

La naturaleza jurídica del contrato de obra pública: lo que la ley no dice.

Introducción:

Cuando hablamos de obras públicas, seguramente lo primero que se nos viene a la mente son las noticias actuales que nos hacen llegar los medios de comunicación: el escándalo de Odebrecht, algunos políticos tradicionales que cada vez más, son nuevos inquilinos involuntarios en nuestros sobrepoblados penales, (incluso algunos prefirieron no ver su final y decidieron dejar este mundo), el club de los jueces «hermanitos», árbitros siendo investigados por sus laudos sospechosos, etc. Pero cuando hablamos de obra pública también nos referimos a una gran actividad de esfuerzos y cooperación técnica de distintos profesionales, puesto que este artículo, no está dirigido solo a abogados, sino también a todos los profesionales cual hábitat natural se desarrolla ya sea directa o indirectamente en la preparación o ejecución de obras públicas. Cuando hablamos de obra pública también pensamos en una regulación normativa, que hasta el momento, es insuficiente para ser una de las actividades principales del estado, por ello, en este breve artículo, nuestra intención es dar algunas precisiones de los aspectos jurídicos básicos que rodea al contrato de obra pública, y que la ley de contrataciones no menciona, o al menos, no de manera precisa como para nosotros, debería ser.

La obra pública:

Los antecedentes del concepto de obra, podemos encontrar en el artículo 1771 del Código Civil, donde menciona algunas precisiones sobre este aspecto; pero debemos mencionar que el código civil hace referencia a un contrato de obra entre privados, más no, cuando el Estado es una de las partes (elemento sustancial para hablar de contrato de obra pública que veremos más adelante), el cual no significa que debamos descartar como fuente de interpretación, ya que al final, los

principios generales del contrato y la finalidad pública, son la brújula en el mar de los contratos públicos; pero saliendo de los dominios del Código Civil, vemos, que otro antecedente cercano al concepto de obra (no precisamente de obra pública), es el que se encuentra en el anexo de definiciones del reglamento de la ley de Contrataciones con el Estado:

«Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos» (Ley 30225, 2019) [1].

En esta parte, podemos ver, que la definición de obra pública, que hace el reglamento, es un concepto dirigido hacia la prestación terminada, la doctrina señala, que para cumplir con el interés general, una obra pública puede ser de manera directa: cuando el Estado se encarga bajo sus propios medios de hacer realidad la obra, por otra parte, se denomina indirecta: cuando el estado se presta de terceros o mejor conocidos como «contratistas» para ejecutar la obra, es pues, bajo esta figura, donde nace el contrato de obra; por último la concesión de obra pública, que juntos a los APP se guía bajo sus propias reglas.

Si bien el anexo define lo que es una obra, este lo hace de manera muy técnica, da a entender que una obra pública, es un bien inmueble, y solo estaría el bien mueble como accesoria a la primera, así se ve, la definición de obra es muy corta y no hace referencia en lo absoluto a lo que es una «obra pública».

En doctrina, para que tenga la naturaleza de obra pública, tiene que cumplir requisitos esenciales, así Marienhoff (1994) citado por Retamozo (2016) menciona:

«Así, lo que termina caracterizando a la obra pública es su realización o construcción por el Estado. Esa es su nota esencial.

Carece de Trascendencia que la obra integre el dominio público o el dominio privado del Estado, es decir, poco importa que aquella sea bien o cosa final o de uso o un bien instrumental» [2].

Por otra parte, el profesor Cassagne (2013) siguiendo la legislación comparada, menciona dos elementos necesarios para definir la obra pública: «a) El resultado de un trabajo o actividad técnica ejecutada por el hombre y b) El origen del financiamiento con el que se afronta el costo» [3].

Por último, sobre el tema del interés general en la obra pública, consideramos que es un elemento fundamental, propio de los contratos administrativos, ya que el interés general o público, es la piedra angular de los contratos que celebra la administración, así, el interés general debe ser un elemento diferenciador de los contratos de obra privada, pero, si el lector cree que sobre el interés público la cosa esta zanjada, déjeme decirle, que está equivocado, ya que existe opiniones encontradas sobre este punto, esta se debe a la distinción que algunos expertos encuentran entre interés general y utilidad pública en la obra pública, así: se cree que la primera independientemente de la clase de obra, siempre será de interés público, ya que viene de la voluntad de la función administrativa; por otra parte, la segunda, se dará solo si la obra está destinada directamente para la satisfacción de las necesidades de la población.

El contrato de obra pública:

A primera vista, pareciera que el concepto de obra con el de contrato de obra pública serian sinónimos, pero esta idea no es acertada, ya que el contrato de obra pública sería una de las categorías del contrato administrativo y la obra pública es el resultado final de lo que busca obtener.

Bien, para poder entrar a analizar los aspectos doctrinales del contrato de obra pública, primero, haremos una breve definición de la misma, sin antes mencionar que el contrato de obra, si bien

esta desarrollado en el capítulo VI del reglamento de la ley de contrataciones, en ninguna de sus artículos, nos dan un concepto exacto o al menos genérico de lo que significa esta.

El contrato de obra pública es un tipo de contrato administrativo, en donde una entidad estatal contratando por si sola o por medio de otra, encarga la realización de una obra pública específica al o a los contratistas que previamente fueron seleccionados como mejor candidato por medio de criterios técnicos, legales y decisiones de gestión. En esta misma línea, el profesor Retamozo (2016) afirma: «El contrato de obra pública es el instrumento jurídico a través del cual se realiza la obra pública, y en consecuencia la Administración atiende el interés general, constituyendo una de las formas de realizar esta» [4].

Como podemos analizar de los conceptos citados, el objeto de la obra pública, es la entrega de la obra terminada, mas no, el proceso del trabajo que encamina a esta, si no estaríamos enfermando en sí, la naturaleza particular del contrato administrativo.

Características esenciales:

A demás de seguir los principios de un contrato administrativo, el contrato de obra tiene características comunes a un contrato privado, como además de ser oneroso y equitativo, tiene carácter sinalagmático, por tener obligaciones tanto de la entidad en recibir y pagar el precio de la obra, y la del contratista en entregar la obra según el expediente técnico; otra característica esencial, es que en el contrato de obra pública, las obligaciones de ambas partes son claras desde el inicio, independientemente del sistema de contratación de la obra; El contrato de obra es también de realización formal, es decir, está sujeta a la voluntad de la ley, tanto de manera material, como formal, todo ello para su perfeccionamiento; entre otras características.

De lo antes mencionado, se puede agregar, que entre sus características particulares, es que el contrato de obra pública, goza de prerrogativas especiales, y que tiene su sustento en la teoría del

contrato administrativo, como fin público, un ejemplo de esto, son las modificaciones al contrato (art 34 de la ley de contrataciones) que al final vienen a ser cláusulas exorbitantes a favor del Estado, sin olvidarnos por supuesto, que ante tal prerrogativa, el Estado tiene que respetar el equilibrio económico del contrato. Otro punto que consideramos importante y que la ley no nos dice, es que tanto la administración, como el contratista, tienen que alinear sus actividades hacia la filosofía de que este tipo de contratos, es un contrato de colaboración, donde tiene que predominar la buena fe, eso quiere decir, que tanto la administración como el contratista, tienen el deber de actuar con probidad al momento de ejecutar la obra, logrando que el contrato se cumpla con la calidad y en plazo acordado; no comportándose como rivales en un juego de ajedrez.

Elementos del contrato de obra pública:

Podemos decir que los elementos más importantes de este contrato se encuentran referido a la obra cierta, es decir:

- La construcción física determinada de la obra pública, siguiendo su definición legal en el reglamento de la ley de contrataciones.
- La necesidad de tener un expediente técnico a cargo de un proyectista, que puede ser elaborado por un tercero o por la entidad misma.
- El contrato de obra, es un contrato que dura en el tiempo.
- Es un contrato que persigue una finalidad pública, la cual, obliga a que su existencia, tenga una utilidad determinada, ya sea directa o indirectamente a favor de la sociedad.

Agregando a lo antes lo mencionado, consideramos, que existe un elemento fundamental para considerar al contrato de obra pública como tal, y tiene que ver en la calidad de los sujetos que intervienen, por una parte, la participación del Estado como el comitente (siempre tiene que ser el Estado), y por la otra, la participación del privado como contratista. El hecho de que una de las

partes sea el encargado de representar el interés público del contrato, toma un sentido especial, al que se debe entender bajo esta misma particularidad.

Conclusiones:

- La obra pública es una actividad de trabajo, por lo cual no existen obras públicas que salga de la naturaleza.
- La ley de contrataciones debería tener una definición más amplia y precisa sobre lo que es el contrato de obra pública, para una mejor decisión de gestión por parte de los operadores.
- El contrato de obra pública, debería ser entendido, como un contrato de cooperación entre la entidad y el particular para la consecución de la finalidad pública.
- El contrato de obra pública, tiene características especiales a diferencia del contrato de obra privada, por lo que el Estado es parte y perseguidor del bien común.

Referencias

- [1] Estado, O. S. (30 de Enero de 2019). Ley de Contrataciones con el Estado (n° 30225).
- [2] Retamozo, A. (2016). Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control. (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- [3] A., D. R. (2013). El contrato de obra pública. En J. C. Cassagne, Tratado General de los Contratos Públicos. (Vol. III, pág. 308). Buenos Aires: La Ley.
- [4] Retamozo, A. (2016). Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control (Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

