
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO IRREGULAR

*M.Sc. Alex Rojas Ortega¹
alex.rojas.09@hotmail.com*

RESUMEN

El contrato administrativo irregular es una figura concebida como un mecanismo idóneo para satisfacer el interés público ante supuestos en que ha existido una irregularidad en los contratos administrativos. Sin duda, la verificación de su existencia requiere constatar ciertos presupuestos, que determinan un régimen especial en cuanto a su naturaleza y efectos. En el presente artículo, se analizarán el instituto del contrato irregular, sus presupuestos, efectos e implicaciones, así como su objetivo de servir para hacer efectivo el interés general.

PALABRAS CLAVE

Contrato administrativo / irregularidad / buena fe / contratista / Administración pública.

ABSTRACT

The irregular administrative contract is a legal modality conceived as an ideal mechanism to satisfy the public interest in situations where an irregularity has been detected in administrative contracts. Certainly, the verification of its existence requires certain assumptions to be established, which ascertain a special regime in terms of its nature and effects. In this article, the concept of the irregular contract, its preconditions, effects and implications, as well as its goal to serve and fulfill the general interest, will be analyzed.

KEYWORDS

Administrative contract / irregularity / good faith / contractor / Public Administration.

SUMARIO: I.- Los principios generales de la contratación administrativa. A.- Aspectos generales de la contratación administrativa. B.- Los principios de la contratación administrativa. C.- El principio de buena fe en la contratación administrativa. II.- Concepto de contratación administrativa irregular. A.- Regulación normativa. B.- Definición de contrato administrativo irregular. III.- Responsabilidad del contratista. IV.- La indemnización al contratista irregular. V.- Conclusiones. VI.- Referencias bibliográficas.

1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación Fernando Soto Harrison en el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en técnica legislativa por el Congreso de los Diputados de España, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los Parlamentos, por Oficina de Cooperación Española y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor universitario de Derecho Constitucional y Administrativo

I. Los principios generales de la contratación administrativa

El instituto de la contratación administrativa posee una serie de particularidades que la constituyen en un área especial del derecho administrativo, con reglas diferenciadas e, inclusive, excepcionales. A través de ella, la Administración pública acuerda el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador en aras de la consecución del interés público.

Este instituto posee una naturaleza jurídica muy distinta a la propia de los contratos particulares pactados entre sujetos de derecho privado, puesto que, debido a la trascendencia e importancia del contrato administrativo para la búsqueda del interés público, en él existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. Esta razón justifica que se conozcan como contratos con cláusulas exorbitantes del derecho común.

Una de las características esenciales del fenómeno de la contratación administrativa ha sido la creación de un régimen jurídico particular de los contratos administrativos dentro de la categoría más general de los contratos de la Administración, como parte de una diferenciación mucho más marcada en esta parcela específica del ordenamiento jurídico denominada derecho administrativo, ratificada por la creación de una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso administrativa (art. 49 de la Constitución) y el sometimiento de la Administración a los tribunales de justicia (arts. 11 y 153 *ibid.*) que han llevado a la multiplicación de reglas de fondo peculiar, claramente caracterizadas por la prevalencia del interés general sobre los intereses privados de los cocontratantes y de los propios intereses del funcionariado público.

A. Aspectos generales sobre los principios de la contratación administrativa

Los principios generales del derecho son una fuente no escrita –en ocasiones positivizada” del ordenamiento jurídico que, al tenor del artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, sirven para integrar, delimitar e interpretar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tienen el rango de la norma que integran, interpretan o delimitan.

Estos principios constituyen una manifestación concreta del orden general, del sistema de valores y principios esenciales definidos desde el derecho de la constitución, por lo que deben manejarse y aplicarse conforme a un contenido inducido a partir de ese propio sistema de valores y principios. Al respecto, Jinesta (2007, p. 283) ha señalado que los principios generales del derecho:

[...] son aquellos que la opinión común de los operadores del derecho de un ordenamiento jurídico estima, en un momento histórico específico, como reglas, convicciones o ideas ético-jurídicas para condicionar y orientar la creación, aplicación e interpretación del Derecho. Los principios generales del derecho son los valores fundamentales sobre los que se construye un ordenamiento jurídico.

Se ha afirmado (Cazorla, 1978, p. 82) que, en el derecho administrativo, los principios generales del derecho juegan un papel de mayor trascendencia que en otras ramas jurídicas, debido a varias razones, tales como la abundancia de las normas que se producen a diario en el seno de la Administración, las cuales tienen un contenido conocido como “norma-medida”; la potestad normativa reglamentaria propia de la Administración que le permitiría crear y aplicar, ella misma, la norma jurídica y, adicionalmente, por las facultades discrecionales de la Administración y los conceptos jurídicos indeterminados que, según se adopte la teoría

de la solución única o no², podrían involucrar un halo mayor de opcionalidad en manos de la Administración.

De esa manera, el contenido y el alcance de los principios generales resultan del análisis y de la ponderación de ellos en relación con los demás y con los derechos fundamentales; es decir, requieren que sean “situados” en el orden material de la Constitución, como el Tribunal Constitucional español lo señala (1981) en su sentencia n.º 27/1981 del 20 de julio de 1981:

Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución -legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad- no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

Esa sujeción al orden material de la Constitución Política se deriva precisamente del sentido de unidad material que dicha norma suprema ofrece, en tanto aquella no solo es la norma determinante de la unidad del ordenamiento del Estado, sino también porque es portadora de una serie de valores materiales que brindan unidad al entero ordenamiento jurídico y subordinan a él todas las formas en que el Estado es susceptible de manifestarse, particularmente a través de sus funciones legislativa, gubernativa, legislativa y jurisdiccional.

Como consecuencia, los principios generales del derecho, particularmente en materia de contratación administrativa, son determinantes para verificar la corrección del respectivo contrato, en todas las fases que este involucra.

De esa manera, el artículo 182 de la Constitución Política (Asamblea Legislativa, 1949) señala que Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del estado, las

Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a la mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

En atención de esta norma suprema, la Administración pública no solo debe acudir a los procedimientos de contratación administrativa previstos en el ordenamiento jurídico, sino también implica que el contrato administrativo está supeditado en todo momento al ordenamiento jurídico y, muy particularmente, a los principios generales de la contratación administrativa, previstos tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la Ley de Contratación Administrativa (Asamblea Legislativa, 1995) y su Reglamento (Poder Ejecutivo, 2006), permeando de esa manera cada una de las fases que componen el procedimiento concursal, esto es, desde la preparación, formación, perfección, formalización, ejecución y extinción del contrato administrativo, todo con el objeto de seleccionar la oferta que sirva mejor a la consecución de los intereses públicos.

B. Los principios de la contratación administrativa

La importancia de los principios generales aplicables a la contratación administrativa es de tal envergadura que su base es de rango constitucional, con sustento en el artículo 182 de la Carta Magna (1949), lo que incluso ha sido afirmado por la jurisprudencia constitucional cuando señaló que “debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado”. (Voto n.º 998-1998). Esto se reafirma en tanto el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N.º 7494 (1995), en lo de interés, dispone que “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”.

Puntualmente, puede hacerse un desglose –al menos sucinto de los principios que, en nuestro criterio, constituyen el núcleo del régimen de la contratación administrativa:

1. Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes: Posee origen en el derecho fundamental a la igualdad (art. 33 de la Constitución Política) y su finalidad es doble, pues por un lado, i) es una garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, lo que provoca que exista un impedimento para la Administración pública de imponer condiciones restrictivas para el acceso a los concursos, a través de la emisión de reglamentos, carteles o cualquier otra conducta que atente contra ese derecho, y por el otro lado, ii), es una garantía para la Administración, en tanto ve incrementadas sus posibilidades de elegir la mejor opción encaminada a satisfacer el interés público.

2. Publicidad: Resguarda la más amplia invitación y participación de los posibles interesados en un concurso público, con el objeto de que sea amplio, general, abierto, con publicidad y divulgación efectiva del cartel, y el oportuno y real acceso a los expedientes, informes, resoluciones y cualquier otro documento atinente al contrato. Sin duda, este principio confirma la concurrencia de los eventuales contratistas en condiciones de igualdad.

Puntualmente, el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que *“Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza. Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria. [...]”*.

3. Legalidad de los procedimientos: Tiene sustento en el artículo 11 constitucional, así como reflejo en los numerales 11, 13, 59 y 66 de la Ley General de la Administración Pública (1978). Básicamente lo que postula es que todos los procedimientos de

contratación administrativa deben estar previa, cierta y claramente definidos, con el fin de que no exista margen alguno para que la Administración pública contratante pueda sustraerse de tales reglas definidas.

4. Seguridad jurídica: Este principio también se deriva del texto constitucional, puntualmente del numeral 34 de la Carta Política (1949). Está claramente relacionado con el de legalidad de los procedimientos, por cuanto si tales procedimientos están sometidos en todo momento a las reglas jurídicas que han sido previamente definidas para ellos, automáticamente se brindan seguridad jurídica y garantía de transparencia a las personas oferentes.

5. Eficacia y eficiencia: De acuerdo con estos principios, la eficiencia tiende a que los recursos humanos, materiales y humanos de la Administración sean utilizados de la forma más racional y oportuna con el objeto de alcanzar las metas y fines previstos en la norma jurídica (eficiencia); al mismo tiempo, todas las fases del contrato administrativo, así como las conductas administrativas propias de cada una de ellas deben enfocarse en el cumplimiento de los fines y las metas propuestas al momento de valorar la necesidad institucional y el interés público a satisfacer, esto es, a la eficacia.

Al respecto, el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que:

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

6. Primacía del contenido sobre la forma:

Postula que en los procedimientos de contratación debe darse prioridad o mayor importancia al contenido de las actuaciones que a otros aspectos atinentes a las formalidades del concurso. Así, en lo de interés, el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) señala que “En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo”,

7. Principio de conservación de los actos:

Dado que el contrato administrativo busca satisfacer un determinado interés público, debe entenderse que las diversas actuaciones y los comportamientos de la Administración, así como del administrado deben interpretarse de la forma que mejor permita su conservación y sirva como mecanismo de facilitación para que se adopte la decisión final del concurso, en claro provecho del interés general. En tal sentido, el ordinal 4 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) dispone que

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

8. Libre competencia: Dispone que, a través de los procedimientos de contratación administrativa, debe permitirse la más amplia y libre competencia entre los potenciales oferentes, de modo que no solo haya igualdad entre ellos, sino también que les brinden las mismas armas concursales y las mismas condiciones para competir en aras de resultar adjudicados en el concurso.

En tal sentido, el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) indica:

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

En el mismo sentido, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) manifiesta que “No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes”.

C. El principio de buena fe en la contratación administrativa

El principio de buena fe ha sido definido como “[...] la consagración del deber moral de no engañar a los demás, el cual no es otra cosa que la aplicación de la norma general que ordena no hacer mal al prójimo o no dañar a nadie sin derecho o sin necesidad: *neminem laedere*”. (Ripert, 1946, p. 18). Al mismo tiempo, se ha afirmado (Benitez, 2003, p. 150) que la buena fe:

[...] es un principio que informa e integra el ordenamiento jurídico con el valor de la confianza que gravita en la conciencia social, por lo cual la doctrina jurídica lo ha considerado, con acertada razón, como la base del tráfico y el principio supremo y absoluto que domina el derecho de las obligaciones.

Por su parte, Escobar Gil también afirma (Reina, 2009, p. 15):

La buena fe es el cauce por medio del cual el derecho recoge el valor ético social de la confianza, constituye un principio general del derecho, que como tal, forma parte del ordenamiento jurídico, tiene valor normativo y existencia propia como fuente del derecho, al margen de que haya sido o no reconocido por el legislador o la jurisprudencia

En ese contexto, el principio de buena fe posee un contenido que trasciende a todas las ramas del ordenamiento jurídico y que permea, con mayor intensidad, los espacios en los que exista alguna obligación entre partes, sea que esta se derive de un ámbito contractual o extracontractual, como es el caso de la responsabilidad que se genera en el derecho administrativo, como resultado, respectivamente, de un contrato administrativo o de una conducta ajena a ese tipo especial de instituto jurídico; es decir, la responsabilidad civil extracontractual.

Aplicado al ámbito de la contratación administrativa, se considera básico el principio de buena fe, y este determina que tanto la Administración pública como los eventuales oferentes y contratistas deben actuar de manera leal, ética, sin ánimo de dañar a otro sujeto de derecho y donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas morales y éticas claras, bajo la premisa de que el interés público debe prevalecer sobre cualquier otra clase de interés. En tal sentido, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) dispone que *“Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.”*

Significa entonces que el principio de buena fe resulta de plena aplicación a la materia de contratación administrativa, respecto de la cual crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes. De esa forma, el artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa (1995) expresamente indica que *“La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado”*.

Mientras tanto, el artículo 20 de la misma Ley establece la obligación de cumplimiento para la contraparte de la Administración, al expresar que *“Los contratistas están obligados a cumplir, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación*

formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”.

Por tanto, estas obligaciones a cargo de ambas partes de un contrato administrativo se originan del principio de buena fe y se extienden a los deberes de cumplimiento y colaboración mutuos.

II. Concepto de contratación irregular

El contrato administrativo irregular es una categoría especial en materia de contratación administrativa que apareja un supuesto de hecho definido, con reglas y consecuencias también previamente determinadas. Puede afirmarse que uno de los aspectos que particularizan a esta figura es que su existencia está claramente enfocada en fungir como un mecanismo que posibilite la satisfacción de los intereses públicos, por lo que debe abordarse este instituto jurídico desde las siguientes aristas:

A. Regulación normativa

El contrato administrativo irregular está previsto en el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa (1995), cuando dispone:

Artículo 21.-Verificación de procedimientos.

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual.

En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.

A través de esta norma, se encarga al contratista la responsabilidad de verificar la regularidad jurídica del respectivo procedimiento de contratación administrativa, así como la ejecución contractual. De la misma forma, se establece una regulación similar a la contenida en el numeral 129 de la Constitución Política (1949), en tanto dispone que “Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice”. Por su parte, el artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) señala:

Artículo 210.-Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.

La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.

Puede observarse cómo, vía reglamentaria, se efectúa una definición de lo que puede entenderse como contratación irregular, al indicar que ella se

presenta cuando en el trámite de la contratación se incurra en vicios graves y evidentes, tales como la omisión del procedimiento concursal que corresponda o se haya acudido de manera ilegítima a alguna excepción; es decir, cuando sin que se presente el elemento condicionante de la respectiva excepción a los procedimientos ordinarios de concurso, se verifique el elemento condicionado que haría surgir el efecto excepcional previsto en el ordenamiento jurídico.

B. Definición de contrato administrativo irregular

La “regularidad” de un procedimiento concursal hace referencia a aquel cuyo contrato observó todos los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico y del cual se deriva la figura de un contratista regular. *A contrario sensu*, el contrato administrativo irregular es el que surge de un contrato suscrito entre la Administración y un determinado contratista y tiene por fin la satisfacción del interés público: pero con la particularidad de que ha sido concertado y llevado a cabo sin seguir los requerimientos previstos para ello por el ordenamiento jurídico, o bien, que no ha observado los principios aplicables a la materia de contratación administrativa.

En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirmó que el contrato irregular es el que se da “[...] con inobservancia de los procedimientos legales y reglamentarios necesarios para configurar una contratación regular [...]”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, voto n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 2009).

De esta manera, la figura del contrato administrativo irregular se presenta en aquellos casos en que la Administración percibe u obtiene, parcial o totalmente, en forma efectiva y de buena fe, los respectivos bienes o servicios por los cuales suscribió el contrato administrativo, con evidente provecho para ella, pero, a pesar de eso, se presenta una anomalía o irregularidad en el procedimiento concursal, dado que no se ha cumplido con las

reglas previstas en el ordenamiento jurídico, se ha hecho caso omiso de los principios aplicables a la materia, o bien, no se ha seguido el respectivo procedimiento de contratación que, de acuerdo con la materia específica de que se trate y el monto de la contratación, sería el que deba seguirse. Inclusive, el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa 2006 dispone que se verificará la irregularidad del contrato en los contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo contralor o la aprobación interna, cuando sea necesario.

Bajo ese contexto, estimamos que la existencia de un contrato irregular está sujeta a que se presenten tres elementos:

- i) Que exista una irregularidad en el procedimiento concursal, es decir, que no se hayan seguido las reglas, principios y condiciones previstas en el ordenamiento jurídico para el inicio, desarrollo y ejecución del contrato.
- ii) Que como resultado del contrato administrativo, la Administración pública contratante perciba u obtenga una ventaja o beneficio.
- iii) Y finalmente, que exista buena fe por parte de la persona contratista. Este aspecto supone un comportamiento honrado, honesto y leal en el ejercicio de los derechos y en la relación negociadora. La buena fe en el contrato administrativo exige que se descarten interpretaciones que puedan aparejar un resultado contrario a ella, “[...] como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta [...]”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, 2009, voto n.º 01246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009).

III. Responsabilidad del contratista

En la contratación administrativa, la persona contratista se encuentra obligada a entregar efectiva y cabalmente el objeto de la contratación, a través, según corresponda, de la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, incluso estas en conjunto, o la entrega de un bien, y debe efectuarlo en armonía y plena observancia de las reglas previstas en el cartel, en el contrato y, en general, en el ordenamiento jurídico, con el objeto de cumplir fielmente los requerimientos de cantidad, calidad, las especificaciones técnicas y de oportunidad que el respectivo contrato demande puntualmente. Así, tal como el Tribunal Contencioso Administrativo lo indica, solo puede hablarse de cumplimiento contractual en materia de contratación administrativa:

cuando se ejecuta a cabalidad una prestación en los términos originalmente pactados o bien de acuerdo con las nuevas especificaciones suministradas por la Administración en el curso de la ejecución contractual, en aquellos casos en los cuales, para la satisfacción plena del interés público, se modifique el objeto contractual o alguno de los elementos que forman parte de este. (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, 2012, voto n.º 100-2012 de las 14:30 horas del 24 de octubre de 2012).

Como se aprecia, el contratista tiene un deber de regularidad de su conducta y del proceso de contratación administrativa en general, de modo que debe ser un garante de un regular, debido y oportuno cumplimiento del contrato. En tal sentido, se ha afirmado (Escola, 1977, pp. 422-423) que:

La administración pública tiene el derecho de exigir a su contratante el debido y regular cumplimiento de todas las obligaciones impuestas a éste por el contrato y por los documentos complementarios que lo integren. Lo que está pactado y tal como está pactado debe ser cumplido por el contratante, y todas las potestades de que está investida la administración pública

en el contrato administrativo están dirigidas a posibilitar y obtener ese cumplimiento. Si la administración contrata, es justamente para que lo que fue convenido se ejecute, porque el interés público que se busca satisfacer por medio del contrato celebrado así lo reclama. Pero como los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino también a todo lo que sea una consecuencia que pueda considerarse que hubiese sido virtualmente comprendido en ellos... el cocontratante quedará también obligado al cumplimiento de esas consecuencias, necesarias para que exista el "regular" y el "debido" cumplimiento del contrato, que será interpretado, a estos fines, con arreglo al principio de buena fe que debe imperar en todos los contratantes y conforme a las reglas que son aplicables a esa interpretación. Pero la administración pública no sólo tiene el derecho de exigir que las prestaciones estipuladas se cumplan, sino que además corresponde que el cocontratante actúe siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la ejecución de las prestaciones el cuidado que es propio a quien se desempeña con el carácter de un colaborador de la administración en la realización de un fin de interés general. Las reglas del arte, las costumbres y los usos de cada actividad deben ser respetados, y así el cocontratante no sólo debe cumplir, sino que debe cumplir bien.

De ese modo, en el contrato administrativo existe un equilibrio en lo relativo a la responsabilidad, ya que en los supuestos donde haya irregularidades en el procedimiento concursal, se comparte la responsabilidad entre la Administración y la persona contratista.

Bajo esa teoría, cuando se detecten anomalías en el procedimiento, se traslada responsabilidad a la persona contratista en razón de su deber de verificación de la regularidad y corrección del procedimiento de contratación, tal y como lo impone el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006), cuando señala que

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

Así, el deber de verificación de la regularidad del contrato funge como presupuesto de la prohibición claramente establecida que impide que se reconozca pago alguno al o a la contratista cuando ha habido una irregularidad en el contrato. Ese impedimento para reconocer el pago a la persona contratista deriva de que esta no ha guardado su deber de corrección del procedimiento concursal y cede únicamente en el supuesto de excepción contemplado en el numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa (1995), relativo a aquellos supuestos en que se haya ejecutado el contrato con evidente provecho para la Administración, en cuyo caso el ordenamiento jurídico admite la respectiva indemnización a la persona contratista.

Sin embargo, aun en tales casos de excepción en los que se admite la indemnización al o a la contratista, el artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) dispone que se reconocerá el pago; mas no el lucro cesante, es decir, el beneficio o la utilidad dejada de percibir y, en caso de ser desconocida, se aplicará por tal concepto la rebaja de un 10% del monto total. Lo anterior se traduce en que efectivamente la Administración pública contratante debe resarcir si obtuvo provecho del contrato, pero no puede reconocer el lucro cesante.

IV. La indemnización al contratista irregular

Como afirmamos antes, el contrato administrativo irregular se genera cuando este se verifica sin cumplir con las reglas y el procedimiento debidos, con el consentimiento de la Administración interesada y siempre que la buena fe medie en

la conducta de la persona contratista, quien es fundamental para determinar la procedencia del posible resarcimiento del bien o del servicio prestado.

Ahora bien, como aspecto de suma trascendencia y que usualmente provoca confusión entre los operadores jurídicos, en la contratación administrativa irregular no existe pago al o a la contratista, sino que lo que se otorga es una indemnización. Surge, de esa manera, el derecho del contratista a percibir una indemnización (no un pago) al ejecutar un contrato administrativo, siempre y cuando, como indicamos antes, concurren los tres elementos determinantes de una contratación irregular: i) irregularidad en el procedimiento de contratación; ii) la Administración pública interesada obtiene una ventaja o beneficio; y iii) existe buena fe de la persona contratista.

Al respecto, puede entenderse que la indemnización al contratista dentro de un acuerdo administrativo irregular cobra sentido en el marco de los principios de equidad y de no enriquecimiento sin causa, con claro sustento en los numerales 33 y 45 de la Constitución Política (1949).

Es precisamente en ese marco de consideraciones, donde el numeral 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (2006) establece expresamente que, en casos de contratos irregulares, “no se reconocerá el lucro previsto”. En caso contrario, si se reconoce aquel lucro, significaría otorgarle validez y eficacia a un contrato administrativo que por sí mismo es defectuoso, lo cual generaría un enriquecimiento sin causa en provecho de la persona contratista. En el orden de consideraciones antes expuesto, a propósito de la indemnización al contratista, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló que ante supuestos de contrataciones irregulares

[...] el reconocimiento que haga la Administración en tales casos es sólo indemnizatorio, motivado

en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular (...). En conclusión, el fundamento para indemnizar a particulares por la ejecución de contrataciones irregulares está fundado en principios jurídicos de equidad y el de no enriquecimiento sin causa, aplicables en la especie, por integración del ordenamiento jurídico administrativo, según lo previsto en el numeral 7º en relación con el 16.1. de la Ley General de la Administración Pública [...]. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, 2009, voto n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:16 horas del 30 de octubre de 2009).

Consecuentemente, en el contrato administrativo irregular, técnicamente no existe pago alguno al contratista irregular, sino tan solo una indemnización derivada de los principios de buena fe, equidad y de prohibición de enriquecimiento sin causa, cuyo sustento es de rango constitucional en los numerales 33 y 45 de la Carta Magna (1949).

V. Conclusiones

El contrato administrativo irregular es el que ha sido concertado y ejecutado sin seguir los requerimientos previstos para ello por el ordenamiento jurídico, o bien, que no ha observado los principios ni las reglas aplicables a la materia de contratación administrativa.

Con el objeto de determinar la existencia de una contratación irregular y el derecho de un administrado a solicitar una indemnización por aplicación de esa figura, deben presentarse simultáneamente varios requisitos: i) La existencia de un contrato administrativo en el que no se haya seguido el procedimiento debido; es decir, puede existir un contrato de manera imperfecta o pueden haberse obviado procedimientos, reglas y principios básicos dentro de un contrato existente o, inclusive del todo, inexistencia absoluta de una contratación, lo que es conocido como un contrato de hecho; ii) Asimismo, la Administración pública debe haber

obtenido un provecho al recibir un objeto o un servicio del contratista; y iii) el contratista debió haber prestado el servicio o el objeto contractual de buena fe, a efectos de que la Administración contratante reconociera una indemnización basada en un principio de equidad o equivalencia en las cargas recibidas y un principio de no enriquecimiento sin causa.

En tal supuesto, técnicamente lo que se reconoce al contratista es una indemnización y no el pago de un contrato que es inexistente o imperfecto, por lo que el ordenamiento jurídico impide que

se reconozca el lucro cesante, y si no se puede calcular, debe hacerse una disminución del 10% en el total de la indemnización.

La prohibición de reconocer el lucro cesante se origina en la regularidad y la legitimidad que deben imperar en los contratos administrativos, como área integrante del concepto de función administrativa, cuyo carácter esencial lo constituye el estar sometida íntegra y plenamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, prevista en el canon 49 de la Constitución Política.

VI. *Referencias bibliográficas*

Benitez Parra, J. (2003). Introducción al derecho. Medellín, Colombia: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Cazorla Prieto, L. M. (1978). Temas de derecho administrativo. Madrid, España. Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, tercera edición.

Escola, H. J. (1977). Tratado integral de los contratos administrativos. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

González Camacho, O.; Jinesta Lobo, E.; Jiménez Meza, M., & Milano Sánchez, A. (2006). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En la obra en conjunto El nuevo proceso contencioso administrativo. San José, Costa Rica. Escuela Judicial, Poder Judicial.

Jinesta Lobo, E. (2007). Tratado de derecho administrativo. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Reina Sánchez, J. (2009). Aplicabilidad de la buena fe en el derecho administrativo sancionador aduanero a partir de la doctrina de los actos atípicos. Bucaramanga, Colombia. Escuela de Derecho.

Ripert, G. (1946). La regla moral en las obligaciones civiles. Bogotá, Colombia: Editorial La Gran Colombia.

Sainz Moreno, F. (1976). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Madrid, España: Editorial Civitas.

Notas

- 2 *Es relevante mencionar que deben valorarse las conductas administrativas que poseen elementos discrecionales, en nuestro criterio, además, en relación con tres conceptos de suma relevancia: i) En primer lugar, según se adopte o no por el operador jurídico, la posición asumida por la doctrina de la solución única en lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, la cual en Iberoamérica ha tenido como máximo exponente a don Eduardo García de Enterría, bajo el postulado de que los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles, solamente, de una única solución y no dan margen a una apreciación comparativa entre soluciones igualmente válidas desde la mira de la juridicidad (Al respecto vid. (Sainz, 1976); ii). De acuerdo con la terminología alemana, la valoración del concepto de reducción a cero de la discrecionalidad, en cuyo caso, la discrecionalidad inicial inmersa en la conducta administrativa daría paso a la conducta reglada por parte de la Administración; y, iii) La discrecionalidad residual que la Administración pueda mantener en sus manos luego de que una controversia haya sido llevada ante el estrado jurisdiccional contencioso administrativo y, en ejercicio de la potestad conferida por los artículos 11, 49 y 153 de la Carta Política, así como sus homólogos 11, 15, 16, 59 y 216 de la Ley General de la Administración Pública y los artículos 127 y 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo, este orden judicial haya impuesto los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, para el legítimo ejercicio de la potestad discrecional que permanece en forma residual sobre la Administración pública. Para un estudio acabado sobre el tema vid. (González, O. et al., 2006).*