativos es “contraparte de la administración en cuanto persigue la satisfacción de intereses propios a través de la relación jurídica que entabla con aquella, el administrado es también un colaborador necesario de la Administración Pública, teniendo en cuenta que la realización concreta y efectiva del bien común solo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud distributiva”<sup>5</sup> Así cuando el administrado participa en los procedimientos, actúa prueba, interpone recursos, contradice a la autoridad y alega, lo hace buscando alcanzar su interés privado pero a la vez procura mejorar la certeza de las decisiones de la entidad en la búsqueda de ese interés público confiado.

Además de tener la connotación del interés privado concurrente al interés público propio del administrado, el deber de colaboración del administrado también ha servido de fundamento para diversas situaciones pasivas frente a la autoridad administrativa como la sujeción, las obligaciones, las cargas y los deberes públicos<sup>6</sup>

De este modo, resultan justificadas en ese deber de colaboración de los administrados, la obligación de denunciar a la autoridad determinadas irregularidades o de informar determinadas operaciones financieras sospechosas, de agotar la vía administrativa, el deber

3 COMADIRA, Julio Rodolfo; “Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo”, Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa, No. 5, p. 59-60

4 TAWIL, Guido; El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo. La Ley, 1985 E, 952.

5 BARRA, Rodolfo; La situación jurídica del administrado, Derecho subjetivo e interés legítimo”, Buenos Aires, 01/08/1979 Revista: - Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nro.: 011, p.7.

6 Según la categorías abordadas por SANTAMARIA PASTOR, Juan; “Principios de Derecho Administrativo”, Tomo I, IUSTEL, Edición 2004, Madrid, p. 435

de presentar a la autoridad solo documentos e informaciones que hayan sido corroboradas, las obligaciones y cargas públicas en favor de la administración para cumplir fines públicos (por ejemplo, sistema de pago de obligaciones tributarias con el Gobierno Central- SPOT, llamado comúnmente Sistema de Deduciones)<sup>7</sup>, la obligación de soportar cargas públicas en materia urbanista (ej. aportes reglamentarios), las restricciones urbanistas por razones de zonificación, urbanismo, planificación territorial, soportar la declaración sobreviviente de área protegida por razones ambientales, la obligación de mantener y restaurar los bienes históricos que sean de su propiedad, los reasentamientos obligatorios derivados de la creación o mejoramiento de vías públicas<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar el estatuto de colaborador del administrado frente a la administración tiene amplio desarrollo y raigambre en nuestro derecho administrativo en los sentidos antes señalados. Ahora veamos cómo funciona específicamente en el ámbito de la contratación estatal.

### 3. EL CONTRATISTA COMO COLABORADOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS DEL CONTRATO Y LA MUTUA COLABORACIÓN COMO FILOSOFÍA

Aunque es posible identificar la presencia del estatus de colaborador en los postores cuando mediante sus consultas, observaciones y recursos por actuaciones indebidas, se les habilita a defender sus derechos e intereses pero a la vez, a cooperar con la entidad convocante para asegurar la corrección del proceso licitatorio, es con motivo de la ejecución del contrato, donde la calidad de colaborador del contratista ha tenido más desarrollo.

Precisamente la idea del contratista como colaborador de la administración viene desde el origen francés del contrato administrativo, pero no con la noción actual –de ser la base justificante para indeterminadas obligaciones positivas y negativas para el contratista– sino para el señalamiento que en el contrato, el contratista actúa como un colaborador voluntario del logro del interés público y no como un colaborador forzoso. Así por ejemplo, afirmaba Jeze, que:

Para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, los agentes a cargo de ellos solicitan frecuentemente la colaboración de los particulares o la aceptan cuando estos últimos la ofrecen. Dicha colaboración resulta necesaria o útil para asegurar la regularidad y la continuidad del servicio. La colaboración se manifiesta en dos formas: 1) voluntaria; 2) forzosa<sup>9</sup>

7 Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano determinó afirmo su constitucionalidad “es decir, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no está vinculado únicamente al deber de pagar los tributos sino también a los deberes de colaboración con la administración tributaria, orientados a conseguir la participación igualitaria en el soporte de las cargas públicas ya sea directa o indirectamente, como en el presente caso”. EXP. N.º 03769-2010-PA/TC, AREQUIPA, CENTRAL AZUCARERA CHUCARAPI PAMPA BLANCA S.A. En igual sentido se puede revisar con provecho la IEXP. N.º 6626-2006-PA/TC TACNA, IMPORTADORA Y EXPORTADORA A.S. S.C.R.L.

8 Un estudio completo del ciudadano como colaborador administrativo en GENY, B., “La collaboration des particuliers avec l’Administration, Paris, 1930.

9 JEZE, Gastón; “Principios generales del derecho administrativo”, Tomo IV, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 163 y ss.

Si los particulares a quienes ellos se dirigen aceptan las propuestas de adquisición amigable hechas por los agentes públicos, se celebra un contrato de suministros, un contrato de compraventa: compra de inmueble, etc. En este caso la colaboración de los particulares en el servicio público es voluntaria. Cuando los particulares se niegan, los agentes públicos tienen el poder –en ciertas hipótesis y condiciones– de exigir esta colaboración, para lo cual expropiaran las cosas a los individuos, tomándoles por la fuerza aquellas que resulten necesarias para el servicio público: nos hallamos ante la expropiación por causa de utilidad pública, la requisición. En este caso, la colaboración de los particulares en el servicio público es forzosa<sup>10</sup>

En esa línea, el mismo autor señala como efecto derivado de considerar al contratista como un colaborador: la sujeción de su interés privado al interés público contractual, dado que “el contrato administrativo se celebra siempre para asegurar el funcionamiento de un servicio público. El contratante es, esencialmente, un colaborador en el funcionamiento del servicio público. El interés general del funcionamiento regular y continuo del servicio público prevalece sobre el interés particular del contratante”.<sup>11</sup>

Sin embargo, de esta frase no se logra comprender si en el pensamiento del autor, es irreversible llegar en el contrato administrativo a una confrontación entre el interés privado del contratista y el interés público del contrato.

Es con posterioridad que ello, la doctrina aclara que ambos intereses no necesariamente están en contradicción en el contrato administrativo, sino que deben articularse de manera equilibrada. Así, hace aproximadamente cuarenta años ARIÑO y VILLAR PALASI,<sup>12</sup> por separado, daban cuenta de la tendencia en el “clima” de las relaciones contractuales del Estado<sup>13</sup> de considerar al contratista como un colaborador voluntario cuyos intereses, incluso pecuniarios, no son necesariamente opuestos al interés justamente entendido del Estado, ni es titular de intereses antagonistas de los del Estado. Esta tendencia, para nuestros autores, ha repercutido en diversas maneras en la conformación de las reglas de la ejecución contractual, señalando entre las principales, la quiebra del principio de desconfianza hacia el contratista, la distensión del principio de tiempo cierto, la existencia de varias técnicas de apoyo económico y financiero al contratista, y, como contrapartida, el deber de diligencia y buena fe del contratista.

A esta última consecuencia, nos queremos referir en esta oportunidad. Como afirma nuestros autores “la colaboración del contratista en la realización de fines de interés general exige, por su parte, el máximo de esfuerzo y diligencia en su ejecución; las técnicas de apoyo previstas en su favor (imprevisión, revisión de precios, prorrogas) exigen como contrapartida

---

10 JEZE, Gastón; op. Cit., 163.

11 JEZE, Gastón; op.cit., Tomo IV, p. 232

12 VILLAR PALASI, José Luis; Lecciones sobre contratación Administrativa, Facultad de Derecho, Segunda Catedra de Derecho Administrativo, Sección de Publicaciones, Madrid, 1969, p. 364. Esta afirmación fue recogida años después por el mismo autor en sus “Apuntes de Derecho Administrativo”, Parte General, Tomo II, Universidad a Distancia, Madrid, 1974, UNED

13 ARIÑO, Gaspar; “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, Instituto de Estudios Administrativos, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, Primera edición, 1968, p. 230 y ss

su puntual y continuado cumplimiento”<sup>1415</sup>

Sin embargo, ese deber de máximo de esfuerzo y diligencia en su ejecución no puede entenderse de modo unidireccional, pues como también lo establece la doctrina del contrato en general y hasta el derecho positivo, estas obligaciones corresponden a ambas partes y no solo a una, para alcanzar el fin público contractual. Así, merece citarse, como referente en el derecho comparado, el Código dos Contratos Públicos de Portugal<sup>16</sup>, cuyo artículo 289, bajo el título de “Colaboración recíproca” afirma que: “Las partes están vinculadas por el deber de colaboración mutua, en particular en lo que se refiere a la prestación recíproca de información necesaria para la buena ejecución del contrato”.

Es así, que mientras que el contrato privado “se concibe como un conflicto de intereses contrapuestos (...) en el que cada parte va a obtener la máxima ganancia a costa de la contraria, esta definición no debe ser válida en el ámbito público. El contrato del Estado trata de ser un equilibrio de intereses en orden a un fin común, basado en la confianza y la buena fe, que el particular acepta para llevar a cabo una comunicación de bienes y servicios, a sabiendas de una recta actitud del órgano administrativo que le obliga a él igualmente a adoptarla. La conducta de la Administración en los contratos no puede asimilarse a las actitudes humanas, tantas veces mezquinas, que se manifiestan en las operaciones privadas, ni el afán de lucro del particular le puede llevar a desconocer el interés público que está en juego en el contrato”<sup>17</sup>

En esa misma línea de pensamiento, afirma Garrido Falla, citando a Henry Capitant, afirma que: “Lejos de tener un interés opuesto al del contratista, la administración persigue con él una finalidad común: la buena ejecución del trabajo, la buena explotación del servicio público. Ella no especula como el comerciante que concluye un contrato. En una amplia medida, es la asociación del empresario, no su adversario (aunque muchos pliegos parezcan ignorarlo”<sup>18</sup> Prosigue el autor señalando”. Ciertamente que hablar del fin que se persigue en todo contrato administrativo, y por supuesto en el de obras públicas, significa descubrir la idea clave que nos explica la singular esencial de esta convención. La doctrina ha caracterizado reiteradamente el contrato administrativo como un contrato influido por la idea del fin que a través del mismo se persigue: el interés público en alguna de sus manifestaciones. No se admite con esto la ingenua creencia de que todo contrato administrativo, por el solo hecho de serlo, tiene la taumatúrgica virtud de suscitar en las partes –especialmente en el contratista particular– una fervorosa adhesión por el interés público y, en definitiva, por cuanto atañe al bien común”<sup>19</sup>

14 ARIÑO, Gaspar; op. Cit., p. 233. En idénticos términos, VILLAR PALASI, José Luis; op.cit. p. 177.

15 Para MONEDERO el entendimiento de la colaboración es recíproca y ello no debería prescindir de tres premisas fundamentales: i) confianza, ii) tutela y, iii) asunción de riesgos razonables; y, iv) equilibrio de intereses.

16 Aprobado mediante Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Enero del 2008.

17 MONEDERO GIL, José Ignacio; op. cit., p. 175 y ss.

18 GARRIDO FALLA, Fernando; “En torno a una posible reforma de la legislación sobre la contratación de obras públicas”, Revista Documentación Administrativa, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, julio de 1962 · Núm. 55, p. 14.

19 GARRIDO FALLA, Fernando; op. cit, p. 14.

En síntesis: en el contrato administrativo no existe la contradicción de intereses propios del contrato común, puesto que tanto la autoridad como el contratista buscan el mismo objetivo público: el edificio, el colegio, la carretera, el suministro de medicamentos, la entrega de libros escolares a los estudiantes, la puesta en funcionamiento de un hospital, entre otros. Mediante el contrato, los contratistas, además de la obtención de utilidad cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social.

#### **4. CARACTERÍSTICAS DE LA COLABORACIÓN DEL CONTRATISTA**

Conforme hemos venido exponiendo la comprensión de ese estatus de colaborador del contratista debe entenderse rectamente en función de las siguientes características:

- i) Ser una colaboración voluntaria y no compulsiva;
- ii) Ser una colaboración no desinteresada sino legítimamente interesada en la utilidad que el contrato le reportara;
- iii) La colaboración es un compromiso para alcanzar los fines públicos en tiempo, plazo y modo que han motivado la relación contractual; y, finalmente,
- iv) La colaboración del contratista no excluye sino más bien, demanda la colaboración recíproca de la entidad en la ejecución del contrato, dentro de un enfoque de buena administración.

##### **4.1. El contratista es un colaborador voluntario y no compulsivo**

Una primera constatación, pero no por evidente debemos soslayarla, es que en el contrato administrativo la decisión del contratista de colaborar ha sido adoptada autónomamente y no como sucede en otros órdenes administrativos, por una sujeción legal a la que no puede resistirse.

Aquí, el contratista en base a la información presentada por la entidad, a sus propias constataciones y por el conocimiento de la actividad y el mercado en general, ha decidido postular a ser contratista en un determinado proceso de selección. La administración no lo ha compelido ni obligado a ser proveedor de la entidad. Esta entidad, únicamente ha creado las reglas del proceso, las descripciones de lo que necesita, y diseñado las condiciones para que los interesados se conviertan en postores, de ahí en adjudicatarios y finalmente, en contratistas.

Ello es importante para definir que existe un grado de responsabilidad precontractual importante en esa decisión voluntaria e informada del contratista, la misma que no excluye ni la responsabilidad de la entidad por la calidad, plenitud y actualidad de la información que le entrega a los postores, pero tampoco la postulación implica el sometimiento voluntario a reglas ilegales o irrazonables incluidas en las bases.

##### **4.2. Colaboración no desinteresada (interés pecuniario no opuesto al interés de la entidad).**

La colaboración del contratista no es meramente un voluntariado o altruista, que busca beneficiar a la colectividad a costa de él mismo. El contratista es un agente económico y como tal tiene accionistas a quien aportar ingresos, trabajadores que remunerar, proveedores

que pagar, créditos que cancelar, e impuestos que pagar.

Por ello, su colaboración ha sido decidida también, aunque no únicamente, en búsqueda de la utilidad que le representa el contrato para el proveedor y que, la entidad, dentro de un entorno de buena administración, está llamada, en principio a mantenerla, a través de múltiples mecanismos, entre los que destaca el equilibrio económico del contrato. Es importante tener eso en cuenta para diferenciarla de los convenios de cooperación, en los que el privado es movido por un fin altruista, no rentista y ausente del criterio de lucro.

En estos contratos, el contratista persigue como retribución por el cumplimiento de sus prestaciones, obtener la utilidad pactada. Lo mismo que no implica, legitimar acciones incorrectas para maximizar su utilidad como por ejemplo, depreciar sus prestaciones, suprimir partidas indebidamente, pagar menos a sus trabajadores de lo comprometido, tomar los adelantos y emplearlos en fines distintos a la obra misma, o cualquier otra acción que le signifique utilidades mayores en desmedro del interés público.

Como afirma MONEDERO, “Hay colaboración interesada cuando el administrado se aproxima voluntariamente a la administración para dar, hacer o no hacer alguna cosa, de trascendencia para los fines públicos, recibiendo por la prestación un equivalente económico. Estamos ante la esencia misma del contrato del Estado. Las notas que la caracterizan, por tanto son: El comportamiento voluntario del administrado; El propósito interesado que le estimula a colaborar con la administración; y, la prestación convenida es simultáneamente una actividad privada y un hecho de interés general”<sup>20</sup>

#### **4.3. La colaboración es para el cumplimiento de los fines estatales a cargo de la entidad con quien contrata.**

La colaboración consiste en auxiliar, asistir, proveer, y hasta, en algunos casos, actuar en nombre de la autoridad para realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, para conseguir materialmente los cometidos públicos comprometidos por el contrato con la entidad.

No se trata de una colaboración con la autoridad que es su contraparte sino con los objetivos o cometidos institucionales encaminados al interés público y que se trasuntan en el contrato. Por ello, es que su finalidad no es aportar con la prestación a la “buena imagen” de la autoridad que lo contrata, permitirle “inaugurar una obra inconclusa”, o “acelerar una puesta en funcionamiento del servicio en función de calendarios político”. Por el contrario, su compromiso es alcanzar los fines propios del contrato adjudicado.

Vale tener presente que esta característica de la colaboración se encuentra en grados distintos en los “contratos de atribución”, esto es, los que tienen por objeto conferir ciertas ventajas a los contratistas (ej. concesión de uso sobre el dominio público) y en los contratos llamados de “colaboración”, en los que el contratista se ha obligado hacia la entidad a realizar una prestación que, directa e inmediatamente, facilita, coadyuva o le da los medios para el cumplimiento de las funciones esenciales o específicas del Estado (ej. construcción de obra pública o suministros de medicamentos). En los primeros, para el contratista la colaboración implica asumir prestaciones hacia la ciudadanía directamente, mientras que en los segundos, las prestaciones son insumos o aprovisionamientos hacia las entidades, para que sean éstas las que lleven a cabo, los servicios o funciones administrativas.

---

<sup>20</sup> MONEDERO GIL, José Ignacio; op. cit., p. 174



#### 4.4. La colaboración de contratista no excluye los deberes de colaboración de la entidad, y, más un, los presuponen dentro de un ambiente de “Buena administración”

La evolución del estudio de los contratos estatales centró el énfasis en el deber de colaboración del contratista como si en la relación bilateral y sinalagmática únicamente el tuviera el deber de colaborar para el mejor cumplimiento del contrato. Indudablemente es un sesgo histórico que ya no admite mantenerse.

En general, en el derecho de contratos, a partir de la doctrina europea<sup>21</sup> y derivado del principio de la buena fe contractual<sup>22</sup>, incluso en el Código Civil peruano<sup>23</sup> y en normas de softlaw<sup>24</sup> ya se acepta pacíficamente que las relaciones obligacionales son relaciones de cooperación y que, el acreedor de una prestación también, al interior del contrato, tiene una serie de cargas u obligaciones secundarias, complementarias, funcionales, implícitas y a veces, incluidas en el derecho positivo, que permiten que las obligaciones principales del contrato se obtengan de la mejor manera.

Cabe preguntarse si en el contrato privado en el que hay conflicto de intereses entre los contratistas, se deben estas cargas y obligaciones en el mejor interés del contrato, cuanto más debe existir el mismo deber en los contratos estatales, en los que las entidades-contratantes y el contratista tienen idéntico interés en alcanzar el fin público del contrato.

En un escenario de buena administración, es innegable que la colaboración del contratista exige como correlato la colaboración de la administración para el mejor cumplimiento del contrato. Ni la colaboración del contratista se presume, ni el contrato puede llegar a buen término si la entidad, garante del interés público, no colabora con la buena ejecución del contrato. La entidad no agota sus deberes con cumplir al pie de la letra los términos del contrato –que ella misma ha redactado–, sino que se extiende a todo aquello que haga posible la satisfacción y realización concreta. A ellos se refiere, ejemplo, el CÓDIGO ReNEUAL de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea, cuando considera el principio de buena fe en la contratación pública como deber de ambas partes, en los siguientes términos:

- 
- 21 Puede consultarse al respecto, BETTI, E.; “Teoría General de las Obligaciones”, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1969; DE LOS MOZOS, José Luis; El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”, Bosch. Barcelona, 1965; GALGANO, Francesco; Diritto privato, Ed. Cedam, Padova, 1996.
- 22 Afirma BETTI, Emilio, *óp. cit.*; p. 99, que “la buena fe lleva a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias (mejor sería decir Instrumentales) con existencia propia o accesoria, obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno”.
- 23 Podemos revisar al respecto los artículos 1155 (imposibilidad de obligaciones de hacer por culpa del acreedor), 1138 (deber del acreedor de concurrir a la entrega de la cosa que le ofrece el deudor), y 1138 (mora del acreedor).
- 24 Por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2010, dice: “ARTÍCULO 5.1.3.- (Cooperación entre las partes)  
Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

## SECCIÓN 2: CONTRATOS DE LA UE SUJETOS A DERECHO DE LA UE

### SUBSECCIÓN 1: EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO

#### IV-26 Buena fe y actuación leal

1) Las partes contratantes deberán actuar de conformidad con los principios de buena fe y actuación leal en el cumplimiento de sus obligaciones, al ejercitar su derecho a la prestación, al ejercer u oponerse a las acciones legales por incumplimiento contractual o al ejercitar su derecho a poner fin a una obligación o a resolver la relación contractual.

2) El contrato no podrá excluir o limitar el deber recogido en el apartado 1.<sup>25</sup>

Este deber de actuación leal no es más que lo que la doctrina general del contrato conoce como deber de cooperación o colaboración entre las partes de un contrato<sup>26</sup> por el que ellas deben apoyar para que las prestaciones se realicen, así como para que los beneficios y utilidades esperadas se produzcan.

Para ello, todo acreedor debe sujetarse a una faz negativa (deber de no dañar al otro contratista) absteniéndose de todo acto u omisión que pueda incidir en afectar a la otra parte) y la faz positiva (deber de preservar la esfera del interés ajeno mediante la claridad, sinceridad, oportunidad de sus acciones). En ambas fases, las partes deben actuar lo mejor posible para que la contraparte logre su interés legítimo.

De parte de la administración contratante como principales manifestaciones de esa lealtad y colaboración contractual podemos señalar, las siguientes<sup>27</sup>:

- Los deberes de información y aviso, sobre los riesgos asociados al proyecto, informar sobre cambios en la programación de las actividades, etc.
- A no impedir, mediante acciones u omisiones específicas, la prestación del contratista, o mejor aún, no obstaculizar el cumplimiento de las prestaciones de la otra parte. Este deber se afectaría por ejemplo, mediante la negativa, sin motivos legítimos, a recibir la prestación del contratista, o no cumple con practicar los actos preparatorios y concurrentes necesarios para que se pueda ejecutar entrega, no acudir a las pruebas necesarias del equipo que se ha vendido, del programa informático que se ha preparado, de la obra electromecánica que se construido, cumplir con dar las instrucciones adecuadas de manera clara para el mejor cumplimiento de las prestaciones, absolver las consultas técnicas realizadas sobre el diseño que fue elaborado por la entidad

25 CÓDIGO ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea / dirigido por Oriol Mir... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015. – 354 p. ; 24 cm. Monografías)

26 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo; “Buena Fe en los contratos”, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Edición conjunta Temis SA, Ubijus y Zavalía, Madrid, España, P. 116 y ss.

27 En lo fundamental, las ideas siguientes han sido planteadas por GONZALEZ PEREZ, Jesús; “El principio general de buena fe en el derecho administrativo”, Thomson Reuters Civitas, Quinta Edición, Navarra, España, y MAIRAL, Héctor A., La doctrina de los propios actos y la Administración Pública, MAIRAL, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

y el contratista no comprende, realizar los trámites administrativos a su cargo (ej. obtención de licencias o servidumbres), entregar el terreno en condiciones para la ejecución de la obra, entregar el adelanto convenido, etc.

- La interdicción de cualquier conducta confusa, equívoca o maliciosa, como por ejemplo para absolver de manera imprecisa alguna consulta sobre el expediente técnico entregado, aprobar una ampliación de plazo sin definir el número de días o si van asociados o no gastos generales o dar por recibida una obra o bien, con imprecisiones o afirmando que ello no enerva de las responsabilidades visibles que podrían haber.
- Nacimiento de un derecho a favor de un administrado cuando la administración otorga una razonable esperanza de obtenerlo, esto es la confianza legítima de lo actuado con anterioridad, y no porque con el cambio de funcionarios los criterios sobre un contrato en ejecución se varíen;
- Abstenerse de ejercer prematuramente un derecho, como por ejemplo, resolver un contrato, ejecutar fianza, aplicar penalidades, intervenir una obra, etc.;
- Incurrir en retraso desleal para emitir una decisión o ejercer una potestad, como cuando la autoridad se toma innecesariamente todo el término legal para aprobar una ampliación de plazo, evade dar la conformidad a un entregable, demora la puesta a disposición del terreno para iniciar la obra, no designa a tiempo al supervisor, no realiza los pagos de valorizaciones por trabajos ya efectuados a conformidad; realizar las observaciones a los entregables de manera sucesiva o poco a poco y no en una sola oportunidad.
- El deber de colaboración no es ajeno a las vicisitudes sobrevinientes a la ejecución, pues como dice MOSSET ITURRASPE<sup>28</sup>, “la buena fe no da espaldas a la dinámica contractual”. Esto es, el deber de corrección, en la etapa de incumplimiento no querido por la contraparte, de modo que antes de ver frustrado el contrato por el incumplimiento, y ver acrecentada las pérdidas económicas a la contraparte, se impone el “deber de evitar el aumento de los daños para el deudor, de limitar, en la medida de lo posible, los daños cuya reparación deberá soportar el incumpliente”, el deber de adaptar el contrato para su cumplimiento en mejores términos, de revisar las prestaciones para reequilibrarla, entre otras.<sup>29</sup>
- El deber de proteger los derechos del contratista de terceros o fuerza mayor y caso fortuito, como por ejemplo dar seguridad al área de construcción, asumir los mayores plazos que sean necesarios si se cumplen los requisitos, etc. En términos de MONEDERO, una de las premisas del contratista colaborador es la tutela sobre los derechos e intereses legítimos del contratista que debe ser asistido por la autoridad, “La administración no puede encogerse de hombros ante los avatares que soportan los colaboradores del Estado. A modo de actuación complementaria o consecuente a la celebración del contrato debe realizarse una política tutelar que despeje las

28 MOSSET ITURRASPE, Jorge; “Justicia contractual”, EDIAR, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, p. 148

29 CHAMI, José Félix; “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, Revista de Derecho Privado, No 14, 2008.

inquietudes de los que se aproximaron buscando un medio justo de obtener una ganancia”<sup>3031</sup>

Es que como se manifiesta en la doctrina, la cabal protección de la entidad a los derechos del contratista por el contrato se produce porque “(...) al colaborar el contratista en la satisfacción del interés público, su situación demanda una protección especial que no podría recabar para si un contratista privado alegando sus intereses particulares. En resumen: el equilibrio jurídico del contrato, roto por el reconocimiento de prerrogativas en manos de la administración, de nuevo se restablece, ahora en un plano superior, como consecuencia de esa especial protección de la situación del contratista”<sup>32</sup>

## 5. LOS DEBERES INHERENTES A LA COLABORACIÓN QUE LA DOCTRINA ASIGNA AL CONTRATISTA

La Ley No. 80, que aprueba el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, positiviza el deber de los contratistas de colaborar con las entidades que las contratan en el logro de sus fines y con ello, cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones, en los siguientes términos:

**Artículo 3. De los fines de la contratación estatal.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

No obstante, la legislación comparada ha sido parca en consagrar cuales son específicamente esas formas de colaboración a que se obligan los contratistas. Pese a ello, es posible reconstruirlas a partir de diversas posiciones que ha seguido la doctrina administrativa en ese camino hacia su identificación.

### 5.1. Deber de apoyar y colaborar diligentemente con la administración en el buen desarrollo contractual para que su objeto se cumpla

---

30 MONEDERO GIL, José Ignacio; op. cit., p. 384

31 Este último deber ha sido plasmado claramente en el derecho positivo portugués en su Código dos Contratos Públicos del modo siguiente:

Artículo 291

Protección del co-contratista por el contratista público

El contratista público debe ejercer sus respectivas competencias de autoridad con el fin de reprimir o prevenir la violación por terceros de vínculos jurídicos administrativos que resulte la imposibilidad o grave dificultad de la buena ejecución del contrato por el co-contratante y la obtención por éste de los ingresos que tenga derecho.

32 GARRIDO FALLA; Fernando; op. Cit., p. 16.

Esta primera expresión del deber de colaborar del contratista, lo podemos ubicar en el artículo 32.6 de nuestra ley cuando afirma que:

El contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

Como ha dicho la doctrina, no es dable que: “El contratante particular, en algunos casos, atiende su solo y exclusivo interés, tratando de obtener ventajas, aun con perjuicio del exacto y fiel cumplimiento de sus obligaciones, sin pensar que el buen cumplimiento no es incompatible con su beneficio, y sin advertir que el exacto cumplimiento del contrato le dará mayores ventajas que otro irregular o deficitario, que obligara a la administración a enfrentarlo tratando de reencaminar la marcha”<sup>33</sup>. Este aspecto implica que, “como el contrato administrativo provoca la colaboración directa o indirecta en el servicio público, la administración tiene derecho a exigir a su co-contratista el máximo de esfuerzo y diligencia; Al interpretar sus obligaciones, el juez a menudo será más exigente, más severo que en la ejecución de un contrato civil”<sup>34</sup>.

Ello implica incluso no limitarse a lo que los términos de referencia o expediente técnico le obliga, sino mantener iniciativa permanente para poder llevar de mejor manera las prestaciones comprometidas. La diligencia es el “como” ejecutar las obligaciones convenidos y alcanzar los objetivos contractuales pactados. Como afirma ESPINOZA, “la diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano” y que “esta calificación opera en el sentido de la conformación del comportamiento a un modelo inspirado en el cuidado, la atención, la cautela, a un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente, en cuanto adecuado a fin que este debe obtener”<sup>35</sup>.

## 5.2. Deber de comportamiento leal, honesto y correcto frente a la Administración más allá del cumplimiento de obligaciones legales o convencionales.

A esta expresión se refiere la doctrina afirmando que: “El concontratante particular tiene que asumir no solo el cumplimiento de todo lo que esta expresado formalmente en el contrato, sino –además- de todo aquello que resulta virtualmente de sus términos, actuando en todos los casos, con la conciencia de que se ha constituido, al contratar, en un colaborador de la administración pública en la realización de un fin de interés público, por lo que debe actuar con toda diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y aceptar de buen grado las ordenes e instrucciones de la administración y lo que resulte del ejercicio de sus importantes potestades, a las que ya nos hemos referido”<sup>36</sup>.

A ello se le ha venido el denominar la “teoría de las obligaciones inherentes” por la que

33 ESCOLA, Héctor; El interés público como fundamento del derecho administrativo. DEpalma, 1989, p. 170

34 LABAUDARE, Andre de; MODERNE, Frank y DEVOLVE, Pierre;; *Traite des contrats administratifs*” L.G.D.J., 1983; p. 707

35 ESPINOZA ESPINOZA, Juan; “El principio de la buena fe”. *Revista Advocatus*, Año 2011, Número 24245-260

36 ESCOLA, Héctor; op. Cit. P. 176.

el contratista no está sujeto únicamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con relación a otro, sino que sus obligaciones frente a la administración se extienden a todo lo que sea necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público del cual consiente en colaborar<sup>37</sup>

Indudablemente esta expresión converge con una de las expresiones el deber de colaboración contractual exigible en el ámbito privado<sup>38</sup>, por lo que no es una situación singular o extraña en materia de contratos. Con ello, se considera que el contratista debe “tener conciencia de que el contenido y el efecto del acuerdo es mucho más amplio que lo que se puede deducir del frío texto de las cláusulas escritas pactadas expresamente en ellas<sup>39</sup>” pues debe incorporar a su prestación aquello que pueda derivar de normas técnicas de las diversas profesiones (ej. de construcción o de fabricación de productos médicos), de la naturaleza de las prestaciones o del contrato (ej. si es un contrato llave en mano, o proyecto y obra), e incluso que venga impuesto por los usos y costumbres de dicha actividad.

### **5.3. El deber de ilustrarse, capacitarse como experto en su actividad (presunción de expertise en la prestación) (ej. Contar con expertos necesarios)**

El estatus del colaborador de la administración también tiene un cariz gravoso para el contratista, al cual se le ha referido como el “estándar agravado de valoración de las cualidades de oferentes y contratistas del Estado<sup>40</sup>” consistente en la presunción de particular versación técnica y jurídica y una exigencia de particular diligencia en el cumplimiento de las actividades y prestaciones que quedan a su cargo en virtud del contrato que le ha sido adjudicado. El Dr. Rey Vázquez afirma al respecto con justificada razón que respecto de los contratistas estatales se utiliza “un estándar agravado para evaluar su conducta, de quienes se pretende un conocimiento calificado de las complejas normas y principios que regulan la contratación<sup>41</sup>”

Por ejemplo, este estándar presumido de particular versación y diligencia del

---

37 MORAGA KLENNER, Claudio; “Tratado de Derecho Administrativo, la actividad formal de la administración del Estado”, Tomo VII, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 336 y ss.

38 Ejemplos de ello, lo podemos ubicar en el Código Civil español:  
Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Código Civil uruguayo

1291. Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

39 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo; op. cit., p. 139

40 REY VAZQUEZ, Luis Eduardo; “El Ciudadano colaborador en la contratación administrativa argentina”, En: CUADERNOS DE MARIÑAN (2016), IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano “Contratación, Ordenación del Territorio y Buena Administración”, Editorial, Deputacion Provincial da Coruña, 2018, p. 361.

41 REY VAZQUEZ, Luis Eduardo, op. cit., p. 365.

contratista ha permitido que la judicatura argentina exija el pleno conocimiento del marco jurídico aplicable a su contrato rechazando pretensiones sustentadas precisamente en su desconocimiento<sup>42</sup>, para exigir el cumplimiento de los compromisos que voluntaria y libremente asumió al presentar su oferta aunque impliquen mayores costos<sup>43</sup>, para exigirle el conocimiento de aquella información relevante de sus actividades como las tendencias ordinarias del mercado y los riesgos que este le representaban al momento de la celebración del contrato<sup>44</sup> así como para conocer la ilegalidad y, por ende, invalidez de los acuerdos que arriba con la propia administración impidiéndosele su exigencia en sede judicial<sup>45</sup>.

Como se puede apreciar, este estándar agravado se puede resumir en exigir y presumir del contratista en una particular diligencia en la comprensión de los aspectos técnicos y legales de las prestaciones, sino en el desarrollo de sus prestaciones mismas de modo de quedar comprometido con el alcance de las finalidades publica para la cual ha sido contratado. Si bien esta presunción viene ya desde la fase precontractual, es decir de la formulación contractual, con la buena fe en la formulación de consultas, preparación de la propuesta, presentación de sus observaciones o reclamos frente a los pliegos dirigidos –puesto que su compromiso es con el interés público y no con el funcionario que lo ha preparado–, es con motivo de la ejecución del contrato, en el cual esta estándar se hace más relevante para alcanzar en forma, tiempo y modo el objetivo publico planificado.

Como bien afirma la profesora IVANEGA<sup>46</sup>, en base a una abundante jurisprudencia judicial argentina “El cocontratista debe actuar siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la realización de los trabajos, el cuidado y la atención que son propios de quien se desempeña

- 
- 42 Caso “Cadipsa SA c/ Estado Nacional y otros s/nulidad de acto administrativo y otro”. En esta sentencia la Corte afirmo “8. Que es menester añadir, como se recuerda en lo pertinente en dictamen del señor Procurador General, que la conducta de la actora, empresa dedicada a trabajos en el área de hidrocarburos –lo que supone una especial versación técnica y jurídica sobre el particular- disto de ajustarse a la que le era exigible en razón de esas circunstancias. Con base a este conocimiento, debió advertir que el contenido de la Circular No. 5 no era compatible con el marco jurídico que rige la materia...”.
- 43 Caso “Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional – Ministerio de Obras y Servicios Públicos – Secretaria de la Marina Mercante s/incumplimiento de contrato”.
- 44 Caso “J.J. Chediak SA c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ nulidad de resolución”. En esta sentencia la Corte estableció que “19) Que al ser la actora una empresa especializada en construcción de obras, lo cual le otorga un acceso indubitable a toda la información referida al rubro en el cual opera, no podía desconocer la evolución del mercado y los signos de alto riesgo que aquel presentaba con anterioridad a la celebración del contrato. La magnitud de toda obra pública y de los intereses en juego, imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos”.
- 45 Casos “Compañía General de Combustibles S.A. y otros c Estado Nacional” y “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR) c/ Provincia de Misiones s/ cobro de pesos”.
- 46 IVANEGA, Miriam; “El Principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino”, En Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP, No. 360, p. 25 y ss, Buenos Aires, 28/04/2009. También difundido en la Revista virtual Derecho y Debate, en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/53a867e859474-miriam-ivanega-el-principio-de-buena-fe-en-los-contratos.pdf>. Este tema luego fue incorporado en el estudio denominado “El procedimiento de la licitación pública”, En: Derecho, Revista PUCP, N° 66, 2011, pp. 257-276

como un colaborador de la Administración Pública, en el logro de un fin de interés público. Es por ello, que aquella tiene el correlato derecho a exigir a su contratante, el fiel y exacto cumplimiento de todas las obligaciones previstas en el contrato y en la documentación que forma parte de él. Este cumplimiento no se limita solamente a lo expresado en las actuaciones, sino a todo aquello que deba considerarse que está virtualmente comprendido en sus previsiones y que resulte necesario para que se configure la regular y debida ejecución del contrato”<sup>47</sup>

Como se puede apreciar de este recuento emblemático, las exigencias que la doctrina ha querido establecer del deber de colaboración del contratista no se encuentran muy lejos y, es más, converge en gran medida, con los deberes instrumentales que la doctrina civil de los contratos ha desarrollado como derivaciones secundarias del deber de cooperación en cualquier obligación y que revisamos en el ítem 4.4. del presente ensayo.

## **6. CINCO TESIS EQUIVOCADAS SOBRE EL ROL DE COLABORADOR DEL CONTRATISTA**

A contramano de los ya comentado, también es posible identificar en la experiencia comparada cuatro tesis equivocadas sobre lo que podría entenderse, en nuestro entendimiento es equivocado, sobre este rol de colaborador en el contrato estatal. Por ello ahora analizaremos ¿Qué no significa ser colaborador de la administración?

### **6.1. Que el contratista sustituye a la administración en sus deberes hacia la colectividad**

Un primer mal entendimiento de este rol, consiste en pretender que el contratista sustituye a las entidades en sus deberes hacia los administrados. Eso es equivocado, pues en ningún caso el contratista es un sustituto de la entidad, es más bien, ella la que considera necesario contar con un contratista para realizar mejor sus fines.

Por eso es correcto, la posición que señala claramente “Adviértase bien que en el contrato administrativo, estricto sensu, la prestación del cocontratante no tiene precisamente por objeto sustituir al Estado en el cumplimiento de sus funciones esenciales, sino únicamente “colaborar” con el mismo para facilitarle el cumplimiento de tales funciones.

Así como respecto de las funciones esenciales o específicas del Estado –fines públicos de este- cuya satisfacción es la que verdaderamente sirve de fundamento al contrato administrativo, es suficiente con que la actividad del cocontratante tienda a facilitar el cumplimiento de esos fines o funciones por parte del Estado, sin que sea necesario que el cocontratante cumpla, ejecute o realice, personal o directamente dichos fines, bastando con que contribuya a que ello sea posible, lo mismo cuadra decir de la actividad de cocontratante cuando el contrato tenga por objeto un servicio público”.<sup>48</sup>

### **6.2. Que el contratista ejecuta directamente los fines estatales.**

Tampoco es cierto que el contratista ejecuta directamente los fines estatales mediante el contrato. El realiza prestación en favor de la entidad y es ella la que cumple sus propios

47 Caso “Cía. Estudios y Construcciones Ingeniero Rodolfo José Cornero c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”

48 MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- A, Abeledo Perrot, 1983, p. 56.



fin. Ello es así, incluso en los contratos de asociación público privada en los que el contratista administra infraestructura pública o presta servicios públicos directamente a la población.

### **6.3. Que el contratista adquiera estatus de funcionario público o ejerza función pública al realizar sus prestaciones.**

Otra tesis equivocada es que el contratista como colaborador de la administración asuma funciones públicas, se convierta en funcionario público y por ende, asuma las responsabilidades y demás deberes propios de este rol. Una cosa es ser colaborador externo de la administración y ser agente público subordinado a la entidad.

### **6.4. Que el contratista sea el garante de la corrección de la acción planificadora de las entidades o trasladarle deber de corrección del contrato en la que se va a comprometer.**

La planificación y programación de los contratos del Estado corresponden a las propias entidades, de ahí que no pueda exigírsele a los postores que, bajo el argumento de haber incumplido alguna manifestación del deber de colaboración, se le haga recaer sobre ellos, las consecuencias negativas de contratos mal planificados o diseñados por la autoridad, afirmando que se sometió a reglas ilegales en las bases, no haber denunciado las equivocaciones o vacíos en los pliegos ante la entidad contratante, o no haberse abstenido de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación.<sup>49 50</sup>

49 Por ejemplo, el Consejo de Estado Colombiano( SENTENCIA 2012-00012 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015) ha establecido que

“(...)ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que (22) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planeación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato”.

Al respecto pueden verse comentarios críticos a esta posición en <http://www.urosario.edu.co/revista-nova-et-etera/Vol-2-Ed-16/Omnia/La-violacion-al-principio-de-la-planeacion-en-la-c/>

50 Esta tesis ha sido rechazada por la Corte Suprema de Justicia (Casación No. 4751-2012-LIMA publicada el 31.MAR.2014) afirmando lo siguiente:

“Sexto.- El artículo 125 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM establece como responsabilidad especial de los contratistas en la ejecución del contrato que “De observar el contratista después de la suscripción del contrato, faltas o defectos en cualquier especificación, bien o servicio que la entidad le hubiere proporcionado, deberá comunicárselo a esta de inmediato”. Tal presupuesto, sin embargo, resultaría exigible cuando estamos ante faltas o defectos evidentes, de allí que puedan ser advertidos por la empresa contratista mediante la simple observación, pero en el caso de autos nos encontramos ante un tema de resistencia y calidad de suelos que solo puede ser constatado a través de estudios respectivos de mecánica de suelos. Tampoco podemos perder de vista que la demanda de autos se sustentó en la presunta responsabilidad incurrida por la citada contratista al no cumplir –cuando se presentó como postora- con las obligaciones señaladas en el punto 12 de las bases administrativas para la adjudicación de la obra, como es efectuar previamente la inspección del terreno y realizar las consultas del expediente técnico entregado, sin embargo, ahora en sede casatoria y a través de la denuncia por infracción

## 6.5. El colaborador puede sacrificar más patrimonio que el comprometido en el contrato en aras del servicio público.

Ya no en la doctrina, sino en la práctica contractual, es posible escuchar que los funcionarios afirmen que sus contratistas comprometan, sin compensación, más recursos, patrimonio, equipo, tecnología de aquello que está previsto en el contrato. Para ello, se suele afirmar que como colaborador lo deben hacer, en aras del mejor resultado del contrato. Por el contrario, en la doctrina siempre se ha dicho que el contratista tiene derecho a la utilidad pactada, salvo claro esta sus accionar propio. Así se dice que: “La decisión siempre deberá estar a favor de la continuación, buscando las soluciones necesarias para que el cocontratante particular no sufra un indebido perjuicio, ya que ningún interés público, dentro de nuestro ordenamiento constitucional, justifica su incondicional sometimiento al mismo”<sup>51</sup>

Precisamente la doctrina del equilibrio económico nació conexas con el deber de colaboración del contratista como lo ha dejado expresado el Consejo de Estado colombiano en una importante sentencia, en los siguientes términos:

18.1 Y justamente es esa posición de colaboradores que tienen los cocontratantes del Estado la que ha fundamentado la inmutabilidad de las condiciones económicas iniciales determinadas al momento de ofertar o contratar, según el caso, para preservar el equilibrio económico o la ecuación financiera del contrato. En efecto, los contratistas al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que eventualmente pueden llegar a exceder los expresos términos del contrato, en procura de cumplir con su fin último de la contratación, lo que a su vez genera que la administración deba compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos.

18.2 En efecto, este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del “equilibrio financiero del contrato” (que el Comisario de Gobierno Blum llamó *l'équation financière*) o a la “honesta equivalencia de prestaciones”<sup>52</sup>, con el que se

---

del artículo 125 del D.S. No. 013-2001-PCM, la Municipalidad actora pretende imputar responsabilidad a la empresa demandada por no haber advertido fallas o defectos en el bien entregado después de la suscripción del contrato. Pero tanto en uno como en otro caso (sea por el presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas para los postores en las bases administrativas como en las responsabilidades de la empresa contratista por presunto incumplimiento del citado artículo 125 del D.S. No. 013-2001-PCM) los inconvenientes o faltas que se pudieran observar sobre el bien proporcionados están referidos a aquellos que pueden ser advertidos de una simple constatación y no aquellos que requieran de un estudio pormenorizado, a lo cual no se encontraba la empresa” contratista. Cabe recordar a la Comuna edil que de conformidad con el artículo 1362 del Código Civil, los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; y si sobre la base del principio de la buena fe contractual la parte contratista siguió cabalmente la especificaciones técnicas entregadas por la Municipalidad demandante –de las cuales no podía sustraerse por haberse comprometido a ello en la suscripción del citado contrato, entonces ahora la Comuna no puede pretender que dicha empresa contratista asuma la responsabilidad por los errores imputables a los encargados de elaborar el expediente técnico.”

51 ESCOLA, Héctor; El interés público como fundamento del derecho administrativo. Depalma, 1989, p. 168.

52 El “equivalente honrado”, expresión acuñada por el Consejo de Estado francés.

trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático<sup>53</sup>, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo. Con arreglo a este principio, las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.<sup>54</sup>

Por el contrario, resulta éticamente incompatible con este deber de colaborador que la entidad obtenga lucro mediante el contrato administrativo, a costa del contratista:

La lógica del contrato administrativo nos plantea todavía una exigencia que se convierte en uno de los rasgos peculiares: la interdicción a la administración pública de perseguir el lucro como un fin en sí mismo. Hay aquí otro de los contrastes explicables entre la situación de la administración y la de los particulares. Nada se opone en principio –y por tanto ha de ser considerado lícito– a que un particular contrate, por ejemplo compre, por la sola razón de que el artículo es barato y procediendo después a su reventa, puede obtener una ganancia. Empero, esta forma de proceder sería difícilmente explicable tratándose de la administración. Ésta solo debe contratar cuando el interés público reclame tal adquisición o la realización de tal obra. De aquí se desprende su postura de “honesto contratante” que, aparte estar latente en los principios jurídicos en que se basa esta materia, ha sido a veces expresamente recogida por nuestra legislación. En este sentido se manifiesta la Exposición de Motivos del Real Decreto del 27 de febrero de 1852 y las mismas ideas son repetidas en el artículo 23 del Reglamento para la contratación de obras y servicios en la Marina de 4 de noviembre de 1904: ... la administración al celebrar contratos –se dice en este precepto– no debe proponerse una sórdida ganancia, abusando de las pasiones de los particulares, sino averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas el que sea justo”. Podríamos enunciar así un “principio del justo precio” no ahora como un derecho del particular, sino como una norma de actuación administrativa.<sup>55</sup>

## 7. CONCLUSIONES

7.1. La calidad de “colaborador de la administración” ha sido empleada desde los orígenes para referirse –aunque con contornos difusos– al particular que se vincula con las entidades administrativas. Originalmente, la doctrina francesa atribuía esta calidad para señalar dos temas distintos: que en las relaciones administrativas el administrado carece de un interés privado absolutamente contradictorio con el interés público defendido por la autoridad, sino que al actuar en defensa del interés privado también promueve determinados objetivos públicos y, en esa misma línea, para diferenciar la colaboración voluntaria (contractual) de la colaboración compulsiva por efecto

53 El artículo 1498 del Código Civil señala “[q]ue el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”.

54 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B), Consejero Ponente (E): Danilo Rojas Betancourth: Expediente 05001232600019940231801 (20615)  
Actor: Consorcio Henao Díaz Ltda. Elkin Darío Rendón A.

55 GARRIDO FALLA, Fernando; op. Cit., p. 16.

de la sujeción que les exige a los particulares, las normas legales y el quehacer la administración.

- 7.2. No obstante, en su desarrollo evolutivo la misma noción de “colaborador de la administración” ha servido de fundamento para atribuir al ciudadano diversas situaciones pasivas frente a la autoridad administrativa como la sujeción pura y simple, las obligaciones, las cargas y los deberes públicos.
- 7.3. En materia de ejecución de contratos estatales, la noción de colaborador de la administración implica correctamente entendida: i) una colaboración voluntaria y no compulsiva; ii) una colaboración no desinteresada sino legítimamente interesada en la utilidad que el contrato le reportara; iii) un compromiso para alcanzar los fines públicos en tiempo, plazo y modo que han motivado la relación contractual; y, finalmente, iv) Dicha colaboración en cabeza del contratista no excluye sino más bien, demanda la colaboración recíproca de la entidad en la ejecución del contrato, dentro de un enfoque de buena administración.
- 7.4. En un entorno de buena administración no es posible afirmar que el deber de colaborar sea únicamente del contratista, sino que corresponde también a la la entidad contratante. En particular, esta debe colaborar en la ejecución del contrato, lo cual implica para la entidad –a cargo de la dirección contractual- cuando menos: Los deberes de información y aviso al contratista sobre los riesgos asociados al proyecto, informar sobre cambios en la programación de las actividades, y cualquier información relevante, a no impedir, mediante acciones u omisiones específicas, la prestación del contratista, o mejor aún, no obstaculizar el cumplimiento de las prestaciones de la otra parte, la interdicción de cualquier conducta confusa, equivocada o maliciosa, abstenerse de ejercer prematuramente un derecho o prerrogativa, incurrir en retraso desleal para emitir una decisión o ejercer una potestad, el deber de revisar el contrato cuando se torna imposible sin culpa de las partes, y el deber de proteger los derechos del contratista frente a terceros, fuerza mayor y caso fortuito.
- 7.5. En la evolución de los contratos estatales, el estatus de colaborador del contratista implica algunos deberes inherentes como el deber de apoyar y colaborar diligentemente con la administración en el buen desarrollo contractual para que su objeto se cumpla, deber de comportamiento leal, honesto y correcto frente a la Administración más allá del cumplimiento de obligaciones legales o convencionales, el deber de ilustrarse, capacitarse como experto en su actividad (presunción de expertise en la prestación), entre otros.
- 7.6. Por el contrario, la calificación dada de colaborador de la administración ha implicado algunas interpretaciones o consecuencias, en nuestra opinión equivocadas, como que el contratista sustituya a la administración en sus deberes con la colectividad, que el contratista es quien ejecuta directamente los fines estatales, que adquiere el estatus de funcionario público o ejerza función pública al desplegar sus prestaciones, que el contratista sea el garante de la corrección de la acción planificadora de las entidades o de la corrección de los términos del contrato que se celebra, al someterse sin reserva ni cuestionamiento a ellos y a que el contratista pueda sacrificar más patrimonio que el comprometido en el contrato en aras del servicio público.

## 8. REFERENCIAS

- Ariño, G (1968). "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", Instituto de Estudios Administrativos, Escuela Nacional de Administración Pública.
- Barra, R. (1979). "La situación jurídica del administrado, Derecho subjetivo e interés legítimo", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 011.
- Betti, E. (1969). "Teoría General de las Obligaciones", Revista de Derecho Privado.
- Chami, J. (2008). "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", Revista de Derecho Privado, 14.
- Comadira, J. (s.f.). "Algunas reflexiones sobre el procedimiento administrativo", Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa, 5.
- De los Mozos, J. (1965). "El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español", Bosch.
- Escola, H. (1989). "El interés público como fundamento del derecho administrativo". DEpalma.
- Espinoza, J. (2011). "El principio de la buena fe". Revista Advocatus, 24245-260.
- Garrido, F. (1962). "En torno a una posible reforma de la legislación sobre la contratación de obras públicas". Revista Documentación Administrativa, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 55.
- Galgano, F. Diritto privato. Cedam.
- Geny, B. (1930). "La collaboration des particuliers avec l'Administration", Paris.
- Gonzalez, J. (1988). "El principio general de buena fe en el derecho administrativo", Thomson Reuters Civitas, Quinta Edición, Navarra.
- Ivanega, M. (2009). "El Principio de buena fe en los contratos administrativos (con referencia al sistema argentino)". Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP, 360.
- Jeze, G. (1950). "Principios generales del derecho administrativo". Depalma.
- Jeze, G. (1950). "Principios generales del derecho administrativo", Tomo IV. Depalma.
- Labaudare, Andre de; MODERNE, Frank y DEVOLVE, Pierre; Traite des contrats administratifs" L.G.D.J., 1983, p. 707.
- Mairal, H. (1988). La doctrina de los propios actos y la Administración Pública, MAIRAL, Depalma. (¿libro, artículo de revista?)
- Monedero, J. (1977). Doctrina del Contrato del Estado, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda.

- Moraga, C. (2010). "Tratado de Derecho Administrativo, la actividad formal de la administración del Estado", Tomo VII, Abeledo Perrot.
- Mosset, J (sf.). "Justicia contractual", EDIAR, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Ordoqui, G. (sf.). "Buena Fe en los contratos", Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Edición conjunta Temis SA, Ubijus y Zavalía.
- Oriol, M. y otros (2015). "CÓDIGO ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea". Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rey, L (2016). "El Ciudadano colaborador en la contratación administrativa argentina", En: CUADERNOS DE MARIÑAN IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano "Contratación, Ordenación del Territorio y Buena Administración", Editorial, Deputacion Provincial da Coruña, 2018.
- Santamaria, J. (2004). Principios de Derecho Administrativo, Tomo I, IUSTEL.
- Tawil, G. (1985). El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo. La Ley.
- Villar, J (1969). Lecciones sobre contratación Administrativa, Facultad de Derecho, Segunda Catedra de Derecho Administrativo, Sección de Publicaciones, Madrid, p. 364. Esta afirmación fue recogida años después por el mismo autor en sus "Apuntes de Derecho Administrativo", Parte General, Tomo II, Universidad a Distancia, Madrid, 1974, UNED.