

LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Lic. Ronaldo Hernández H.

ÍNDICE

I. Introducción.....	95
II. Los Contratos de la Administración.....	95
Generalidades	95
La Doctrina	96
La Legislación	97
Jurisprudencia	97
III. Características del Contrato Administrativo	98
De acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional	98
Elementos del Contrato Administrativo.....	99
Caracteres del Contrato Administrativo	99
IV. Cláusulas exorbitantes como prerrogativas de la administración.....	99
Significación y contenido de las cláusulas exorbitantes.....	100
Preeminencia de la noción de servicio público sobre las cláusulas exorbitantes como elemento identificador del contrato administrativo.....	101
V. Formación del Contrato Administrativo	103
VI. Ejecución de los Contratos Administrativos.....	103
Dirección y control del contrato	103
Ius Variandi.....	104
Interpretación del Contrato	105
Extinción Unilateral.....	105
VII. Derechos del contratista	106
Principio de Riesgo y Ventura	106
Inflación, Teoría de la Imprevisión y cláusulas de valor	110
Inaplicabilidad de la excepción non adimpleti contractus.....	110
VIII. Conclusiones.....	111
IX. Bibliografía	112

I.- INTRODUCCIÓN

Toda actividad de la Administración propende a la satisfacción de los intereses de la colectividad. El cumplimiento de este objetivo puede llevarla a requerir a los administrados la realización de actividades personales o la entrega de bienes patrimoniales. Tales prestaciones de los particulares, en ocasiones, cuando tienen carácter obligatorio, se encuentran configuradas constitucional y legalmente como deberes públicos, de manera que el Estado puede imponer su cumplimiento en forma coactiva. Otras veces, el Estado carece de ese poder coactivo, bien porque el sujeto llamado a colaborar es otro ente estatal o porque tratándose de un particular, no existe el deber de soportar las prestaciones pretendidas por la Administración. En ambos casos, la colaboración se debe obtener en forma voluntaria y la Administración puede acudir a la figura del contrato. El contrato se convierte así en instrumento para la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre dos entes estatales, o entre el Estado y los particulares.

El contrato administrativo se caracteriza, precisamente porque la actividad de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público. Por ello el contrato administrativo puede definirse como aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones, central y descentralizada, territorial o funcionalmente con otro sujeto de derecho público o privado para satisfacer una finalidad pública y gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación, licitación, concurso, subasta como en su ejecución, cláusulas exorbitantes y revisión, jurisdicción contencioso administrativa.

Precisamente, las cláusulas exorbitantes, instrumentadas como prerrogativas, se presentan como una potestad, como un privilegio de la Administración sobre sus

cocontratantes. Estas prerrogativas se dan en todas las etapas de la contratación, en la fase de preparación u otorgamiento o en la fase de ejecución donde se dan la mayoría. El privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria y el *ius Variandi* son las prerrogativas por excelencia de la Administración y sus alcances son extendidos a todas sus necesidades, tales como el poder de dirección, inspección y control, el poder de interpretación unilateral y un régimen amplio de sanciones. Pero como todo privilegio, también tiene sus límites, como el equilibrio de la ecuación financiera, constituyendo ese régimen extraordinario o exorbitante del derecho común, junto con una serie de derechos del cocontratante que le brindan una gama de garantías que le asistirían en la contratación con otro particular, garantías que no son precisamente el objeto de este estudio.

LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

II. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

1.- GENERALIDADES

Es importante destacar ante todo, la relevancia de los contratos de la administración y su incidencia en la sociedad en general. Mucho se ha hablado sobre la capacidad de la Administración Pública para contratar, pero ya no nos caben dudas de la misma. Al respecto hubo quienes sostenían lo contrario, por lo cual surgen con gran importancia para el análisis, las teorías positivas y negativas.

TEORÍAS NEGATIVAS

La doctrina Alemana, llevada adelante por Otto Mayer, sostiene que no existen actos bilaterales de la Administración Pública, o sea que los actos que de ella emanan son unilaterales. La relación entre administración y particulares se daría con actos unilaterales que son aceptados por los

particulares, lo que no configuraría un contrato, ya que no existe un plano de igualdad entre las partes.

TEORÍAS POSITIVAS

Sostienen la existencia de un contrato de sustancia diferente al contrato de Derecho Privado.

RELACION DE SUBORDINACIÓN

En los contratos administrativo el ente público goza de privilegios y potestades aceptadas voluntariamente por el cocontratante particular. Es de gran importancia destacar que existe una clara diferencia entre el espectro de los contratos privados y el de los públicos. El campo de los contratos privados se caracteriza por ser el campo de las relaciones de coordinación, y el campo de los contratos públicos se caracteriza por ser el campo de las relaciones de subordinación.

CONCEPTO

No es fácil llegar a un concepto claro y único de los contratos administrativos, pero de la doctrina y fallos jurisprudenciales podemos extraer el siguiente: "Los contratos administrativos son una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público y que llevan insertas cláusulas exorbitantes del derecho privado". Son cláusulas exorbitantes las que otorgan a la Administración derechos sobre su cocontratante que serían nulos o ilícitos dentro del derecho privado. También lo son las que otorgan al cocontratante particular poderes sobre otros terceros.

2.- LA DOCTRINA

La doctrina en su mayoría acepta la existencia de los contratos administrativos como categoría contractual distinta de los convenios de derecho común.

En ese sentido, Farías Mata, señala que los rasgos característicos del régimen de los contratos administrativos aparecen fundamentalmente concretados, en dos direcciones: «de una parte, el atentado que dicho régimen supone contra los principios básicos de la técnica contractual del derecho privado, el de la «libertad contractual» y el de la «igualdad de las partes», el último tan tradicional como el primero, pero que la mentalidad jusprivatista juzgó con criterio menos dogmático, una vez que fue puesto en crisis por la innegable realidad (que los llamados contratos de adhesión pusieron en evidencia) de las profundas diferencias existentes entre los contratistas, desigualdad que en la práctica somete a uno de ellos a la voluntad del otro. Esto de una parte, y de la otra -simultánea y hasta, en principio, paradójicamente- la fidelidad que el contrato administrativo guarda, sin embargo, hacia los principios de derecho privado, reflejada, sobre todo, en la salvaguarda de los derechos y ventajas (especialmente económicas) que en el contrato se establece a favor del particular cocontratante.¹

Para HILDEGARD Rondón de Sansó la noción de contrato administrativo comprende ciertos negocios jurídicos bilaterales que poseen las siguientes características:

- a. Que son celebrados por una Administración Pública, esto es, aquellos en los cuales por lo menos una de las partes sea una Administración Pública;

¹ Farías Mata, Luis H., La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas, en Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas. Págs. 935-971.

- b. El objeto es la prestación directa de un servicio público;
- c. Los contratos administrativos, por estar vinculados a la prestación de un servicio público, incluyen cláusulas exorbitantes, esto es, cláusulas que exceden de las facultades de contratación de los particulares.²

Armando Rodríguez, por su parte, considera que los contratos administrativos revisten cualidades o condiciones especiales o excepcionales y por ello constituyen una categoría jurídica específica y singular, exorbitante de la cualidad genérica de contrato, propio del Derecho Civil, y en la cual entrarían las otras fórmulas de contratación empleadas por la Administración. Sin embargo, en opinión del autor, la nota propia del contrato administrativo no es la noción de servicio público, sino el «conjunto de prerrogativas que en su contenido ofrecen a la Administración, a los efectos de su manejo general, y en especial en cuanto a la ejecución de su objeto».³

La noción de contrato administrativo que puede deducirse de la legislación y jurisprudencia costarricense se encuentra en un todo de conformidad con la definición elaborada por la doctrina argentina –Marienhoff–, conforme a la cual el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, y otro órgano administrativo o un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. A pesar de ello, existe un sector de la doctrina –Pérez Luciani y Melich Orsini– que niega la existencia de los contratos administrativos.⁴

3. LA LEGISLACIÓN

En el ámbito de la legislación, cabe decir que nuestro ordenamiento jurídico regula

y define de modo uniforme la contratación administrativa, según Ley N° 7494 del 2 de mayo de 1995, cual deriva de los principios residenciados en el numeral 182 de la Carta Magna. Con respecto a las prerrogativas de la Administración, éstas se encuentran en el Capítulo III de dicha ley.

4.- LA JURISPRUDENCIA

La Sala Constitucional ha considerado al Contrato Administrativo como una especie diferente al contrato civil, ello según su sentencia 6432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998. Veamos: “...Antes de abordar el examen de la figura jurídica de los reajustes de precios, resulta imprescindible destacar algunos rasgos característicos de la contratación administrativa, a los efectos de ubicar correctamente el tema de la acción, para lo cual se debe acudir a la doctrina del Derecho administrativo, de cuyo estudio resulta: primero, que es conclusión generalizada tratar la figura del contrato administrativo como distinto del contrato civil, regulado por algunas instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes; su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado –tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio, como a la realización de una obra–, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; segundo, que es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.), llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público; tercero, del concepto mismo de contrato se deriva la idea

² Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994. P. 87-88.

³ Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994. P. 87-88.

⁴ La Responsabilidad Contractual de la Administración, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. Pp. 225-247.

de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); cuarto, la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas por dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden especial de origen constitucional (principios de la Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes; quinto, el contrato está sujeto a riesgos y a la aparición de circunstancias no tomadas en cuenta por las partes al momento de su formalización, que afectan, desde luego, el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo; sexto, es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades.

Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias

decisiones; cuando las modificaciones en la ejecución contractual surgen de los llamados riesgos comerciales, principalmente por los errores cometidos por el contratista al formular su propuesta, esa conducta no da origen a ninguna indemnización, salvo que haya sido inducido al error por la contraparte, como por ejemplo lo serían la equivocada información suministrada en los documentos del pliego de condiciones (cartel) o un error en el diseño en la obra a construir; y por último, cuando las modificaciones son externas a la voluntad de las partes, como por ejemplo por alteraciones de las condiciones económicas, que signifiquen incrementos de los precios y del costo de la mano de obra, y en términos generales a incrementos en los precios que incidan en los costos que integran el valor de la oferta propuesta, debe la Administración asumir el mayor costo; sétimo, el contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias...”

III. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.- DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Según la jurisprudencia citada, los elementos que distinguen a los contratos administrativos de los contratos de derecho privado celebrados por la Administración, son los siguientes

Una de las partes contratantes es una persona jurídica estatal;

Su objeto está relacionado con la consecución del fin de interés público que se persigue;

Contiene cláusulas exorbitantes que le otorgan potestades a la Administración contratante que rebasan el régimen propio de los contratos que se rigen por el derecho privado (i.e. cláusulas exorbitantes).

Debe existir un equilibrio de los intereses contrapuestos, dimensionado por la justicia conmutativa,

El contrato debe estar respaldado con la existencia de fondos suficientes.

Contrato sujeto a riesgos inesperados no tomados en cuenta al momento de la formalización,

Potestad para examinar las alteraciones contractuales en orden de indemnizar al perjudicado

Proyección de beneficio del con-tratante debidamente asegurado por razones sobrevinientes o imprevisibles.

2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al igual que los contratos civiles y comerciales los elementos fundamentales son: sujeto, consentimiento, objeto, causa, forma y finalidad. Estos elementos se presentan con algunas particularidades.

SUJETO: En el Contrato Administrativo siempre una de las partes es un ente público.

CONSENTIMIENTO: Es éste un elemento esencial sin el cual no existe el contrato.

OBJETO: El objeto es la prestación, que podrá consistir en una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

CAUSA: En el caso particular de los contratos administrativos, la causa esta constituida por

la satisfacción de una necesidad colectiva muy concreta.

FORMA: La forma de los contratos administrativos, será determinada por la Ley para cada caso concreto.

FINALIDAD: Es el interés público.

3.- CARACTERES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

FORMALISMO.- La administración no es libre para contratar porque no tiene la libertad de elegir con quien contrata, ni de que forma contrata, todo ello le viene impuesto por la norma legal que habilitó su facultad de celebrar el acto. La norma legal le define el procedimiento mediante el cual deberá determinar con quien contratar, también le definirá con total claridad que forma deberá adoptar la celebración del acto y con que finalidad se realiza.

DESIGUALDAD JURÍDICA.- Es clara la existencia de una desigualdad jurídica en los contratos administrativos. Esa desigualdad se manifiesta en:

IUS VARIANDI: Es la facultad que tiene la administración de variar o modificar el objeto de la prestación del contrato en forma unilateral.

EJECUCIÓN FORZADA: Es la facultad del ente público de hacer ejecutar el contrato por un tercero o hacerlo el mismo en cualquier momento.

RESCISIÓN UNILATERAL: Se puede fundar en un incumplimiento del cocon-tratante o bien en interés público.

IV.-CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La presencia de cláusulas exorbitantes en el contrato es otro de los criterios que se han invocado en la jurisprudencia para

distinguir los contratos administrativos y los de derecho común. Esta figura tiene su origen en Francia donde se las define como estipulaciones «cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales» o «cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho civil»⁵. En Costa Rica, las cláusulas exorbitantes han sido definidas por la jurisprudencia como potestades de la Administración. En este sentido se pronuncia el voto de la Sala Constitucional N° 530-96 de las 14:02 horas del 28 de noviembre de 1996: «...Efectivamente, en razón de que una de las partes es precisamente la Administración, la contratación administrativa se rige por principios diferentes de los que regulan la contratación civil. Así tales contratos son preparados en forma unilateral por la Administración, y el concesionario, si tiene ventajas, no las discute, solo las acepta; el contrato debe interpretarse en el sentido del interés general y no del particular o del contratante, y por último y lo más importante, la Administración tiene poderes especiales en la ejecución de los contratos administrativos que dimanen de sus prerrogativas como tal. De esta manera, la Administración tiene un privilegio especial, la decisión unilateral – ejecutiva y previa- en mérito de la cual puede intervenir en la ejecución del contrato. Tal intervención comporta la existencia de determinados poderes, los cuales habrán de aplicarse a la ejecución del contrato. Estos se refieren al control y dirección del contrato administrativo, luego, a las sanciones que pueden imponerse por la vía de la ejecución defectuosa del mismo y por último, a las modificaciones impuestas por el cambio de circunstancias...”

De lo señalado, podemos entender que las cláusulas exorbitantes son aquellas

que constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración en cuanto ella ejerce su capacidad para actuar en el campo del Derecho Público, para la satisfacción del interés público, se trata de cláusulas que insertas en un contrato de derecho común, resultarían inusuales o ilícitas por contrariar la libertad contractual.

1.- SIGNIFICACIÓN Y CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Dentro de los criterios utilizados para conceptualizar el contrato administrativo y distinguirlo de los contratos de derecho privado que celebra la Administración se encuentra en la Teoría de las Cláusulas Exorbitantes que como su nombre lo indica, alude a las estipulaciones creadoras de privilegios de la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes en la contratación, de tal naturaleza que de figurar en un contrato de derecho privado estarían afectadas de nulidad e incluso incidirían en el mismo sentido sobre la totalidad del contrato. El motivo por el cual se incluyen y justifican dichas cláusulas radica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual específica para así tutelar mejor los intereses públicos que le han sido asignados.

Ahora bien, debe aclararse que no siempre las cláusulas exorbitantes del derecho común se traducen en beneficios para la Administración, pues las mismas podrían estar reconocidas a favor del particular contratante, si ello es requerido para la satisfacción del objeto del contrato. Sin embargo, por lo general, las cláusulas exorbitantes contienen ventajas a favor de la Administración. La doctrina y jurisprudencia han considerado como cláusulas exorbitantes típicas de los contratos administrativos, las siguientes prerrogativas que se otorgan a la Administración Pública: El poder de revocación unilateral por motivos

5 Sentencias del Consejo de Estado Francés del 20 de octubre de 1950. Arret Stein y 19 de junio de 1952 Arret Société des Combustibles et Carburants nationaux. Apud. Vedel George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 191.

de orden público; La potestad de rescisión unilateral sin intervención del órgano judicial, fundada en el poder disciplinario que la Administración ejerce; el *ius variandi* o derecho de la Administración a modificar unilateralmente el contrato; y el poder de interpretar unilateralmente el sentido y alcance de las cláusulas del contrato.

2.-PREEMINENCIA DE LA NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES COMO ELEMENTO IDENTIFICADOR DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La teoría de las cláusulas exorbitantes es inexacta e insuficiente. Somos de la opinión que este elemento más que causa debe considerarse efecto de la condición administrativa del contrato, en primer término, por su naturaleza extracontractual y segundo, la existencia de tales cláusulas lo que hace es revelar que el contrato se ha celebrado con criterio de interés público.

Decimos que es inexacta porque dichas cláusulas no son la causa, sino el efecto de que un contrato sea administrativo. Ciertamente, los contratos celebrados por la Administración Pública, que contienen cláusulas exorbitantes del derecho común, no se vuelven administrativos por ese hecho. Al contrario, la existencia de tales cláusulas lo que hace es revelar o poner en evidencia que el contrato se ha celebrado con criterio de interés público y que, por lo tanto, se trata de un contrato administrativo. En otras palabras, el contrato es administrativo porque tiene por objeto una prestación de servicio público o de utilidad pública y las cláusulas exorbitantes sólo ponen de manifiesto tal circunstancia.

Así lo ha advertido reiteradamente la Sala Constitucional, en sus votos N° 998-98 a las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho y N° 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres: “El procedimiento de licitación

pública a que ese artículo se refiere -artículo 182 constitucional-, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino además, en relación con el de los administrados. En términos generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. [...] Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un «procedimiento de garantía» para el interés público.”

Estas sentencias no hacen otra cosa que revelar con su existencia la noción siempre presente en el contrato administrativo del interés general o colectivo que el servicio público entraña. Si bien importantes para identificar al contrato administrativo, ausente éste de cláusulas exorbitantes, recobra la noción de interés público.

De la característica anterior surge también la insuficiencia de las cláusulas exorbitantes como elemento discriminador entre contratos administrativos y de derecho privado. En efecto, es principio admitido doctrinaria y jurisprudencialmente que los contratos en los cuales no aparece incorporada en forma expresa ninguna cláusula exorbitante, adquieren carácter administrativo cuando su objeto se relaciona con un servicio público.

Respecto de estas convenciones, rigen igualmente las potestades unilaterales de dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual, facultades éstas que detenta la Administración como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa, por lo que no requieren estar previstas en el texto del contrato. Esta es la posición asumida por nuestra jurisprudencia en la que, a diferencia del derecho Francés, se evidencia la preeminencia de la noción de

servicio público como criterio determinante para calificar un contrato como administrativo. Así, en el voto 998-98, de cita, se dijo: "...toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades, o tipos contractuales que la administración utilice para lograr su fin, sea la satisfacción del interés público..."

De esta manera, la presencia de las cláusulas exorbitantes; en un contrato celebrado por la Administración Pública solo evidencia la existencia de un contrato administrativo, éstas no hacen más que revelar la noción de interés general o colectivo que el servicio público tiene y, por tanto, la ausencia de éstas en una negociación pública no significa que el contrato no sea administrativo, en virtud que la especialidad de éstos contratos radica en el objeto, que es precisamente la prestación de un servicio público, y por ende, el interés general que envuelven.

En nuestro entorno, la Contraloría General de la República, en reiterada jurisprudencia administrativa ha establecido como conclusiones de la potestad modificadora contractual que tiene la Administración de la siguiente manera: "... Después de realizar el análisis de la normativa que da origen y regula actualmente el derecho de modificación unilateral, arribamos a las siguientes conclusiones:

- 1.- El derecho de modificación unilateral de los contratos administrativos, es una de las facultades que tiene el Estado sobre los particulares con los que contrata, basada en el principio constitucional de mutabilidad de los contratos administrativos, y que solo es aplicable en la fase de ejecución de un contrato.
- 2.- El ejercicio de esta potestad, recae dentro de la esfera de decisión de la Administración interesada.
- 3.- Para el ejercicio de este derecho, la Administración Pública debe demostrar que existen circunstancias de interés público que ameritan la modificación.
- 4.- Únicamente se puede modificar un contrato administrativo cuando la causa que la motiva es de naturaleza imprevisible.
- 5.- La modificación se puede dar tanto en forma cualitativa (variación del objeto del contrato), como cuantitativa (aumento o disminución del objeto pactado originalmente).
- 6.- La variación del objeto del contrato queda supeditada al cumplimiento de tres requisitos por parte de la Administración: a) que la variación al objeto no sea sustancial; b) que no se modifique el precio pactado; y c) que exista un evidente beneficio para la Administración.
- 7.- En cuanto al aumento o disminución de la prestación objeto del contrato, la Administración se ve limitada en la aplicación de este derecho, en que no puede aumentar o disminuir más del 50% de las cantidades y el monto originalmente pactado.
- 8.- Ligado al punto anterior, en ningún caso se permite que, el monto del contrato original, más la suma de la modificación efectuada, sobrepase el límite económico establecido para el tipo de procedimiento que se llevó a cabo.
- 9.- Esta Contraloría General de la República no tiene competencia para autorizar, en ningún caso, modificaciones que no excedan los límites previstos legal y jurisprudencialmente.
- 10.- Por ser un derecho atinente a todos los contratos administrativos, el derecho de modificación unilateral es aplicable a las contrataciones que se tramiten mediante el procedimiento de contratación directa, independientemente del supuesto de excepción en el que se haya fundamentado la Administración.
- 11.- El ejercicio de esta facultad, por parte del Estado, puede perjudicar al contratista. Sin embargo, con fundamento en los principios

constitucionales de equilibrio de intereses e intangibilidad patrimonial, el perjudicado puede solicitar una indemnización.

- 12.-El derecho de modificación unilateral es diferente a lo establecido en el artículo 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, disposición que permite a la Administración Pública que, basada en un contrato anterior recién ejecutado, pueda realizar un nuevo contrato que le permita adquirir servicios o suministros adicionales de igual naturaleza.

La gran diferencia entre los dos supuestos mencionados en el punto anterior, se refiere a que en el caso del derecho de modificación, la Administración no requiere de la voluntad del contratista para poder ejercerlo, mientras que para aplicar la facultad del 14.5 citado, requiere de la “aquiescencia” del contratista...”.DGCA-1086-99, del 10 de setiembre de 1999.

V.-FORMACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Un índice revelador de que el contrato es de naturaleza administrativa es que su formación se realice a través de un procedimiento administrativo. Así entonces la voluntad administrativa se expresa a través de un acto administrativo. En efecto, en la mayoría de los contratos administrativos el legislador impone a la Administración la obligación de cumplir un procedimiento administrativo -licitación pública, subasta, concurso- para seleccionar al contratista.

VI.-EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De los variados aspectos de la contratación administrativa, es la ejecución del contrato donde más claramente queda puesta en evidencia la «violación de algunos de los

principios de derecho privado» a que alude la jurisprudencia, toda vez que para asegurar la vigencia y cumplimiento del contrato administrativo, así como para satisfacer el propósito de servicio público que le dio origen, se reconoce que la Administración goza de una serie de derechos y prerrogativas.

De este modo se admite que la Administración contratante goza de facultad para:

- controlar y dirigir el contrato;
- introducir modificaciones unilaterales al contrato (*ius variandi*);
- interpretar unilateralmente las cláusulas del mismo; y
- extinguirlo anticipadamente.

Tales poderes constituyen «cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas»⁶ y, por tanto, se entienden incorporadas –tácitamente– en todos los contratos administrativos.

1. DIRECCIÓN Y CONTROL DEL CONTRATO

La prerrogativa de la Administración de dirigir y controlar el exacto y fiel cumplimiento del contrato se traduce en la posibilidad de dictar instrucciones, órdenes y sanciones en la ejecución del contrato y encuentra su justificación, en palabras de García de Enterría y Fernández, en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades que son de su competencia [...]. A la Administración contratista interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias o demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general.⁷

⁶ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983. Págs. 80-81.

⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Edición. Civitas. Madrid, 2000. Págs. 691-692.

Por lo general, las potestades de dirección y control del contrato administrativo se aprecian con facilidad en los contratos de concesión de servicios públicos, en los cuales la Administración concedente mantiene la competencia para organizar el servicio, supervisar la gestión del concesionario, e intervenir la concesión en caso de prestación deficiente. El ente concedente podrá disponer en todo momento las medidas de inspección, vigilancia y control necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y en particular, para verificar el adecuado desempeño del concesionario y comprobar la conformidad existente entre el proyecto o la obra ejecutados y las condiciones de calidad y demás especificaciones técnicas fijadas en el pliego de condiciones, en el contrato, y en su caso, las que se desprendan de las instrucciones emanadas del ente concedente. Este aspecto se encuentra regulado en el numeral 13 de la Ley de Contratación Administrativa, al disponer que la Administración tiene el poder fiscalizador sobre todo el proceso de ejecución.

2. IUS VARIANDI

En los contratos de derecho privado rige el principio de intangibilidad, de manera que ninguna de las partes puede incorporar unilateralmente modificaciones a lo convenido. En los contratos administrativos, en cambio, se reconoce que la Administración puede modificar las condiciones pactadas, para la mejor y más eficiente satisfacción de las necesidades públicas. La facultad de modificación unilateral del contrato ha sido reconocida también en el ámbito legislativo. Lo anterior no significa, sin embargo, que dicha potestad sólo pueda ser utilizada respecto de los contratos de concesiones y de obra pública. Por el contrario, el poder de modificar unilateralmente el contrato es una potestad natural a todo contrato administrativo, de manera que no hace falta que exista una disposición legal ni contractual expresa que la contemple, dado que la Administración Pública en general puede alterar los contratos administrativos

cuando ello convenga a la satisfacción del interés público. Veamos al respecto lo que señala el voto N° 998-98: "...la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar..."

LÍMITES DEL IUS VARIANDI

Ahora bien, debe tenerse presente que esta potestad exorbitante de la Administración está sometida a ciertos límites: en primer lugar, la Administración está obligada a conservar la naturaleza del contrato celebrado; en segundo término, la modificación debe estar dirigida a satisfacer los intereses y necesidades públicas; en tercer lugar, la modificación debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento; y, finalmente, debe destacarse que si las modificaciones incorporadas por la Administración al contrato originan un trastorno en la ecuación económico-financiera del cocontratante, éste tiene derecho a ser indemnizado.

Al respecto nuestra jurisprudencia constitucional ha señalado que: "...la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato..." Voto N° 998-98.

3.- INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La Administración Pública tiene la facultad de interpretar, mediante actos unilaterales y ejecutorios, los contratos administrativos por ella celebrados.

Este poder de interpretación unilateral encuentra justificación en el principio de continuidad de la prestación del servicio, pues debe en todo momento quedar garantizada la ejecución del contrato, evitándose la posibilidad de su paralización por posibles diferencias entre las partes en cuanto al sentido o alcance de algunas de sus cláusulas. Ahora bien, esta facultad debe ser ejercida, como toda potestad, en el marco de la legalidad que limita y presupuesta el ejercicio del Poder Público. Los actos de interpretación de los contratos administrativos constituyen decisiones ejecutivas; (actos administrativos) de la Administración, es por ello que este acto de interpretación debe estar precedido de un procedimiento administrativo en el que el particular pueda expresar su criterio acerca de la interpretación de la cláusula, a modo de que la Administración en su decisión lo tenga presente. Y es que el principio de legalidad que sujeta a la Administración en cuanto a la emisión de esa actividad de naturaleza administrativa y unilateral, rige, en el derecho administrativo contemporáneo, también respecto del procedimiento administrativo previo.

La facultad de interpretación unilateral en materia de contratos administrativos encuentra igualmente justificación en la naturaleza longi temporis; que a los principales tipos de ellos usualmente caracteriza (vg. contrato de concesión). En efecto, la facultad de interpretación en estas contrataciones destinadas a regir largos períodos de tiempo constituye mecanismo de fácil adaptación a los cambios de la realidad económica y social cuya satisfacción se persigue.

4.- EXTINCIÓN UNILATERAL

La privilegiada situación de la Administración le otorga también facultades para extinguir unilateralmente el contrato administrativo, dotando de efecto ejecutorio su decisión. Por ello, además de los supuestos de terminación normal, el contrato administrativo puede terminarse anticipadamente cuando la Administración contratante hace uso de esta potestad. La extinción unilateral del contrato administrativo puede estar fundamentada en diversas causas, a saber: razones de mérito, oportunidad y conveniencia; nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad e incumplimiento del contratista.

1.- El rescate, que tiene lugar cuando la Administración invoca razones de mérito, oportunidad y conveniencia para dar por terminado el contrato administrativo, ya sea para asumir la prestación del servicio en forma directa, o para poner final al servicio por estimar que de éste no se desprende beneficio alguno para la colectividad.

Como quiera que la extinción del contrato por esta vía constituye una facultad discrecional, desvinculada de la conducta del contratista o de vicios en la contratación, su ejercicio supone la íntegra indemnización del lucro dejado de percibir por el cocontratante. La indemnización se impone, entonces, como garantía de la inviolabilidad de la propiedad; y en cuanto a su extensión, hay que establecer que debe ser integral y comprender, en consecuencia, tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁸

2.- La revocación por razones de ilegalidad es el supuesto de extinción unilateral que ocurre cuando la Administración reconoce la ilegalidad del contrato administrativo. La Administración puede extinguir unilateralmente el contrato cuando los actos administrativos que contienen la voluntad de contratar se

⁸ Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1979. Pág. 451.

encuentran afectados de nulidad. En ese supuesto, como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que contiene la declaración de voluntad de la Administración, se produce la extinción del contrato mismo, pues deja de existir uno de los elementos necesarios para su validez. Siendo que en esta materia se aplican las mismas reglas que regulan la revisión oficiosa de los actos administrativos y habida cuenta de que el contrato genera derechos subjetivos para el cocontratante, preciso es concluir que su ilegalidad sólo puede declararse, en sede administrativa, cuando el vicio que afecte la contratación sea de nulidad absoluta.

3.- La caducidad o rescisión unilateral puede definirse de manera general como la decisión de terminar anticipadamente el contrato administrativo, adoptada por la Administración contratante en forma unilateral con efectos ejecutorios, y que se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el cocontratante.

La rescisión unilateral o caducidad tiene un carácter sancionatorio, pues supone una inobservancia grave y sistemática de las obligaciones del cocontratante. La jurisprudencia ha establecido, con base en el principio del paralelismo de las formas, que la declaratoria de rescisión de un contrato administrativo debe ser adoptada por el mismo órgano y con las mismas formalidades que se han cumplido para otorgar el contrato y dotarlo de plenos efectos.

Ahora bien, antes de declarar la rescisión o caducidad del contrato administrativo es necesario iniciar y tramitar un procedimiento administrativo en el que se recojan los elementos de juicio que van a servir de fundamento a la decisión, se califique la gravedad de la falta del concesionario y, finalmente, en caso de estimarse que se trata de un incumplimiento que amerite la rescisión del contrato, se imponga la sanción correspondiente. La ausencia total y absoluta

de procedimiento sería lesivo del derecho a la defensa, pues al dictarse el acto sin sustanciación se impediría su ejercicio .

VI.- DERECHOS DEL CONTRATISTA

1.- PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA

En toda contratación rige el llamado principio de riesgo y ventura, conforme al cual el contratista tiene la obligación de soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la obra hasta tanto ésta no sea entregada a la Administración. Sin embargo, este principio, en materia de contratos administrativos por virtud del principio del equilibrio económico, está sujeto a límites precisos. En ese sentido, son dos los límites impuestos a esta teoría: la fuerza mayor, caso fortuito y la revisión de precios.

1.- Así, en caso de fuerza mayor la Administración no podrá invocar en su favor la teoría del riesgo y ventura y nace el derecho del contratista a ser indemnizado a fin de favorecer la ejecución de las obras, los intereses de la Colectividad.

2.- Es necesario precisar que esta teoría sólo tiene plena aplicación en aquellos supuestos en los que la otra parte cumpla con lo contractualmente pactado y no puede ser invocada en aquellos casos en los que la onerosidad contractual deriva de una conducta o incumplimiento culposos de la parte. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes; Hecho del Príncipe, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor) es compensada con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado.

El principio de preservación del equilibrio económico financiero ha sido consagrado jurisprudencialmente como principio cons-

titucional, derivado del artículo 182 de la Carta Magna. La máxima de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado, es un principio general y, por tanto, aplicable también a los contratos administrativos. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la Administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Y una de las formas de lograrlo es, precisamente, protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: de una parte, se afirma la existencia a favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, y de otra, se reconoce al contratista el respeto del equilibrio económico-financiero del contrato. Estas dos ideas son principios de la contratación administrativa, en consecuencia, no es necesaria su consagración a texto expreso. Cuando el beneficio que concierne al contratista, sea por causas imputables a la Administración Pública o por causas que no conciernen a ésta, sobrevivientes e imprevisibles en el momento de contratar, y que reúnan determinadas características-sufre un menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean atenuados, esto es lo que se denomina derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o restablecimiento de la ecuación financiera.

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un cúmulo de obligaciones de éste, consideradas equivalentes y equitativas. Mantener el equilibrio económico financiero del contrato es obligación que tiene la Administración, por cuanto a ella le está asignada la responsabilidad de garantizar el interés público y es lo cierto

que si se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato se pone en peligro su eficiente y continua prestación.

El fundamento jurídico de este derecho reconocido al contratista de la Administración en materia de contratos administrativos se encuentra en los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol que en ella tiene aquél al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, de allí que resulte justo que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la Administración Pública.

El equilibrio económico-financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

- 1.- Las imputables a la Administración, en cuanto ésta no cumpla con las obligaciones específicas o haga uso del *ius variandi*;
- 2.- Por causa imputable al Estado, inclusive, obviamente, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma persona que intervino en la celebración de contrato; y
- 3.- Por trastornos de la economía en general del contrato, debido a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

El primer supuesto se refiere a las causas imputables a la Administración: incumplimiento y *ius variandi*; el segundo, concierne al Hecho del Príncipe y el último atañe a la Teoría de la Imprevisión

1.- Por causas imputables a la Administración Pública. Incumplimiento y el *ius variandi*

La doctrina ha sido unánime en reconocer que cuando la Administración Pública no cumple

con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico financiero del mismo, se produce un supuesto de responsabilidad contractual del Estado, en razón del principio de la intangibilidad patrimonial del contratista, sin embargo, en materia de contratos administrativos es necesario que el incumplimiento de la Administración sea grave.

Por lo que se refiere a *ius variandi*, es decir, el poder de la Administración de modificar unilateralmente el contrato, si la modificación del contrato por parte de la Administración altera la ecuación económica del mismo traerá aparejada para el contratante una indemnización.

2.- El Hecho del Príncipe

En sentido general y amplio la expresión. Hecho del Príncipe, designa toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado la afectación de cualquier manera de las condiciones jurídicas o solamente las condiciones de hecho en las cuales el contratante de la Administración pública ejecute su contrato.

En primer lugar ese amplio concepto debe precisarse, sobre todo por lo que se refiere a qué debe entenderse por poder o autoridad pública. En ese sentido, parte importante de la doctrina estima que el hecho príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que puede imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato, Vedel, Rivero, Labaudere, Diez. Posición contraria es la sostenida por Marienhoff para quien la responsabilidad estatal por el Hecho del Príncipe puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano del Estado con la sola limitación de que pertenezca a un mismo orden jurídico al de la autoridad que celebró el contrato. Pensamos que ningún principio de derecho se opone a ello; más aún, los fundamentos que soportan la Teoría del Hecho del Príncipe no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad

pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal. Así, tratándose de un contrato celebrado por la República o cualquiera de sus entes, la medida lesiva puede emanar de cualquier órgano dependiente de ella misma; lo mismo puede decirse respecto de los distintos órganos que existen en el Poder Estatal y en el Municipal. Reconocemos, sin embargo, que el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerado por una disposición emitida por una autoridad perteneciente a un orden jurídico distinto. Así un contrato celebrado por la Administración Central puede verse afectado por una decisión proveniente de la autoridad municipal. En tales supuestos, cuando el respectivo contrato resulta afectado o vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad central que lo celebró, es decir, de un ámbito territorial distinto, sería aplicable la Teoría de la Imprevisión, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato.

Tal distinción es en extremo importante, pues la responsabilidad del Estado por hecho del príncipe permite que el cocontratante pueda requerir una reparación integral. Precisaremos posteriormente que en la Teoría de la Imprevisión la reparación que recibe el cocontratante no es integral y no es imputable específicamente al Estado.

Asimismo conviene observar que el agravio al derecho del cocontratante puede resultar de una medida o actitud estatal negativa, ello ha permitido que un sector de la doctrina hable del Hecho del Príncipe negativo.

3.- Teoría de la Imprevisión

La Teoría de la Imprevisión es una creación de la jurisprudencia del Consejo del Estado Francés y la sintetiza JEZE de la siguiente manera: Si a pesar de las circunstancias excepcionales, imprevisibles o independientes de la voluntad de las partes, que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace

lo posible para proseguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a exigir, de la Administración, cierta participación en las pérdidas de la explotación.

De manera que podemos señalar que la Teoría de la Imprevisión; o riesgo imprevisible o lesión sobreviviente es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato- pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Obviamente, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante. Dentro de la rúbrica genérica de la Teoría de la Imprevisión; la doctrina francesa incluye, de una parte, aquellos supuestos en que la ejecución de un contrato de obra pública ofrece ciertas dificultades materiales que no pueden preverse en el momento de su conclusión y, de la otra, los supuestos en que un cambio general de las circunstancias de orden económico altera a tal punto las bases del contrato que determina la procedencia de una indemnización a favor del contratista.

En relación con el primero de los supuestos sólo es aplicable, desde luego, cuando las dificultades materiales de ejecución del contrato presenten un carácter anormal, y es incluso invocable por el contratista frente a una determinación expresa en contra de las cláusulas contractuales. La segunda, como lo explica muy bien el fallo del Consejo de Estado Francés, vino impuesta por una realidad que siguió a las dos últimas guerras mundiales, que convirtió algunos contratos a largo plazo celebrados con la Administración en extraordinariamente onerosos para el contratista: la solución de equidad que arbitró la jurisprudencia, fue la de, admitiendo la obligación del contratista de seguir prestando

el servicio, decretar que el déficit de la explotación se repartiera entre la administración y aquél.

Los dos supuestos a que hemos hecho referencia anteriormente nos obligan a diferenciar entre las dificultades materiales imprevistas e imprevisión en strictu sensu. Las dificultades materiales imprevistas cuya ocurrencia es particularmente tangible en los contratos de obra, se explica en que en la ejecución de los contratos puede acontecer un evento de la naturaleza totalmente imprevisible e imprevisto que la dificulte en forma extraordinaria haciéndola muy onerosa. Producida la dificultad material imprevista, el cocontratante tiene derecho a ser indemnizado mediante el pago de la mayor onerosidad resultante en la ejecución, es decir, a un precio distinto del acordado en el contrato, conforme a las erogaciones realmente hechas para superar el obstáculo.

Esta indemnización encuentra soporte en que la realización de la obra o de la provisión a un costo mayor del previsto en el contrato sólo puede aceptarse a cargo del Estado que se beneficia por el cumplimiento del cocontratante de la prestación pactada, previo el pago de una indemnización, lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa.

Tenemos presente que la teoría de la fuerza mayor también se refiere a los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor o el caso fortuito, la rescisión del contrato libera al cocontratante de toda responsabilidad por incumplimiento del plazo. Se trata entonces de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato, en tanto que la circunstancia material imprevista sólo lo hace más oneroso, sin que esté vedada su ejecución.

Es el interés público como señala ESCOLA, el que da basamento jurídico a la Teoría de la Imprevisión. El contrato administrativo persigue un fin de interés público y el

cocontratante particular llega a él en busca de un interés propio, privado, pero se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la Administración Pública en el logro de aquel fin. Ese colaborador ha aceptado la relación contractual teniendo en cuenta una relación económico-financiera- tangible en el momento en que se inicia la relación contractual y si ella llegase a quebrantarse, creándose un desequilibrio, no sería justo que el cocontratante cargara con sus efectos, cuando él está colaborando con el logro de un fin de interés general. En este caso la Administración debe concurrir en su ayuda, para restablecer el alea normal del contrato, tanto más cuanto que el cocontratante ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica.

La Teoría de la Imprevisión, como se ha expuesto, no se traduce en una compensación completa, integral, sino la que sea necesaria otorgar para asegurar la ejecución del contrato; sin embargo, estimamos que debe producirse una evolución hacia la indemnización integral, desde que la satisfacción del interés público que el contrato administrativo persigue es competencia obligación de la Administración contratante y ella debe soportar las cargas que tal satisfacción involucra. Traspasar el soporte de las mismas, en cualquier medida al cocontratante implica una ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas.

2.- INFLACIÓN, TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y CLÁUSULAS DE VALOR

La experiencia de vivir en un país con economía inestable, marcada con constante inflación, ha hecho que la Administración Pública y su cocontratante, puedan prever tales cambios económicos y, consecuentemente, puedan incorporar en el contrato cláusulas de valor destinadas, precisamente, a establecer mecanismos de ajustes de precios para

contrarrestar el desequilibrio económico que podrían originarse en tal eventualidad.

3.- INAPLICABILIDAD DE LA EXCEPCIÓN NON ADIMPLETI CONTRACTUS

La doctrina y jurisprudencia señalan que en materia de contratos administrativos, el cocontratante no puede ampararse en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración, para dejar de cumplir las suyas.

El fundamento de la inaplicabilidad de tal excepción, se encuentra a juicio de la doctrina, en el carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés del servicio sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos.

La doctrina moderna admite, sin embargo, que este principio no es absoluto. Si bien es cierto que en obsequio de la continuidad del servicio público el cocontratante debe mantenerse ejecutando el contrato a pesar del retardo en el cumplimiento por parte de la Administración, y que no puede negarse a esa continuación por el solo hecho de que se produzca tal retardo, es verdad también que en los supuestos en los cuales el incumplimiento de la Administración sobrepasa los límites razonables, el contratista queda facultado para dejar de cumplir el contrato e incluso pedir su resolución por incumplimiento de la Administración Pública.⁹

Se afirma, por lo tanto, con absoluta razón, que si el incumplimiento de la Administración es de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilita a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un derecho de éste. La conducta omisiva de la Administración se asimila en este caso a la fuerza mayor.¹⁰

⁹ Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General del Contrato Administrativo. 2ª Edición. Depalma. Buenos Aires, 1979.

¹⁰ Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983 pág. 381.

VIII.- CONCLUSIÓN

Los contratos administrativos tienen dos particularidades importantes -entre otras- que los hacen diferentes a los contratos que se rigen por normas de derecho privado: la primera se refiere a que uno de los sujetos que forma parte de la relación contractual es el Estado (en sentido amplio), que a diferencia de los particulares, tiene prerrogativas de las que éstos no gozan, también llamadas “potestades de imperio”. La segunda es que el Estado, al contratar, persigue con el objeto mismo del contrato, la satisfacción de un interés público.

La finalidad de interés público de los contratos administrativos será siempre su nota esencial y caracterizante, el núcleo del cual surgen y se derivan sus restantes características diferenciativas, y la que afirma su singularidad, distinguiéndolos como contratos de derecho público de los que son propios del derecho común; y que las especiales prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, en encuentran su razón de ser en la circunstancia de que esos contratos se celebran para lograr y satisfacer un interés público, finalidad que debe alcanzarse efectivamente, aún cuando para ello haya que variar los términos originales del contrato, claro está que sin perjuicio patrimonial para el sujeto particular. “Escola”.

El principio de mutabilidad, lo que hace es reconocer que el contrato administrativo -por su propia naturaleza- es mutable, ya que el interés público que la Administración desea satisfacer por su medio es cambiante -no estático-. Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin público que se pretende satisfacer. En razón de lo expuesto y desde el punto de vista jurídico, es necesario que se permita al

Estado modificar, sus relaciones contractuales en curso de ejecución.

La Administración Pública cuenta con una Potestad de Imperio de Modificación Unilateral de los Contratos. Esta Potestad se encuentra positivizada en los artículos 5 de la Ley General de Administración Pública, 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 14 de su Reglamento. Es esta potestad, —lo que Don Eduardo Ortiz, llamaría una Cláusula Exorbitante del Derecho Común— lo que le permite precisamente a la Administración, unilateralmente, rescindir parcial o totalmente los contratos; sin que ello signifique que no corresponda en su oportunidad la debida indemnización. Al respecto ha indicado el Lic. Ortiz: “La contrapartida necesaria del poder de modificación está, en la obligación de indemnizar el co-contratante perjudicado. Como afirma la Doctrina, esta solución es necesaria no sólo porque de lo contrario nadie contrataría con el Estado, sino, sobre todo, porque ello significaría una violación de la igualdad ante la ley, consistente en hacer sufrir a una persona un daño en beneficio de toda la colectividad, sin imponer a ésta sacrificio correlativo alguno. Todo cambio introducido en el contrato por la Administración origina un derecho del particular a ser reparado por los daños y perjuicios que el mismo le cause.”(Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis N° 22. Los Contratos Administrativos).

El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un cúmulo de obligaciones de éste, consideradas equivalentes y equitativas. Mantener el equilibrio económico financiero del contrato es obligación que tiene la Administración, por cuanto a ella le está asignada la responsabilidad de garantizar el servicio y es lo cierto que si se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato se pone en peligro su eficiente y continua prestación

IX- BIBLIOGRAFIA

Bercaitz, Miguel Angel. Teoría General del Contrato Administrativo. 2º Edición. Depalma. Buenos Aires, 1979.

Diez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1979.

Escola, Hector Jorge. El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Págs, 161 y 164.

Farías Mata, Luis H., La Teoría del Contrato Administrativo en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia Venezolanas, en Libro Homenaje a Antonio Moles Caubet, Caracas.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Edición. Civitas. Madrid, 2000.

Garrido Falla Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. Tecnos Madrid, 1989.

Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A. Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1983.

Orsini, Melich. La Responsabilidad Contractual de la Administración, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991. pp. 225-247.

Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis N° 22. Los Contratos Administrativos

Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1996.

Rodríguez García, Armando. Ejecución del Contrato Administrativo: Potestades de la Administración y Derecho de los Contratistas, en Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991.

Rondón de Sansó, Hildegard. El otro lado de la razón. Caracas, 1994.

Romero Pérez Jorge Enrique. Contratación Administrativa. Instructivo del Curso de Contratación Administrativa, en Maestría en Derecho Público. UCR 2002

Vedel George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980.

Votos de la Sala Constitucional:

N° 6432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998.

N° 530-96 de las 14:02 horas del 28 de noviembre de 1996

N° 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998

N° 2633-93 de las 16:03 horas del 09 de junio de 1993

Oficios de la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, números: 1512-98, 1086-99, 234-99, 14550-01, 2860-00, 3235-01, 14136-01, 4506-00, 10795-01, 6321-99.