

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 2014
PLAN DE ESTUDIOS 2007



TEMA:

“LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA
EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE
SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS”

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

ARCHILA MEJÍA, FÉLIX ALONSO
MARTÍNEZ MELGAR, RAÚL ALBERTO
PÉREZ PÉREZ, ELISEO ANTONIO

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2016

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

DR. JOSÉ LUIS ARGUETA ANTILLON
RECTOR INTERINO

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERECTOR ACADÉMICO

MAESTRO OSCAR NOÉ NAVARRETE
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA ZABALETA DE AMAYA
SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DECANO

DR. JOSE NICOLAS ASCENCIO HERNANDEZ
SECRETARIO

LIC. JOSE MAURICIO MEJIA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LIC. MIGUEL ÁNGEL PAREDES BERMÚDEZ
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LIC. MARÍA MAGDALENA MORALES
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todo y a todos lo que me han apoyado y han confiado en mí, principalmente a mi madre Noemí Azucena Mejía Jiménez, mi padre Odilio Alonso Archila Guzmán, mis hermanos Irvin De Jesús Archila Mejía y Noemí Azucena Archila Mejía, así como a mi amada Karen Yaneth Girón, así como a todos mis docentes por contribuir a formar mis conocimientos, especialmente al master Wilmer Humberto Marín Sánchez quien ha sido un gran apoyo en mi formación académica y práctica y a mi asesor master Hugo Dagoberto Pineda Argueta quien me ha guiado en la última etapa de carrera. A todos lo que sean nombrados y a los que por uno u otro motivo no lo serán, pero que han contribuido en mi formación, sean estos seres humanos o seres espirituales, se les agradece su ayuda o su tropiezo pues gracias a ello soy la persona que soy ahora.

El “vivir sin remordimientos ni arrepentimientos” es mi lema y ni la muerte ni la vida me detendrán en mi camino, ya que incluso "Las flores nacen, después se marchitan, las estrellas brillan, algún día se extinguen, esta tierra, el sol, las galaxias y hasta el mismo gran Universo, algún día también se destruirán, comparado con eso, la vida del hombre no es más que un parpadeo, un escaso momento, en ese escaso momento, las personas nacen, ríen, lloran, luchan, son heridas, sienten alegría, tristeza, odian a alguien, aman a alguien, todo en un sólo momento y después, son abrazados por ese sueño eterno llamado MUERTE."

En esencia esa es la respuesta a las grandes preguntas: ¿Quién soy? Y ¿Para qué estoy aquí?, por lo que aquellos que te ayudan y que obstaculizan son quienes te forman y te enseñan las grandes verdades, es por ello que agradezco al TODO por todo.

FÉLIX ALONSO ARCHILA MEJÍA

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios: todo poderoso por haberme brindado la sabiduría necesaria y la inteligencia que fueron fundamentales en el recorrido para alcanzar esta meta.

A mi madre: por su ardua labor desempeñada por su destacado esfuerzo en brindarme las herramientas necesarias para seguir adelante en el camino a alcanzar mi meta como profesional.

A mi familia: por su gran apoyo incondicional para llegar a culminar mi formación como profesional, así también por sus esfuerzos en contribuir a mi formación académica y por su labor realizada para ayudar a alcanzar este logro que llega a materializarse.

A mis compañeros de tesis: Mis amigos y compañeros con los que compartí este proceso de graduación en el que aprendí mucho de ustedes.

A nuestro asesor de tesis Licenciado Hugo Pineda Argueta, por compartir sus conocimientos y el tiempo para el desarrollo de esta investigación.

RAÚL ALBERTO MARTÍNEZ MELGAR

AGRADECIMIENTOS

A Dios todopoderoso; por ser el que me ha dado la capacidad y la sabiduría necesaria para poder salir adelante con esta carrera y por permitirme culminarla de manera exitosa poniendo en mis caminos personas que sirven de instrumento para darme ánimo y fortaleza en los momentos que más lo necesito. No cabe duda que sin El nada podemos hacer. Estoy muy agradecido por la forma única y singular en la cual inicio este proyecto de largo plazo en mi vida, no cabe duda que solo Dios es todopoderoso y ante todo misericordioso para con aquellos que creen en El.

A mis padres: por ayudarme con mis estudios y por darme lo necesario para salir adelante día a día en este proyecto de largo plazo que está a punto de ser culminado

A mis compañeros de tesis; ya que fueron una parte esencial para desarrollar este trabajo y con quienes a pesar de las diferencias, se salió adelante hasta concluirlo de manera exitosa solo me resta darles muchas gracias.

A mis profesores; en especial a nuestro asesor de tesis Msc Hugo Dagoberto Pineda Argueta por darnos la oportunidad de ejecutar este proyecto con su asesoría y con sus críticas constructivas, es un placer y un privilegio haber contado con su ayuda. Así mismo un agradecimiento especial al Msc Wilmer Humberto Marín Sánchez quien me ha dado la oportunidad de poner en práctica los diferentes conocimientos que he adquirido en estos años ayudándome a desarrollarme en diferentes áreas del Derecho, solo me queda agradecerle ya que sin conocerme me dio la oportunidad de ser su asistente. Dios derrame muchas bendiciones en la vida de cada uno de ellos.

ELISEO ANTONIO PÉREZ PÉREZ

INDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	VIII
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I GENERALIDADES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO Y DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRESTA- CIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS	1
1.1. Teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo	2
1.1.1. Desigualdad entre las partes	
1.1.2. Inexistencia de la autonomía de la voluntad.....	3
1.1.3. Objeto del contrato es fuera del comercio, es <i>extra commercium</i>	
1.2. Críticas a las teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo.....	4
1.2.1. Desigualdad entre las partes	
1.2.2. Inexistencia de la autonomía de la voluntad	
1.2.3. Objeto del contrato es fuera del comercio, es <i>extra commercium</i>	5
1.3. Diferencia entre contratos civiles y los contratos administrativos	6
1.3.1. Régimen jurídico aplicable	
1.3.2. Especial calidad de una de las partes	7
1.3.3. Competencia especial	
1.3.4. Teoría de la doble personalidad de Estado	8
1.3.5. Procedimiento para contratar	9
1.3.6. Objeto del contrato (finalidad de utilidad pública)	

1.3.7. La existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho Común	10
1.3.8. Prerrogativas de la Administración Pública	11
1.3.9. Según la Jurisprudencia interna	12
1.4. La contratación administrativa	14
1.4.1. Definición.....	15
1.4.2. El contrato administrativo	
1.4.2.1. Definición	
1.4.3. Elementos de los contratos administrativos	17
1.4.3.1. Elemento subjetivo	
1.4.3.2. Elemento objetivo.....	18
1.4.3.3. La causa.....	19
1.4.3.4. La forma	
1.4.3.5. La finalidad.....	20
1.4.3.6. Plazo	
1.4.3.7. Modo	21
1.4.4. Características de los contratos administrativos	23
1.4.4.1. Formalidad	
1.4.4.2. Prerrogativas de la Administración Pública	
1.4.4.3. Cláusulas Exorbitantes	24
1.4.4.4. Intuitu personae (en consideración a la persona)	
1.4.4.5. Efectos en relación a terceros.....	25
1.4.4.6. Supuestos de excepción ante incumplimiento	26
1.4.5. Clasificación de los contratos administrativos	27

1.4.5.1. Por razón del sujeto	
1.4.5.2. Por razón de su objeto	
1.4.5.3. En razón de la parte a cargo de la prestación	28
1.4.5.4. En razón de si están regulados o no	29
1.4.5.5. En razón de la ejecución de la prestación	
1.4.5.6. En relación del número de partes que se obligan	30
1.4.5.7. En razón de las utilidades que se generan a las partes	
1.4.5.8. En razón de las equivalencias de las prestaciones	
1.5. Etapas de la actividad contractual del Estado	31
1.5.1. Etapa Precontractual.	
1.5.1.1. Precalificación	36
1.5.1.2. Bases de licitación	37
1.5.1.3. Oferta	38
1.5.1.4. Mecanismos de selección del co contratante	39
1.5.1.4.1. La licitación	44
1.5.1.4.1.1. Licitación pública abierta	
1.5.1.4.1.2. Licitación privada	49
1.5.1.4.1.3. Licitación mixta	50
1.5.1.4.2. Libre gestión	
1.5.1.4.3. Contratación directa	51
1.5.1.4.4. Subasta, remate o venta de martillo	
1.5.1.4.5. Concurso	53
1.5.1.4.6. Adjudicación	

1.5.2. Etapa Contractual.....	54
1.5.3. Etapa Post contractual	56
1.5.3.1. Ejecución e interpretación del contrato	57
1.6. El contrato administrativo de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.	58
1.6.1. Definición	
1.6.2. Naturaleza jurídica de la concesión.....	61
1.6.3. Características	63
1.6.4. Tipos de concesiones.....	64
1.6.5. Requisitos para otorgar la concesión	65
1.6.6. Sujetos intervinientes en el contrato de concesión.....	66
1.6.7. Derechos del concedente y del concesionario	69
1.7. Causales de extinción del Contrato de Concesión	74
1.7.1. La Caducidad	75
1.7.2. El mutuo acuerdo de las partes contratantes	76
1.7.3. La revocación	
1.7.4. El rescate	77
1.8. Procedimiento para declarar la extinción del contrato de conce- sión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.	
1.9. Efectos de la extinción.....	78
CAPÍTULO II GENERALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRES- TRE DE PASAJEROS	80

2.1. Los servicios públicos	
2.1.1. Definición de los servicios públicos	83
2.1.2. Características Generales de los servicios públicos	85
2.1.2.1. Continuidad	
2.1.2.2. Onerosos o gratuitos	87
2.1.2.3. Uniformidad.....	88
2.1.2.4. Generalidad	
2.1.2.5. Obligatoriedad	
2.1.2.6. Regularidad.....	89
2.1.2.7. Interés público.....	90
2.1.2.8. Régimen jurídico público	
2.1.3. Elementos de los servicios públicos	93
2.1.3.1. Sujetos	
2.1.3.2. Objeto.....	94
2.1.3.3. Causa.....	95
2.1.3.4. Elemento normativo	
2.1.3.5. Finalidad.....	96
2.1.3.6. Precio, tarifa o tasa	
2.1.4. Clasificación de los servicios públicos.....	97
2.1.4.1. Según la importancia de los servicios públicos	
2.1.4.2. En razón de las necesidades que los motivan	
2.1.4.3. En razón de su obligatoriedad.....	98
2.1.4.4. Según el sujeto que los presta	

2.2. El servicio público de transporte terrestre de pasajeros	99
2.2.1. Definición	
2.2.2. Características del Transporte Público de Pasajeros	101
2.2.2.1. Continuidad	
2.2.2.2. Regularidad	103
2.2.2.3. Uniformidad	104
2.2.2.4. Generalidad	
2.2.2.5. Obligatoriedad	105
2.2.2.6. Onerosos	108
2.2.2.7. Universalidad	109
2.2.2.8. Calidad	
2.2.2.9. Seguridad	110
2.2.2.10. Inseparabilidad	
2.2.2.11. Variabilidad	111
2.3.3. Clasificación y Tipos de Transporte Público Terrestre de Pasajeros	113
2.3.3.1. Clasificación del transporte público	114
2.3.3.1.1. Según los lugares de desplazamiento geográfico	
2.3.3.1.2. Según el uso que haga la población demandante	115
2.4.3.2. Tipos de Transporte Colectivo	116
2.4.3.2.1. Según la Clase de Automotor	
2.4.3.2.2. Según la clase de usuario	117

CAPÍTULO III LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	118
3.1. Prerrogativas de la Administración	119
3.1.1. Definición de cláusulas exorbitantes	121
3.1.2. Características de las cláusulas exorbitantes.....	122
3.1.2.1. Las Cláusulas Exorbitantes como exclusividad para los Contratos Administrativos	123
3.1.2.2. Carácter excepcional improrrogable para su aplicación	
3.1.2.3. Aplicación condicional conforme lo establece la ley	
3.1.2.4. Aplicación directa de la Administración Pública	124
3.1.3. Clasificación de las cláusulas exorbitantes	125
3.1.4. Manifestaciones de las cláusulas exorbitantes	
3.1.4.1. Cláusula exorbitante de interpretación.....	126
3.1.4.2. Cláusula exorbitante de modificación unilateral	129
3.1.4.3. Cláusula exorbitante de suspensión del contrato.....	134
3.1.4.4. Cláusula exorbitante de dirección y sanción	137
3.1.4.5. Cláusula exorbitante de caducidad del contrato.....	141
3.1.4.6. Cláusula exorbitante de rescate.....	143
3.1.5. Efectos de las cláusulas exorbitantes.....	145
3.1.5.1. Efectos sociales, económicos y políticos	146
3.1.5.2. Efectos jurídicos	
3.1.6. Procedimiento para la aplicación de cláusulas exorbitantes	148
CAPÍTULO IV LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Y LOS CONTRA-	
TOS DE CONCESIÓN DE PRESTACION DE SERVICIO PÚBLICO	

EN EL DERECHO COMPARADO	156
4.1. Regulación en Chile	
4.2. Regulación en Argentina	163
4.3. Regulación en España.....	169
CAPÍTULO V NIVELES DE EFICACIA DE LAS CLÀUSU-	
LAS EXORBITANTES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRA-	
TO DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANS-	
PORTE PÚBLICO TERRESTRE DE PASAJEROS.....	
	176
5.1. Situación Actual Del Sistema De Transporte	
5.2. Eficacia de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del con-	
trato de concesión de prestación de servicio público de transporte	
terrestre de pasajeros.....	181
5.2.1. Eficacia según la aplicación de las cláusulas exorbitantes	
en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio	
público de transporte terrestre de pasajeros	183
5.2.1.1. Cláusula exorbitante de interpretación del contrato	186
5.2.1.2. Cláusula exorbitante de modificación unilateral del	
contrato	187
5.2.1.3. Cláusula exorbitante de suspensión del contrato.....	190
5.2.1.4. Cláusula exorbitante de dirección y sanción	191
5.2.1.5. Cláusula exorbitante de caducidad del contrato.....	193
5.2.1.6. Cláusula exorbitante de rescate.....	195
5.2.2. Eficacia según la finalidad de las cláusulas exorbitantes en	

la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros	197
5.3. Análisis de entrevistas	212
5.3.1. Entrevista en UACI	213
5.3.2. Entrevista en UNAC	216
5.3.3. Entrevista en ACOPATT S.A. DE C.V.	217
CAPÍTULO VI CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	224
6.1. Conclusiones	
6.2. Recomendaciones	228
BIBLIOGRAFÍA	233
Anexo 1. Contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros	250

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.: Artículo.

Inc.: Inciso

Cn.: Constitución de la República de El Salvador.

CTRIB.: Código Tributario.

CC.: Código Civil.

CCom.: Código de Comercio.

DGTT.: Dirección General de Transporte Terrestre.

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

RELACAP.: Reglamento de la ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

LTTTSV.: Ley de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial.

RGTT.: Reglamento General de Transporte Terrestre.

RGTTTSV.: Reglamento General de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial.

LOAFE.: Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado.

RIOE.: Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo.

LCSP.: Ley de Contratos del Sector Público.

UACI.: Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales.

SIAC.: Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones.

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

VMT.: Viceministerio de Transporte.

LOCUCIONES LATINAS Y ABREVIATURAS EN NOTAS AL PIE Y

BIBLIOGRAFÍA

pp.: Páginas

ss.: Siguietes

S.: Ed: Sin Edición

S.: E: Sin Editorial

S.: F: Sin Fecha

S.: F de I: Sin fecha de Impresión

op.: cit: Obra Citada

Vid Supra.: Ver Arriba

Vid Infra.: Ver Abajo

INTRODUCCIÓN

El tema de transporte público terrestre de pasajeros es visto desde diferentes ópticas que permiten vislumbrar una serie de falencias que imposibilitan la eficacia de dicho servicio público, motivo por el cual existen una serie de investigaciones y reportajes por diferentes medios que dan a conocer las condiciones en la cual se brinda este servicio.

Entre los problemas que obstaculizan la eficacia de este servicio público se encuentra la extorsión y los robos lo que provoca que en muchos de los casos el servicio sea prestado de manera deficiente. Por lo que la relación existente entre el usuario y el motorista que presta el servicio en mención, en muchos casos es pésima y ofensiva, a tal grado de existir un evidente irrespeto que en muchas ocasiones terminan con altercados o en accidentes que son constitutivos de delitos; situaciones que son de conocimiento nacional.

Para superar los problemas anteriores, el Estado se ve en la necesidad de establecer mecanismos que permitan ejercer control sobre la prestación de este servicio público, entre las herramientas que existen para lograr este fin, se encuentran una serie de políticas públicas y así mismo instituciones jurídicas que buscan la eficacia de la norma jurídica en la prestación de este tipo de servicio público.

Desde esta perspectiva, el tema de la eficacia se ve en dos niveles siendo el primero de ellos el relativo a su aplicación, que establece que una clausula será eficaz siempre y cuando sea aplicada. En esta óptica se determina que existe eficacia cuando una clausula surta efectos sin importar

que cumpla con el fin para el cual ha sido creada. En cuanto al segundo de los niveles se manifiesta en cuanto a la finalidad para el cual fueron diseñadas este tipo de cláusulas; y bajo esta óptica una norma jurídica será eficaz siempre y cuando cumpla con el fin para el cual se fue creada y en el caso nuestro el objetivo que buscan estas prerrogativas es proteger el interés público, para que la prestación de un servicio público no se vea afectado ante infracciones cometidas por los co contratantes.

De ese contexto, surge la finalidad de la presente investigación; ya que El estado tiene la obligación de garantizar el interés público, para que los usuarios puedan gozar de este servicio y de esta manera de garantizar los intereses del usuario por medio del establecimiento eficaz de cláusulas exorbitantes, que vendrán a garantizar la eficacia de la relación contractual que surja entre el Estado y el co contratante que brinda un determinado servicio público que vendrá a beneficiar al usuario, y de allí es que nace la necesidad de investigar este fenómeno ya que el interés público se ve comprometido cuando se busca solucionar un conflicto que surge en esta relación contractual debido a que el Estado al aplicar esta figura se ve en la necesidad de suplir la no prestación de un servicio público por parte del co contratante, situación que en muchos casos no es suplida de manera eficiente por el propio obligado, por lo que la presente investigación ostenta el carácter de innovador ya que contrapone planteamientos no discutidos abiertamente que pongan en una balanza el interés público con la aplicación de estas cláusulas.

En atención a lo anterior, se estableció como punto de partida el siguiente enunciado: ¿En qué medida la aplicación de las cláusulas exorbitantes son eficaces o no en la ejecución de los contratos de Concesión de prestación servicio público de transporte terrestre de pasajeros

intermunicipal, durante el periodo del mes de junio del año dos mil cuatro a junio de dos mil catorce en los municipios de Ilopango, Soyapango y San Salvador del Departamento de San Salvador? Motivo por el cual se desarrolla el trabajo de investigación con el tema de “La aplicación de las cláusulas exorbitantes en la ejecución de los contratos de concesión de prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros”, la razón por la que se parte de la presunción de una “aplicación de las cláusulas exorbitantes”, no es con el afán de adelantar criterio, sino más bien, se hace bajo la premisa de que existe una aplicación notoria de las cláusulas, a partir del desarrollo del derecho contractual administrativo y de las diferentes resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional y órgano ejecutivo en el ramo de transporte, las cuales al tener carácter público, evidencian la aplicabilidad de tales, en ese sentido el núcleo de la investigación versa únicamente sobre determinar los niveles de eficacia que las cláusulas traen aparejada; teniendo como objetivo principal determinar la “medida” en que las mismas se aplican, por ello debe abandonarse toda idea de adelanto de criterio en el tema.

Como objetivos particulares, se encuentran: “Determinar los elementos, naturaleza, finalidad, efectos y manifestaciones de las cláusulas exorbitantes en los contratos de Concesión de Servicio Público de Transporte Terrestre”; “Identificar el tratamiento que la jurisprudencia, de las Cámaras de lo Civil así como de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Corte Suprema de Justicia y la doctrina de los expositores han dado a las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos”; “Establecer la eficacia o no de las cláusulas exorbitantes en la ejecución de los contratos de Concesión de Servicio Público de Transporte Terrestre”; “Formular propuestas de solución ante las posibles deficiencias en la aplicación de las cláusulas exorbitantes, en el contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre”.

Para lograr los objetivos anteriores, se realizó una investigación de tipo “socio jurídico e investigación propositiva” utilizando como unidades de análisis instituciones administrativas, jurisdiccionales, así como instituciones privadas y el respectivo ordenamiento jurídico que rodea el tema objeto de estudio, haciendo uso para ello de los métodos analítico, sintético inductivo y deductivo. Utilizando las técnicas de investigación documental, entrevista y de campo por lo que se utilizaron las fichas bibliográficas, y dispositivos de almacenamiento masivo y de almacenamiento de voz para recopilar la información obtenida.

Es por ello que en el proyecto se pretende comprobar la hipótesis general enunciada en aquel momento que establecía: “las cláusulas exorbitantes son eficaces en la ejecución de los contratos de Concesión de Servicio Público de Transporte Terrestre de pasajeros únicamente en cuanto a su aplicación, pero no son eficaces en cuanto a su finalidad práctica”.

Y para lograr comprobar lo anterior, se hace necesario comprobar al mismo tiempo hipótesis particulares, entre las que destacaron: a) Si se determinan los efectos de las cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión de servicio público de transporte terrestre, se identificara la afectación que representan para la normal ejecución de los contratos administrativos; b) La jurisprudencia de las Cámaras de lo Civil y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina de los expositores del derecho han hecho grandes aportaciones sobre las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, sin embargo una comparación con la actual regulación jurídica evidenciaría una desactualización y retraso la evolución de dicha institución; c) Las cláusulas

exorbitantes son eficaces en la ejecución de los contratos de concesión de servicio público de transporte terrestre, solamente en cuando a su aplicación, porque la administración si hace uso de ellas, aunque esto en nada ayuda para solucionar las deficiencias en la prestación del servicio; y d) Si se conoce la forma en la que se aplican las clausulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre desde diversas perspectivas (administración, co-contratante y usuario) se pueden formular posibles soluciones para mejorar su eficacia y por ende un mejor servicio para la colectividad; lo que va mejorar el estilo de vida de la sociedad.

Lo anterior surge porque en la practica la Administración Publica a través del Viceministerio de Transporte se busca suplir las deficiencias del transporte público y para ello se utilizan diferentes mecanismos tanto políticos como jurídicos para que exista servicio público digno para las personas, sin embargo con el afán de lograr su objetivo implementa disposiciones contractuales para evitar o corregir los errores que se cometen al momento de brindar el servicio público, pero en muchos casos estos mecanismos se ejecutan sin tomar en cuenta los diferentes efectos que producirá en la realidad jurídica y social, a tal grado que en muchos casos el Estado se ve en la necesidad de implementar planes de forma improvisada para suplir el servicio público ya que no cuenta con planes para brindar un servicio público que en la mayoría de los casos es suspendido por el mismo ocasionando un perjuicio al usuario. Y es aquí donde toma relevancia el problema que se ha enunciado, ya que las clausulas exorbitantes surgen con la finalidad principal de salvaguardar el interés público por tanto, con la aplicación de las mismas se da una desestabilización en la prestación del mismo debido a que el Estado no tiene la capacidad de brindar por sí mismo una determinada prestación.

Es por ello que el presente trabajo de investigación, se desarrolla en el capítulo I un análisis acerca de la actividad contractual del Estado enfatizando el tema de los contratos administrativos y su diferencia con otra clase de contratos que se dan en el área civil y para ello se retoman las teorías que no admiten la existencia de este tipo de contratos, exponiendo las diferentes críticas que surgen en torno a estos enfoques. Así mismo se hace un análisis acerca del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

En el capítulo II se desarrolla el tema de las generalidades de los servicios públicos haciendo énfasis en el servicio público de transporte terrestre de pasajeros definiendo y determinando las diferentes características de los mismos y la forma en que se manifiestan en el servicio de transporte público.

En el capítulo III se aborda el tema de las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos de manera general con la finalidad de definir lo relativo a las prerrogativas de la Administración Pública y las diferencias y semejanzas que existen con las cláusulas exorbitantes, estableciendo cuales son las diferentes manifestaciones de estas últimas tanto a nivel doctrinario y a nivel normativo verificando cuales son las que tienen aplicación en nuestro medio para determinar los efectos que estas producen a nivel económico, social, político y jurídico.

En el capítulo IV se hace un análisis de las cláusulas exorbitantes en el Derecho comparado tomando como parámetros a Chile, Argentina y España por ser estos los países que tienen mayor avance en materia contractual administrativa, siendo por ello fuentes del derecho administrativo salvadoreño así como de otras ramas del derecho, con la finalidad de

establecer los límites y alcances que dicha institución tiene y la forma en la cual son aplicadas por la Administración buscando establecer diferencias y similitudes con el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En el capítulo V se hace un análisis de los niveles de eficacia de las cláusulas exorbitantes en el contrato de concesión de prestación de servicios públicos de transporte terrestre de pasajeros, definiendo cada categoría que compone este tema, caracterizándolos y clasificándolos, haciendo un análisis general de la situación actual del transporte público en El Salvador estableciendo los niveles de eficacia tanto en la aplicación de la norma como en la finalidad que se persigue con las mismas.

Por último en el capítulo VI se dan las diferentes conclusiones y recomendaciones del tema que ha sido objeto de análisis destacando las diferentes respuestas que se plantearon al inicio de la investigación así como los diferentes resultados que se han obtenido relativos a los objetivos y la comprobación de las hipótesis que sirvieron de base para el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO Y DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

SUMARIO: 1.1. Teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo. 1.2. Críticas a las teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo. 1.3. Diferencias entre los contratos civiles y los contratos administrativos. 1.4. La contratación administrativa. 1.5. Etapas de la actividad contractual del Estado. 1.6. El contrato administrativo de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 1.7. Causales de extinción del Contrato de Concesión. 1.8. Procedimiento para declarar la extinción del contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 1.9. Efectos de la extinción

Históricamente el poder público del Estado ha interactuado con los particulares, a fin de que estos coadyuven en la tarea de la consecución de los fines de aquel, para el cumplimiento eficaz de sus atribuciones, así también como para el normal desarrollo de la actividad Estatal que no es propias de sus atribuciones. Esta relación tiene en el Derecho una especial figura teórica-jurídica llamada "la actividad contractual del Estado," que se manifiesta por ende a través de los llamados "contratos administrativos" o "contratos de la Administración".¹

Sin embargo, a pesar de que parezca una actividad obvia y común, doctrinariamente se ha discutido si ¿existe la posibilidad jurídica de que el Estado realice una verdadera técnica contractual? y si la tiene ¿en qué se diferencia con los contratos regidos por el Derecho Civil?, circunstancias que aunque parezcan triviales son fundamentales para iniciar la tarea de

¹ **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, 7ª edición, S.E., Ed. De Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 339.

determinar la naturaleza de los contratos realizados por la Administración. La doctrina no ha sido uniforme en este aspecto al determinar las razones por las que se objetan o no se admite la figura de la actividad contractual del Estado, ante ello se expondrán las teorías más comunes e importantes relativas a la existencia de verdaderos contrato administrativos.

1.1. Teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo

Existen diversas teorías que explican que el contrato administrativo no es válido jurídicamente, es con base a ello que a continuación se procederá a hacer un estudio de aquellas más sobresalientes.

1.1.1. Desigualdad entre las partes

Esta teoría supone que la Administración está revestida de poder de imperio; con ello se ponen intereses de dos partes, que deben ser tratados en un plano de igualdad;² esto en los contratos que celebra la Administración con particulares (contratos administrativos), no puede ser posible, en tanto que la Administración representa intereses públicos, por lo que debe garantizar este interés, aún si con ello transgrede el interés privado que tiene el particular, se trata entonces de una desigualdad necesaria únicamente por ese interés.³

En esta perspectiva, la doctrina concluye que se "establecen reglas específicas sobre su ejecución, cumplimiento y extinción. Estas reglas podrían ser vistas con desconfianza en la contratación privada, pero no se

² CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, S. Ed., Editorial Marqués del Duero, Madrid, 1969, p. 195.

³ DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, 1980, p. 310.

objetan en la pública, ya que no puede sospecharse que la Administración las utilice en forma abusiva o por interés personal." ⁴

1.1.2. Inexistencia de la autonomía de la voluntad

Esta teoría establece una objeción en el sentido que el contrato exige la voluntad de contratar de forma libre, siendo las partes las que determinen en forma conjunta la regulación para establecer los límites y alcances de los diferentes contratos (esto está íntimamente ligado a los contratos de libre discusión) así las cosas, la Administración tiene por el contrario una voluntad reglada en la que el particular solo podría rechazar o aceptar las condiciones impuestas (contrato de adhesión)⁵, es por ello que se sostiene, que no puede haber contrato administrativo por violentarse el principio de la autonomía de la voluntad de los contratos.⁶

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

Esta teoría sostiene que no pueden existir contratos administrativos en la realidad jurídica porque estos recaen sobre cosas que están fuera del comercio.⁷ Es decir que toda vinculación contractual se lleva a cabo por todo bien que pueda y sea posible venderse, comprarse o arrendarse, siendo la esfera comercial de los bienes, no así aquello que es de dominio público ya que es propiedad del Estado y por ende se encuentra enajenada para estar dentro del tráfico mercantil en donde se dan relaciones contractuales, por regla general el dominio público es inalienable e imprescriptible.

⁴ **OLIVERA TORO, Jorge**, *Manual de Derecho Administrativo*, 7° edición, editorial Porrúa, México 1997, p. 248.

⁵ **CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio**, op. cit. p. 195.

⁶ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 310.

⁷ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 311.

1.2. Críticas a las teorías que no admiten la existencia del contrato administrativo

Como todo argumento tiene su contra argumento, estas objeciones también tienen su oposición, o dicho de otra forma, posturas que justifican la existencia de los contratos administrativos, tales son:

1.2.1. Desigualdad entre las partes

El régimen contractual al que se alude en este trabajo de investigación, debe garantizar el interés general y por lo tanto también el particular, de tal manera que pese a que la Administración tiene prerrogativas de poder en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción del contrato, los particulares contratantes tienen a su favor instituciones jurídicas como por ejemplo: la teoría de la imprevisión, que puede operar a favor del co contratante, por lo tanto, no es cierto que exista tal desigualdad,⁸ ya que aun si existiere dicha desigualdad de las partes, esta no elimina la naturaleza contractual de la relación contractual existente.⁹

1.2.2. Inexistencia de la autonomía de la voluntad

El particular conserva la voluntad de decidir, en última instancia, si conviene o no contratar con la Administración,¹⁰ además el particular no está en peores condiciones que cuando realiza un contrato ordinario de adhesión,¹¹ ya que es ilógico decir que no existe contrato administrativo solo

⁸ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 310.

⁹ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, *óp. cit.* p. 196.

¹⁰ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 310.

¹¹ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 196.

por el hecho de que este no es de libre discusión sino que de adhesión, si esto fuese cierto no existirían entonces los contratos de adhesión en Derecho Privado como los de mutuo hipotecario realizados por los bancos, o los contratos de seguros, ambos contemplados en nuestro medio en los artículos 1954 al 1967 y 2157 al 2180 del Código Civil.¹²

La adhesión tiene de acuerdo a la doctrina tiene dos fundamentos necesarios y en este sentido Manuel María Diez,¹³ explica que el primero que las cláusulas preferidas que previamente determina la Administración concretizan un verdadero contrato, y la segunda es que son cláusulas preparadas de forma general para cualquier destinatario que pueda ser co contratante.

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

Las cosas en la recae el contrato administrativo, si bien es cierto están excluidas del comercio privado no lo están del comercio público,¹⁴ como por ejemplo el dominio público y el servicio público (que a su vez están excluidos del comercio privado), pero la disponibilidad de la Administración sobre estos es indudable, siempre que se haga con forme a Derecho corresponde.¹⁵

En consecuencia al haber superado las objeciones que niegan la existencia de los contratos administrativos, se puede afirmar con toda seguridad que el Estado tiene la capacidad de contratar a través de cualquiera de sus órganos fundamentales y no fundamentales, el Estado por

¹² **CÓDIGO CIVIL**, Decreto Ley del 23 de Agosto de 1859, reformada por D.L. N° 512, del 11 de Noviembre del 2004, publicado en el D.O. N° 236, del 17 de Diciembre de 2014.

¹³ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. pp. 318 y ss.

¹⁴ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 311.

¹⁵ **CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio**, op. cit. p. 196.

ende no está obligado a actuar siempre con poder de *imperium* imponiendo su voluntad a los particulares, ya que puede tener la colaboración de estos por medio de un acuerdo, por lo que ante esta correspondencia de voluntades se hace innecesario el empleo del mandato imperativo del poder público para el eficaz cumplimiento de sus atribuciones.¹⁶

Con esto se responde a la primera interrogante planteada al inicio de este capítulo, ahora es momento oportuno para el planteamiento de la segunda interrogante.

1.3. Diferencias entre los contratos civiles y los contratos administrativos

La diferenciación entre los contratos civiles y contratos administrativos ha sido también fuertemente discutido por la doctrina, sin embargo la mayoría de los autores establecen criterios que no sirven de nada para determinar la verdadera esencia de los contratos administrativos y los civiles; sin embargo existen teorías certeras, por lo que se expondrán las que comúnmente se proponen, sean o no sustanciales:

1.3.1. Régimen jurídico aplicable

Establece que los contratos del Derecho Civil se rigen por el Derecho Privado y se consagran en leyes distintas, por ejemplo el Código Civil, Código de Comercio, Ley de arrendamiento financiero, ley de inquilinato entre otros y a su vez los contratos administrativos se rigen por el Derecho

¹⁶ **FRAGA, Gabino**, *Derecho Administrativo*, 3ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 1944, p. 722.

Público y se consagran en leyes especiales,¹⁷ ejemplo de ello es la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (que ahora en adelante denominaremos LACAP).¹⁸

1.3.2. Especial calidad de una de las partes

Referido a que una de las partes contratantes siempre tiene que ser la Administración Pública,¹⁹ sin embargo este hecho no es suficiente para determinar que es una diferenciación sustancial, en razón de que la Administración puede actuar en la celebración de un contrato regido por el Derecho Privado y esto no convierte el contrato en administrativo.

1.3.3. Competencia especial

La doctrina establece que los acuerdos contractuales entre particulares, son competencia de los Tribunales o Juzgados comunes y los contratos administrativos son competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, "de ahí que para determinar la jurisdicción correspondiente haya que establecerse previamente si el contrato es administrativo o civil de la Administración."²⁰ Pero es de mencionar que en nuestra legislación administrativa no se ha establecido tal competencia. Sin embargo también existen planteamientos que de acuerdo a lo antes dicho afirman que se persigue con este criterio diferenciador, es que "los contratos administrativos están sometidos a un conjunto de reglas especiales"²¹ y éstas determinan

¹⁷ **LANCIS, Antonio y SANCHEZ, Derecho Administrativo, La Actividad Administrativa y sus Manifestaciones**, 3ª edición, editorial cultural S.A., LA Habana, S.F. de I., p. 422.

¹⁸ **LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**, D.L. N° 868, del 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347, publicado el 15 de mayo de 2000.

¹⁹ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 311.

²⁰ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 312.

²¹ **LANCIS, Antonio y SANCHEZ**, op. cit. p. 424.

sus efectos jurídicos, por lo que puede ser competente tanto Los tribunales comunes como el contencioso administrativo, siempre dentro de sus propias funciones y competencias. En este sentido la jurisprudencia interna, específicamente la Sala de lo Civil ha establecido en la causa 14-Ap-2004 que: “Lo que determina la competencia administrativa o civil, es la naturaleza del reclamo. Obviamente el Estado contrata con particulares para la consecución de sus fines. Hay procedimientos, normas que regulan tales contrataciones, así como hay mecanismos para discutir e impugnar actos de la Administración si estos han sido ilegales. En el caso que nos ocupa, resulta ser un incumplimiento de un contrato atribuido a la Administración; pero tal pretensión no encaja en los supuestos de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que sería la última instancia de revisión del acto. Por sí, no están alegando ilegalidad de actos de la Administración; por ello no fuera posible tal reclamación ante la misma. De hecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corte ha sentado suficiente jurisprudencia al respecto; no puede conocer de cumplimiento de contrato, pues hasta este momento, la ley no les faculta para ello. Sigue siendo materia exclusiva de la jurisdicción civil. El particular puede discutir por la vía administrativa el acto emanado por la Administración.”²²

1.3.4. Teoría de la doble personalidad de Estado

La doctrina establece (sin hacer un exhaustivo planteamiento sobre ella) que el Estado tiene doble personalidad en las diferentes relaciones que se dan cuando se relaciona con los particulares, una en la que actúa con poder de soberanía e imperio y la otra, cuando en un plano de igualdad actúa como una simple ente jurídico privado, la primera personalidad da origen a

²² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2005*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. p. 28.

los contratos administrativos en sus diferentes manifestaciones mientras que la segunda a los contratos regidos por el Derecho Privado. Esta teoría ha sido duramente criticada por los expositores del Derecho en diferentes contextos de la realidad jurídica dado el enfoque que expone para definir su ámbito de aplicación,²³ en razón de que el Estado aun y cuando actúe o celebre de acuerdo al Derecho Privado, no puede éste desprenderse de su poder de *imperium*, "desechada la teoría de la doble personalidad no debe admitirse,"²⁴ entre otras críticas.

1.3.5. Procedimiento para contratar

La teoría supone que los contratos administrativos tienen previo a su celebración requisitos y pasos formales que seguir por ejemplo: la licitación, el concurso, entre otros mecanismos para escoger al co contratante. Pero esto no ayuda a la diferenciación sustancial de lo planteado, ello "en tanto que los contratos privados, por las mismas razones de libertad consensual indicada pueden ser convenidos mediante tales procedimientos."²⁵ Por lo que no es conveniente a este contrato administrativo. *A contrario sensu* "la falta de formalidades legalmente exigidas no convierte en civil un contrato realizado por la Administración con un particular. Por otra parte, los mismos contratos civiles de la Administración exigen igualmente especiales formalismos."²⁶

1.3.6. Objeto del contrato (finalidad de utilidad pública)

La diferencia tiene como eje principal que el contrato administrativo

²³ OLIVERA TORO, Jorge, op. cit. p. 245.

²⁴ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 313.

²⁵ LANCIS, Antonio y SANCHEZ, op. cit. p. 424.

²⁶ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 197.

establece que todo aquel convenio que conlleva una finalidad de utilidad pública, es decir, "siempre que el contrato tenga como objeto el servicio público estamos ante un contrato administrativo."²⁷ "Este criterio tampoco es aceptable por cuanto la Administración puede celebrar contratos civiles cuyo fin sea también la utilidad pública."²⁸

1.3.7. La existencia de cláusulas exorbitantes del Derecho Común

Institución de origen francés como resabio de la teoría del servicio público, y ha sido una de las más aceptadas por los expositores del Derecho tanto clásicos como modernos, sin embargo no lo es de manera unánime; supone que en todo contrato en donde existan estas cláusulas se está en presencia de un contrato administrativo, por lo que son impensables para el Derecho Privado, ya "que colocan a la Administración en una situación de superioridad."²⁹

Este criterio diferenciador es cuestionable, pese a que es innegable la existencia de dichas cláusulas en los contratos administrativos, ya que el hecho de que existan en un contrato en particular no lo hacen administrativo, así por ejemplo de encontrarse inmersas en un contrato de Derecho Privado no lo vuelve administrativo, de manera plena sino más bien adolece de nulidad, "pero en ninguna forma ello significaría que el particular este subordinado a la Administración,"³⁰ tal y como lo dice García Trevijano "la cláusula exorbitante no es la causa, sino la consecuencia de la distinción."³¹ Hecho que viene a generar un criterio esencial para su diferencia con

²⁷ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 197.

²⁸ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 312.

²⁹ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 197.

³⁰ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 313.

³¹ TREVIJANO, García citado por CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 197.

contratos de naturaleza civil y de naturaleza mercantil los cuales son propios del Derecho Privado.

1.3.8. Prerrogativas de la Administración Pública

Simplemente está referido a que es contrato administrativo todo aquel en el cual "la Administración ejerce sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo."³² Estas "prerrogativas de poder público que posee la Administración a su favor, pueden ser prerrogativas implícitas. La presencia o no de este régimen administrativo no depende de la voluntad de las partes, ya que existe con independencia de la voluntad de someterse a él, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el Derecho Privado, donde tal regulación estará ausente en principio. No debe confundirse, en consecuencia, régimen exorbitante con cláusulas exorbitantes. Esta última depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento."³³

Estos últimos tres criterios diferenciadores son los más preponderantes en la doctrina y en la Jurisprudencia, además por contener las ideas más básicas sobre el tema, sin embargo no existe unanimidad entre uno y otro, se propone ante ello, que no se descarten de forma simplista, sino que, para reconocer la naturaleza del contratos se haga uso de estos tres criterios, haciendo un análisis de ellos y que por la vía de la eliminación y concordancia con estos tres últimos criterios, se determine la verdadera naturaleza del contrato.

³² DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 314.

³³ CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit. pp. 23 y ss.

1.3.9. Según la Jurisprudencia interna

Por su parte la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha establecido también las características del contrato administrativo y sobre ello dice:

"En el contrato administrativo, una de las partes, debe actuar dentro de su giro y competencia específica; la contraparte es un sujeto de derecho o ciudadano, comprometido a la prestación de un servicio público; entonces que el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público y que contiene cláusulas exorbitantes del Derecho Privado. Estas cláusulas otorgan a la Administración derechos frente a su co contratante, los cuales serían nulos en el Derecho Privado. Estos pueden terminar por dos distintas razones: 1) cesación de sus efectos; y, 2) Extinción. En el primer supuesto el contrato termina normalmente y en el segundo concluye en forma anormal. Ambas formas han sido recogidas por nuestra Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (Art. 92 y 93). Los contratos regulados por esta ley se extinguen por la caducidad; por mutuo acuerdo de las partes contratante, por revocación, por rescate, y, por las demás causas que se determinen contractualmente.³⁴

Por otro lado, hablando de las prerrogativas de la Administración en el contrato de concesión establece: Por otra parte los contratos de

³⁴ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. p. 14.

concesión, siendo una institución jurídica del Derecho Administrativo, se encuentran afectos por el principio de mutabilidad.

El principio de mutabilidad implica que la Administración Pública puede modificar unilateralmente los términos para variar las prestaciones debidas por el contratista -en este caso concesionario- en la ejecución del contrato.

El principio aludido se encuentra informado por los límites establecidos en el ius variandi, y es una consecuencia impuesta por las finalidades de interés público, dado que con ellos se tiende a lograr una más eficiente realización de la justicia distributiva, situación que es correlativa del principio de mutabilidad, como prerrogativa de la Administración, el concesionario tiene derecho a que ésta respete los derechos subjetivos nacidos del contrato, lo que implica no desnaturalizar o desfigurar las condiciones esenciales pactadas originalmente.

Los elementos extra contractuales modificativos de la concesión en el caso del contrato de concesión se encuentran incorporados los elementos objetivos, subjetivos y temporales definidos que pueden ser susceptibles de modificación directa conforme al principio de mutabilidad de los contratos administrativos lo que posibilita la facultad sancionatoria que posee el Estado, que toma relevancia dado que la actividad contractual no está fuera de la actividad sancionatoria.

Igualmente, también existen elementos modificativos de los contratos de concesión que actúan de manera indirecta, así: la emisión de leyes que modifican las condiciones objetivas o subjetivas de prestación de

*los servicios concesionados, o la imposibilidad material de continuar con los mismos que tienen trascendencia al momento de ser aplicados por el ente jurisdiccional o administrativo*³⁵

Con los criterios antes expuestos y la propuesta realizada puede llegarse de uno u otro modo a diferenciarse el contrato administrativo del contrato sometido al régimen privado, por lo que es pertinente iniciar con el punto y eje central que la Jurisprudencia ha tomado en cuenta de lo hasta se denomina "el contrato administrativo", no sin antes establecer previamente que tal y como dice Jorge Olivera Toro³⁶ que los contratos que celebra la Administración pueden ser a) contratos sujetos al régimen del Derecho Privado y b) Contratos administrativos sujetos al régimen jurídico especial que establece el Derecho Público, este postulado es lo más aceptado en la doctrina.

1.4. La contratación administrativa

Antes de plantear las diferentes definiciones propuestas por los expositores del Derecho, se hace necesario hacer una aclaración previa, debido a que en el plano del Derecho Público los Contratos Administrativos pueden tener variantes (se pueden ver solo una especie del contrato en general) "pueden clasificarse como internacionales (tratados que realiza el órgano ejecutivo con aprobación de la Asamblea Legislativa) o internos. Estos últimos son los contratos administrativos, porque los primeros realmente son convenios."³⁷ Solventada someramente esta situación se

³⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, op. cit. p. 14.

³⁶ **OLIVERA TORO, Jorge**, op. cit. p. 244.

³⁷ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, *Monografía de Derecho Administrativo en El Salvador*, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2013, p. 95.

identificaran las definiciones conceptuales que giran en torno de la idea del contrato administrativo los elementos que dicho concepto debe poseer para ser considerado como tal.

1.4.1. Definición

Como ya se abordó, es innegable el hecho de que la Administración tiene facultades para emplear una verdadera técnica contractual, por ello afirma Antonio Lancis y Sánchez hablando de la contratación administrativa, que "la contratación es uno de los procedimientos que emplea la Administración para subvenir a las necesidades, cuando por diversas razones no pueden serlo mediante manifestaciones del poder público,"³⁸ tal y como lo planteo este autor, el Estado no puede por sí mismo satisfacer todas las necesidades de sus administrados, ni de su propia Administración, y se ve en la necesidad de auxiliarse de aquellos particulares con la capacidad económica para actuar en sustitución del Estado o para coadyuvar con el aparataje estatal.

1.4.2. El contrato administrativo

El contrato administrativo posee una diversidad de características por lo que a continuación se proceder a efectuar un estudio del mismo.

1.4.2.1. Definición

La doctrina por su parte se ha dado a la tarea de definir esta clase de contratos y por eso Roberto Dromi³⁹ establece que "El contrato público o el negocio de Derecho Público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas,"

³⁸ LANCIS, Antonio y SANCHEZ, op. cit. p. 420.

³⁹ DROMI, Roberto, op. cit. pp. 344 y ss.

y a su vez entiende como contrato administrativo "toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa."

Manuel María Diez define el contrato administrativo "diciendo que es aquel en que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera de mismo."⁴⁰

Hugo Dagoberto Pineda Argueta define al contrato administrativo como "aquel acuerdo de voluntades entre la Administración y el administrado, con el fin de crear efectos jurídicos mutuos, en el que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación económica financiera del mismo."⁴¹

La jurisprudencia salvadoreña establece de acuerdo a la doctrina y adoptando la definición del autor Miguel S. Marienhoff, *"señala que los contratos administrativos pueden definirse como "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas."*⁴²

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

⁴⁰ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 314.

⁴¹ PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto, op. cit. p. 95.

⁴² MARIENHOFF , Miguel S., citado por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 27.

*En las contrataciones administrativas siempre se crean para cada una de las partes obligaciones y derechos, los cuales son requeridos para un desarrollo armónico del objeto contractual”.*⁴³

1.4.3. Elementos de los contratos administrativos

Conocidos también como requisitos del contrato que se encuentran presentes tanto en contratos privados sean estos civiles o mercantiles o públicos, y al ser estos una especie de estos últimos; hay autores que plantean que estos elementos son los mismos del acto administrativo, mientras que para otros, los elementos de los contratos administrativos son los que se establecen para los contratos civiles, ante ello se enfocara los elementos que mayoritariamente establecen los autores para determinar estos enfoques :

1.4.3.1. Elemento subjetivo

Referido a los sujetos suscriptores que comparecen en el otorgamiento del contrato esto es por un lado la Administración y por otro un particular, u otra institución de la Administración, en cuyo caso se estará en presencia de los contratos interadministrativos.

Del lado de la Administración Pública denominado también contratante se desprenden tres áreas formales a plantear,⁴⁴ la primera la competencia legal para concluir el contrato del órgano que represente al ente, la segunda la capacidad de este para celebrarlo, en nuestro medio por ejemplo pueden

⁴³ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004*, op. cit. p. 27-28.

⁴⁴ **CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio**, op. cit. p. 203.

realizar contratos administrativos "un organismo estatal, municipal e institucional competente"⁴⁵ y tercero el procedimiento mediante el cual se produjo el consentimiento.

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

1.4.3.2. Elemento objetivo

Se manifiesta en el objeto del contrato, es decir, que todo contrato es fuente de obligaciones (objeto del contrato), y estas obligaciones se manifiestan en prestación de dar, hacer o no hacer, siendo esta prestación el objeto mismo de la obligación, se verifica en el objeto del contrato administrativo, al cual "se le llama también el contenido del mismo."⁴⁶

El objeto es entonces la realización de un servicio público o de una obra

⁴⁵ PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto, op. cit. p. 96.

⁴⁶ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 319.

pública o de cualquier otra modalidad que pueda ser objeto de contratación administrativa bajo cualquier modalidad de contratación.

1.4.3.3. La causa

La causa tiende a ser el motivo o razón a contratar, la causa es independiente y diferente del móvil, en tanto que el móvil es un elemento subjetivo y la causa atiende a circunstancias tomar en cuenta formas objetivas,⁴⁷ por lo que no debe ser confundido pese a que se traten en el mismo elemento. Por razones obvias la causa tiende a ser distinta entre las partes, por ejemplo en Derecho Civil se enseña respecto de los contratos típicos que lo que para una de las partes es la causa del contrato para la otra es el objeto y viceversa, por ende en los contratos administrativos el contratante siempre debe tener como causa el interés público, para que sea considerado contrato administrativo mientras que para el co contratante la causa puede ser igual o distinta a la del contratante, aunque lo normal es que sea distinta ya que por lo general es un elemento económico y que es aceptado por la Administración Pública

1.4.3.4. La forma

Según el autor Manuel María Diez existe una diferencia entre la formalidad y forma, estableciendo que "las formalidades son los requisitos que han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al encuentro de ambas voluntades. La forma se refiere a la exteriorización de la voluntad, al modo como se documenta el vínculo contractual." Dicha diferencia es esencial ya

⁴⁷ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 320.

que no se debe tomar la formalidad como un elemento los contratos administrativos.⁴⁸

En síntesis, por razones de transparencia en la información pública; las formalidades deben dársele cumplimiento, el hecho de seguir los mecanismos de selección que establece la legislación respectiva para cada actuación previa a la contratación administrativa.

1.4.3.5. La finalidad

No cabe duda que esta finalidad del sujeto público contratante es la satisfacción del interés general, ello en razón de que "la Administración persigue un fin, la satisfacción del interés general, de manera que el contrato debe ser realizado por la Administración teniendo en cuenta este fin."⁴⁹

La finalidad de la Administración es indudable, sin embargo, en cuanto a la finalidad del co contratante al contratar puede ser diversa, ya que nada impide que éste tenga como finalidad la satisfacción del interés general al igual que la Administración, pero además puede ser que tenga un interés eminentemente privado, sin embargo lo importante en ésta finalidad es que no vaya en contra del Derecho.

1.4.3.6. Plazo

Sobre este elemento la doctrina nacional ha sido clara al definirlo y en este sentido Hugo Dagoberto Pineda Argueta⁵⁰ sostiene que el plazo está

⁴⁸ **Diez, Manuel María**, op. cit. p. 320.

⁴⁹ **DIEZ, Manuel María**, op. cit. p. 321.

⁵⁰ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 97.

referido al "ámbito temporal de validez de las obligaciones y derechos adquiridos por las partes, en el que debe tenerse en cuenta el plazo de las garantías post contractuales." Se puede entonces distinguir, el plazo del contrato propiamente y el de las garantías post contractuales como una extensión de aquél, un plazo de ejecución o cumplimiento y uno de garantía del mismo.

En ese mismo orden de ideas, la Jurisprudencia ha sido clara al sostener como criterio diferenciador del plazo el elemento espacio temporal, en este orden la Sala de lo Contencioso Administrativo,⁵¹ establece lo siguiente: que se podrá acordar antes del vencimiento del plazo, la prórroga del contrato especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en los demás casos que se mencionan en la ley (art 92 inciso segundo LACAP), para que ocurra se requiere el acuerdo de las partes contratantes, que el plazo no haya vencido que las causas por las que se solicita, no sean imputables al contratista.

Existe entonces un plazo original y uno derivado o condicionado a prórrogas u otras circunstancias que motiven su extensión, además, se debe de considerar que si el objeto del contrato está pactado para ser ejecutado de forma periódica y/o escalonada, habrá plazos o términos particulares dentro del plazo total.

1.4.3.7. Modo

También dice el mismo autor que las modalidades contractuales son "las especificaciones particulares que las partes pueden pactar, acerca de cómo

⁵¹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004, op. cit. pp. 28 y ss.

y cuándo cumplir los compromisos contractuales."

Sobre estos dos últimos elementos la jurisprudencia se ha referido diciendo: "La regla general es que el contrato deberá cumplirse con las condiciones establecidas en su texto (art. 82 LACAP). En tal sentido, el contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo (art. 84).

De no cumplirse con las obligaciones se derivan una serie de consecuencias para los contratistas. Sin embargo, la misma ley prevé que ciertos incumplimientos no generarán responsabilidad, cuando existieren retrasos no imputables al contratista (art. 86), éste tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, aunque el mero retraso no dará derecho al contratista a reclamar una compensación económica adicional. Debe entenderse que para la aplicación de esta norma se requiere que se configure el retraso, y que se compruebe la causa del mismo.

Así mismo, podrá acordarse antes del vencimiento del plazo, la prórroga del contrato, mediante una nueva orden o modificación del mismo, especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en los demás casos previstos en la ley (inciso segundo, art. 92). Para que esta prórroga ocurra se requiere mutuo acuerdo, que el plazo no haya vencido y que las causas por las cuales se solicita no sean imputables al contratista."⁵²

Sobre las modalidades contractuales también es aplicables todo lo

⁵² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004*, op. cit. pp.28 y ss.

relativo a ellas en materia civil, al ser por excelencia el que regula comúnmente las contrataciones y sus modalidades (entre particulares).

1.4.4. Características de los contratos administrativos

Los contratos administrativos poseen características que lo diferencian de los demás tipos, por lo que a continuación se procederá a realizar un estudio de dichas características.

1.4.4.1. Formalidad

Por la misma naturaleza de la Administración, todos los actos o contratos que realice y que otros realicen en relación con esta deben de estar sujetos a formalidades que garanticen la validez y eficacia de los contratos, siendo a través del cumplimiento de las formalidades exigidas como lo son la forma y los procedimientos de contratación, que están previamente establecidas en el ordenamiento jurídico..

1.4.4.2. Prerrogativas de la Administración Pública

Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo," ⁵³ esta desigualdad jurídica se refiere principalmente a que la Administración está en un plano superior a la del co contratante y por tanto el *ius variandi* está encima del principio de inalterabilidad del contrato, ya que el interés de la colectividad esta encima de todo tipo de contratación privada o mercantil que

⁵³ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 352.

exista entre los sujetos intervinientes.

Las prerrogativas son aquellas de las cuales la Administración tiene facultades especiales en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción de los contratos, Sin embargo la sala estable el "Correlato del principio de mutabilidad, como prerrogativa de la Administración, el concesionario tiene derecho a que ésta respete los derechos subjetivos nacidos del contrato, lo que implica no desnaturalizar o desfigurar las condiciones esenciales pactadas originalmente."⁵⁴

1.4.4.3. Cláusulas Exorbitantes

Se dice que son exorbitantes en tanto que salen de la esfera normal de la teoría de los contratos privados y son impensables en ella, esto en razón que de ser inmersas en un contrato privado dichas cláusulas serian nulas, ilícitas o se tendrían por no escritas, este tema es de suma importancia en este trabajo por lo que será desarrollado en un apartado especial más adelante.

1.4.4.4. *Intuitio personae* (en consideración a la persona)

Por regla general los derechos y obligaciones del co contratante son de carácter personal, por lo que en principio es prohibido que la transferencia de derechos contractuales, salvo disposición legal en contrario o autorización de la Administración. Sin embargo esto surge a base de excepción, por lo que tampoco puede el co contratante subcontratar sino a manera de excepción,

⁵⁴ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2010, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 152.

cuya circunstancia debe estar determinada en la ley, en nuestro caso se encuentra en el Art. 89 LACAP estableciéndose la subcontratación.

1.4.4.5. Efectos en relación a terceros

Lo que sucede en el Derecho Común es que los contratos no son oponibles a terceros por sí mismos, sino que lo son mediante su inscripción en los registros públicos, ni tampoco pueden ser invocados por estos, sin embargo esto no sucede así en el Derecho Público, en razón que pueden beneficiar a terceros y su vez poner cargas sobre los mismos, esto como efecto de un contrato administrativo, por ejemplo en el caso en que se ha concesionado al co contratante la prestación de un servicio público, este puede percibir la tarifa y las variaciones de la misma, ambas situaciones aprobadas por la Administración. Siendo que "lo convenido entre la Administración pública y el co contratante es ley a que habrá de sujetarse el usuario del servicio."⁵⁵

"Los terceros pueden invocar el contrato administrativo, por ejemplo en la concesión del servicio público, por el cual pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente en la forma pactada."⁵⁶

En ese mismo orden de ideas, al referirse a los contratos administrativos, en particular al contrato de concesión de servicio público siendo un contrato de atribución, en el cual se toma en cuenta el interés o beneficio del co contratante, porque el Estado concede parte de su dominio público⁵⁷ a aquel por medio de la vinculación contractual, pero siempre el ente contralor

⁵⁵ **Diez, Manuel María.** op. cit. p. 326.

⁵⁶ **DROMI, Roberto,** op. cit. p. 355.

⁵⁷ **DIEZ, Manuel María,** op. cit. p.316.

regulara dicha prestación, es por esa razón que vale la pena preguntarse a quien debe exigir el usuario el cumplimiento del contrato a la Administración o al particular y es que ambos son responsables de dicha prestación, la Administración porque es la que pone a disposición del administrado el servicio público para garantizarle un uso privativo y exclusivo,⁵⁸ entonces debe exigirles a ambas partes que cumplan el contrato. Sin duda alguna los usuarios siendo los terceros que son beneficiados o perjudicados de dicha vinculación contractual, deben exigir sus derechos, por un servicio público que satisfaga su necesidad.

Aunque exista el beneficio por el derecho de explotar el servicio público por parte del concesionario a consecuencia del contrato de atribución, no significa que en conflicto de derechos, del concesionario de lucrarse y el derecho de los usuarios de recibir una prestación que satisfaga sus necesidades colectivas, estará el interés particular sobre el interés de los terceros que es la colectividad, lo que marca un límite definido al momento de la ejecución de esta clase de contratos.

1.4.4.6. Supuestos de excepción ante incumplimiento

Ante la existencia de incumplimiento del contrato administrativo son distintas las situaciones que pueden realizarse de acuerdo con las particularidades de cada parte, siendo así que los co contratantes ante un incumplimiento por parte de la Administración debe de acudir a soluciones alternas del conflicto como el trato directo y el arbitraje según el Art. 161 LACAP, o bien instar ante la sede judicial. Sin embargo, la Administración en

⁵⁸ **MARIENHOFF, Miguel S,** *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos de la Administración Pública, teoría general y de los contratos en particular*, Tomo III, S. Ed., S. E., S. F., p.18.

caso de incumplimiento por parte del co contratante puede de manera unilateral declarar la caducidad del contrato, siendo esta una de las formas de extinción de las obligaciones del contrato de acuerdo al Art. 93 LACAP.

1.4.5. Clasificación de los contratos administrativos

Diversos son los criterios clasificatorios que la doctrina y la jurisprudencia ha establecido, por lo que se abordaran estos criterios en los apartados posteriores en los cuales se van a describir y a explicar de la siguiente manera:

1.4.5.1. Por razón del sujeto

Pueden distinguirse tres tipos de contratos administrativos⁵⁹

1. Celebrados entre la Administración y un particular;
2. Entre particulares, siempre que uno de ellos esté revestido de competencias públicas, figura que se aplica de forma excepcional;
3. Entre dos entes administrativos.

1.4.5.2. Por razón de su objeto

Este criterio puede hacer extensa la clasificación ya que cada contrato administrativo tiene un objeto propio, por lo que solo enumerara los regulados en el artículo 22 LACAP, los cuales son:

⁵⁹ CASTEJÓN PAZ, Benito y RODRIGUEZ ROMAN, Emilio, op. cit. p. 200.

1. Contrato de Obra Pública;
2. Contrato de Suministro;
3. Contrato de Consultoría;
4. Contrato de Concesión;
5. Contrato de Arrendamiento de bienes muebles.

Es de aclarar que los contratos antes mencionados no son los únicos que puede celebrar la Administración pública, el artículo 24 de la LACAP establece que pueden celebrarse otros contratos, de acuerdo a las normas de Derecho Común pero se observara todo lo dispuesto en la LACAP para su preparación, adjudicación y cumplimiento en todo lo que fuere aplicable, entre los contratos que se pueden mencionar: La Compraventa y arrendamiento de inmuebles.

1.4.5.3. En razón de la parte a cargo de la prestación

Los contratos pueden ser de atribución y colaboración, en el primero el co contratante obtiene y tiene como causa el beneficio propio y aprovechamiento que obtiene del Estado, es decir se tiene en cuenta el interés particular del sujeto a quien se le otorga la concesión, ya que este tendrá beneficios económicos, "en este supuesto la prestación fundamental la hace la Administración que concede el uso de una porción del dominio público"⁶⁰.

⁶⁰ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 316.

Ejemplo de lo antes expuesto es el contrato de concesión de prestación de servicios y en el segundo elemento se tiene en cuenta el interés general de la colectividad, por lo que el co contratante es un "colaborador de la función administrativa"⁶¹, por el ejemplo el contrato de obra pública cumple con el supuesto al que hace alusión el autor, ya que reúne los requisitos internos y externos enunciados en las ideas anteriores dado que existe similitud entre los elementos categóricos.

1.4.5.4. En razón de si están regulados o no

Los contratos son típicos y atípicos, los primeros referidos a la taxatividad en la ley que poseen la calidad de institución jurídica, es decir, que estén en "una disciplina concreta y detallada de la ley,"⁶² mientras que los segundos son aquellos que no se encuentran regulados expresamente en la ley y que surgen del principio de la autonomía de la voluntad.

1.4.5.5. En razón de la ejecución de la prestación

Pueden ser los contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo, el primero se cumple en un solo acto, sin que esté ligado a un acto posterior, ejemplo de ello es el contrato de compraventa, la permuta, y otros (siempre que sus obligaciones no se cumplan a plazos, es decir, deben cumplirse en un solo acto), mientras que el segundo se cumple de forma paulatina y sucesiva, como el contrato de concesión de prestación de servicio público, el de suministro, el de obra pública, y todos aquellos contratos que normalmente son de ejecución instantánea, pero por cláusulas accidentales

⁶¹ **CASSAGNE, Juan Carlos**, *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 27.

⁶² **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 28.

se cumplen de forma paulatina, como la compraventa a plazos.

1.4.5.6. En relación del número de partes que se obligan

Bajo este criterio los contratos son bilaterales en donde ambas partes conforman la vinculación contractual, obligándose recíprocamente; por ejemplo el contrato de concesión de servicio público.⁶³ Y es multilateral cuando son más de dos partes que se obligan recíprocamente ejemplo el contrato de obra pública.

1.4.5.7. En razón de las utilidades que se generan a las partes

Los contratos administrativos son onerosos porque ambos contratantes buscan de forma recíproca un provecho;⁶⁴ por ejemplo el contrato de concesión de servicio público, siendo así que el co contratante de las rentas o precio por el servicio brindado a la colectividad obtiene su beneficio.

1.4.5.8. En razón de las equivalencias de las prestaciones

Los contratos administrativos pueden ser conmutativos si al celebrarse los mismos se conocen (o al menos es de fácil determinación) por las partes las ventajas (beneficios) o pérdidas económicas que obtendrán,⁶⁵ por ejemplo el contrato de obra pública, y es aleatorio cuando no se tiene con seguridad una cantidad fija en cuanto a las ganancias percibidas por la prestación realizada y que por lo tanto no pueda ser determinable

⁶³ **RODRIGUEZ, Arturo Alessadri**, *De los Contratos*, S. Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, S.F., p. 17.

⁶⁴ **RODRIGUEZ, Arturo Alessadri**, op. cit. pp. 17 y ss.

⁶⁵ **ZABALA CHAVERO, Roberto**, *Los Contratos Administrativos y los contratos de obra*, S. Ed, S.E., 2013, p.40.

comúnmente, tal es el caso del contrato de prestación de servicio público.

1.5. Etapas de la actividad contractual del Estado

La actividad contractual del Estado cuenta con una diversidad de etapas coordinadas y de estricto cumplimiento, las cuales cuentan con sus características al momento de ejecutarse, por lo que a continuación se procederá a realizar un estudio de estas fases:

1.5.1. Etapa Precontractual.

El proceso formativo del contrato administrativo en el régimen público, se manifiesta a través de etapas de las cuales se mencionan “una fase preparatoria de la autorización a la Administración Pública para contratar, determinación del presupuesto y objeto que deberá contratarse, elección del contratante particular, adjudicación y aprobación del contrato, suscripción formal y ejecución del contrato. Estas etapas pueden en algunos casos, presentarse en forma implícita o conjunta, pero todas son formalidades esenciales,”⁶⁶ la omisión de alguna de estas etapas provoca la nulidad del contrato administrativo, al faltar una produciría la ineficacia, invalidez o inexistencia.

Estas fases manifiestan su carácter de necesario y destacan la presencia de un contrato de la Administración pública. La estructura procesal de la formación de la voluntad contractual administrativa es común a cualquier clase de contratos administrativos, sin perjuicio de presentarse variantes

⁶⁶ **MENA CASTRO, Armando Enrique**, *La Contratación Pública en El Salvador VII*, p.19, disponible en www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/.../lib185-7.p2df, sitio consultado el 24 de junio de 2014.

singulares que se fundamentan con el objeto específico que deben realizar.

La promoción inicial del proceso contractual por parte de la Administración Pública se manifiesta con la autorización para contratar. “El acto de autorización establece la facultad de la Administración por la cual esta debe realizar un contrato: se debe diferenciar de aquel que autoriza a un órgano la realización de ciertas partes del proceso creador y contractual; por ejemplo, la preparación del proyecto, la búsqueda del co contratante, y la suscripción del contrato.”⁶⁷ La atribución de autorización para contratar habilita a la misma para poner en movimiento el proceso.

Estas atribuciones para promover el proceso de contratación que algunos mencionan de la voluntad administrativa, son distintas a las atribuciones para la conclusión del contrato, es decir del procedimiento desenvuelto por órganos administrativos en diversas fases o etapas del proceso de contratación, por lo general atribuido a órganos técnicos o a otros de jerarquía inferior.

Armando Mena Castro establece que: “La contratación administrativa requiere no solo que exista un respaldo o crédito presupuestario, sino la intervención de una serie de órganos y la sustanciación de un procedimiento formal que tiene el mismo fin, pero eso no quiere decir que sea todo igual.”⁶⁸ De la anterior afirmación se presentan una serie de variantes, el procedimiento o forma de adjudicación que corresponda, en la cual hay un papel importante de las instancias administrativas.

En este sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo establece que

⁶⁷ **MENA CASTRO, Armando Enrique**, op. cit. p. 19.

⁶⁸ **MENA CASTRO, Armando Enrique**, op. cit. p. 19.

en el proceso de contratación administrativa, “debe establecerse la diferencia entre dos fases; el procedimiento de licitación o selección del contratista, y la contratación como tal.”⁶⁹ Considerándose a la primera, una etapa previa a la contratación.

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública es el cuerpo normativo que regula lo referente a la Contratación Administrativa, regula desde una etapa precontractual y contractual, “para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista,”⁷⁰ es en dicha ley en la que se menciona todo lo referente a las fases a las cuales hace alusión de manera directa el Tribunal de mérito y así lo establece el Art-23 de la misma ley.

De las dos fases, se puede decir lo siguiente: “La primera fase, que comprende la formación de voluntad de la Administración en la selección del contratista, constituye un *iter* o secuencia de actos de inequívoco carácter administrativo que culmina con la adjudicación. La segunda es la suscripción del contrato con sus subsecuentes efectos.”⁷¹

Respecto a la primera fase; el titular, la Junta o Consejo Directivo o el Concejo Municipal según el caso de la respectiva institución, será el competente para la adjudicación de los contratos y para a la aprobación de las bases de licitación o de concurso esto según Art- 18 LACAP. También existe un control acerca del proceso que se lleva a cabo para la contratación

⁶⁹ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 8-T-92, de fecha 27 de febrero de 1998, Considerando IV, p. 9.

⁷⁰ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 87-P-99, de fecha 15 de diciembre del 2000, Considerando IV, p.10.

⁷¹ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 8-T-92, de fecha 27 de febrero de 1998, Considerando IV, p. 9.

administrativa, pues el Fiscal General de la República velara que en toda clase de concesión todos los requisitos, condiciones y finalidades establecidas se les den fiel cumplimiento. Si no fuese así, al existir irregularidades de lo antes mencionado, el titular responderá solidariamente por los subalternos por su incumplimiento a esta ley. De todo acto preparatorio de las adquisiciones y contrataciones así como de su vigilancia, de su ejecución y liquidación responderán por las infracciones y delitos los subalternos, si están a su cargo. Y todo subalterno que tenga conocimiento de infracción o delito de algún superior está obligado a denunciarlo ante la Fiscalía General de la República, todo esto según el Art 19 de la ya referida ley para que se inicie con la respectiva acción penal ante los tribunales correspondientes quienes en el desarrollo del proceso deberán tomar en cuenta esta fase de la actividad contractual para deducir responsabilidades.

Según el artículo 22 LACAP, la Administración Pública para la consecución de sus fines puede celebrar los siguientes contratos: Obra Pública, Suministro, Consultoría, Concesión y Arrendamiento de Bienes Muebles; Estos contratos deben considerarse contratos típicos y nominados, según Armando Enrique Mena Castro.⁷² Ya que tienen asidero legal que establece los límites y competencias.

En relación a los contratos que están regulados en dicha ley, para contratar con la Administración Pública es necesario que toda persona natural o jurídica ya sea nacional o extranjera debe tener capacidad legal para obligarse y de acuerdo al Art 25 de la mencionada ley, se deben de cumplir las siguientes condiciones: no haber sido condenado con anterioridad, mediante sentencia firme, por delitos contra la Hacienda

⁷² **MENA CASTRO, Armando Enrique**, op. cit. p. 10.

Pública, corrupción, cohecho activo, tráfico de influencias y los contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; no haber sido declarado en estado de suspensión de pagos de sus obligaciones o declarado en quiebra o concurso de acreedores, siempre que no esté rehabilitado; no haberse extinguido por parte de la institución contratante el contrato celebrado con alguna de las instituciones, por causa imputable al contratista, durante los últimos cinco años contados a partir de la referida extinción; no estar insolvente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, municipales y de seguridad social; no haber incurrido en falsedad material o ideológica al proporcionar la información requerida de acuerdo a esta ley y no haber evadido la responsabilidad adquirida en otras contrataciones, mediante cualquier artificio. “Tanto las personas naturales como jurídicas, solo pueden ser co contratantes siempre que actúen encuadradas a las normas que regulan todo lo referente a la contratación administrativa.”⁷³ Y ello implica tener solvencia moral para contratar.

La Administración Pública no siempre puede elegir libremente a su co contratante lo que constituye la excepción en materia de contratación. Es muy común que el ordenamiento jurídico, constriña a realizar dicha elección, observando y respetando ciertas normas. Debe respetarse el procedimiento establecido para seleccionar a su co contratante, si no fuese así, el contrato se hallaría viciado por no haberse observado un aspecto de la forma.⁷⁴ En cuanto la idoneidad técnica, moral y financiera de los ofertantes, es de advertir que debe de acreditarse *a priori* es decir toda persona que aspire a contratar con la Administración su idoneidad debe acreditarse con anterioridad, lo que viene a significar una excepción a la regla que se ha

⁷³ **MARIENHOFF, Miguel S**, *Tratado de Derecho Administrativo*, S. Ed., Tomo III-A, Edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, S.F., p. 155.

⁷⁴ **MENA CASTRO, Armando Enrique**, op. cit. p. 13.

establecido anteriormente ya que por motivos de carácter técnicos existe la necesidad de establecer una contratación directa.

La idoneidad de la persona va más allá de requisitos de capacidad, pues también existen impedimentos para contratar con la Administración según Art- 26 de LACAP, dentro de los impedidos se encuentran el Presidente de la República, el vicepresidente, los diputados entre otros, quienes tienen vinculación directa con la cosa pública.

En los artículos 41 y 55 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que en lo sucesivo denominaremos RELACAP, se establece que el proceso de adquisición iniciará con una solicitud que deberá contener los requisitos que se establecen en este, pero cuando se tratare de contratación directa, la autorización de solicitud deberá constar en la resolución razonada, que emitirá por ejemplo el titular de la institución, en la que se hará referencia por las razones que la motivan según el mismo Reglamento.

1.5.1.1. Precalificación

Previo a una licitación o concurso, existe una etapa que se denomina la precalificación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 RELACAP, es realizada por la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que se abrevia UACI; la precalificación consiste en la preselección de los ofertantes. En esta etapa, el participante presenta documentos que lo amparen como una persona idónea y capaz de ser tomada en cuenta para ser co contratante. Cabe mencionar que esta etapa procede por regla general previo a una licitación o concurso según dicha ley. La precalificación se hace mediante recolección de datos que muestran con claridad la

solvencia financiera, según reglamento Art 27 inc. 2 de esta ley. El Art 30 RELACAP, menciona que los requisitos para la convocatoria a precalificación serán los mismos que las bases de licitaciones o concursos establezcan.

Por las mismas razones de interés público la Administración exige a toda persona garantía para asegurar el cumplimiento fiel del contrato, por ejemplo si existe incumplimiento por parte del co contratante la garantía se hace efectiva y por supuesto las responsabilidades por su incumplimiento, así lo establece el Art. 36 RELACAP.

En esta etapa precontractual, la Administración Pública utiliza algunos sistemas o mecanismos de selección del co contratante, existen diversos mecanismos, pero en la legislación administrativa en el Art- 39 de la LACAP, se regulan los siguientes: Licitación o concurso público, libre gestión y contratación directa, los cuales abordaremos más adelante.

Para conocer en qué momento se da la oportunidad para licitaciones o concursos se realiza una convocatoria y se efectuará en el sitio electrónico de compras públicas habilitado y por lo menos en uno de los medios de prensa escrita de circulación nacional, indicando las obras, bienes o servicios a contratar, el lugar donde los interesados pueden retirar los documentos de información, el costo si lo hubiere, así como el plazo para recibir ofertas y para la apertura de las mismas así lo establece el Art 47 de la misma ley.

1.5.1.2. Bases de licitación

En el Art 43 LACAP se mencionan las bases de licitación o concurso, es necesario mencionar que esto es previo a la celebración del contrato como se mencionó en líneas anteriores, ya que en estas se detallan el objeto de

las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones por todos los participantes.

Al respecto, es preciso señalar que la Sala de lo Contencioso Administrativo establece: “que las bases de licitación contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta.”⁷⁵ En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos: su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma. Se establece expresamente que las bases de licitación o concurso constituyen un instrumento particular que regulará la contratación específica.

1.5.1.3. Oferta

Las ofertas se presentaran de forma física o virtual, entiéndase esto según el RELACAP, con identificación clara del oferente y del proceso al que está participando. En toda esta documentación, se analizará si existe capacidad y experiencia del oferente, según el Art 47 RELACAP.

Los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la Administración. Ello se proyecta de la siguiente manera: La consideración de las ofertas en un plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes, el respeto de los plazos establecidos en el desarrollo del

⁷⁵ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 140-2005, de fecha 16 de marzo de 2009, Considerando IV, p. 9.

procedimiento, evitando favorecer a alguno de los concurrentes, el cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes, las notificaciones oportunas a todos los concurrentes, la inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales y la indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.⁷⁶

1.5.1.4. Mecanismos de selección del co contratante

Los medios o sistemas reconocidos por la Ciencia Jurídica para la selección del co contratante de la Administración Pública no son exclusivos de un determinado contrato administrativo, sino que son de posible aplicación en todos los contratos o en muchos de ellos.

En este sentido los diferentes doctrinarios hacen mención a diferentes mecanismos de selección los cuales obedecen a la realidad jurídica en la que se desarrollaron y el ordenamiento jurídico interno pero haremos alusión a Libardo Rodríguez⁷⁷ quien menciona los siguientes mecanismos o medios de selección:

1. Licitación pública:
 - a. Por invitación; o
 - b. Privada.

⁷⁶ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con referencia No. 912-99, de fecha 3 de abril de 2001, Considerando IV, p.7.

⁷⁷ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. p. 157.

2. Libre elección;
3. Contratación directa;
4. Remate público; y
5. Concurso.

Antes de la entrada en vigencia de la LACAP, se encontraban leyes especiales que regulaban la contratación estatal las cuales son:

1. La Ley de Suministros de 1939⁷⁸, la cual en su Art 3 regulaba, actividad contractual y las formas de contratación y selección cuando el Estado contratara con el particular para suplir las necesidades de El mismo.
2. La Ley de Suministros de 1945⁷⁹ establecía únicamente en el artículo 32 una forma de contratación, la cual era el Concurso.
3. Ley de Suministros de Obras Públicas comprendía la libre gestión,⁸⁰
4. Ley de Suministro para el Ramo de fomento de Obras Públicas de 1953⁸¹ y la Ley de Suministros para el Ramo de Salud Pública y

⁷⁸ **LEY DE SUMINISTROS**, D. L. N. 100, de 27 de diciembre 1939, D. O. N. 3, Tomo N. 128, publicado el 4 de enero de 1940.

⁷⁹ **LEY DE SUMINISTROS**, D.L. N. 280 del 19 de diciembre de 1945, D.O N.283, Tomo 139, publicado el 26 de Diciembre 1945.

⁸⁰ **LEY DE SUMINISTRO DE OBRAS PUBLICAS**, D.L.N. 316 del 11 de julio de 1951, D.O.N. 136, Tomo 152 publicado el 23 de julio de 1951.

⁸¹ **LEY DE SUMINISTRO PARA EL RAMO DE FOMENTO DE OBRAS PUBLICAS** D.L.N 976 del 27 febrero de 1953, el D.O. N 42, Tomo 158, publicado el 3 de marzo de 1953.

Asistencia Social de 1982.⁸² Establecían la licitación o concurso público.

Es de aclarar que LACAP no es única legislación que regula las actividades de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública de manera exclusiva, ya que en la legislación aduanera vigente se establece “la subasta o remate público”, figuras que son de naturaleza administrativa y que su objeto es una adquisición administrativa, en ese sentido se pueden detallar las leyes siguientes que regulan la institución a la cual se hace mérito, entre estas leyes tenemos:

1. Ley Orgánica de la Dirección General de Aduana;⁸³
2. Ley del Régimen Aduanero de las tiendas libres;⁸⁴
3. Ley Especial para sancionar infracciones aduaneras;⁸⁵
4. La Ley de Almacenaje;⁸⁶
5. Código Aduanero Uniforme Centroamericano.⁸⁷

⁸² **LA LEY DE SUMINISTROS PARA EL RAMO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL**, D. L.N 1083, del 14 de abril de 1982, D.O.N 67, Tomo 275, publicado el 14 de abril de 1982.

⁸³ **LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS**, D. L. N 903, del 14 de diciembre de 2005 D. O. N.8, Tomo 370, publicado el 12 de enero de 2006.

⁸⁴ **LEY DEL REGIMEN ADUANERO DE LAS TIENDAS LIBRES**, D. L. N 373, del 5 de abril del 2000, D. O. N 81, Tomo N 351, publicado el 2 de mayo de 2001.

⁸⁵ **LEY ESPECIAL PARA SANCIONAR INFRACCIONES ADUANERAS**, D.L.N 551, del 20 de Septiembre de 2001, D. O. N 204, Tomo N 353, publicado el 29 de octubre de 2001.

⁸⁶ **LEY DE ALMACENAJE**, D. L. N 638 del 29 de noviembre de 1990, D. O. N 285, Tomo No 309, publicado el 19 de diciembre de 1990.

⁸⁷ **CÓDIGO ADUANERO UNIFORME CENTRO AMERICANO**, Resolución No 223-2008 (COMIECO-XLIX), del 25 de abril de 2008, D. O. No. 95, Tomo N 379, publicado el 23 de mayo de 2008.

El procedimiento que se va seguir en este caso para la subasta se encuentra regulado en el Código Aduanero Uniforme Centro Americano y su respectivo reglamento, previo un aviso público que establece el art 607 del reglamento. El aviso se realizara en un lugar visible de la aduana, en el Diario Oficial o en un periódico de mayor circulación nacional y página electrónica del servicio aduanero. Tomándose en cuenta también que la fecha y hora de la subasta la establece la Dirección General de la Renta de Aduanas así lo expresa el artículo 18 de la Ley de Almacenaje y se seguirá el procedimiento que menciona el Reglamento del Código Aduanero Uniforme Centroamericano en el artículo 611 que es el siguiente: *“a) Previo al llamamiento para hacer posturas, de acuerdo con el orden señalado en el aviso de subasta, el funcionario designado ofrecerá las mercancías indicando el número de la partida o el lote que le corresponde y su precio base; b) El funcionario solicitará ofertas para las mercancías y podrán hacerse tantas como los interesados deseen. Si no hubiese quien desee superar la mayor propuesta formulada, el funcionario lo preguntará por tres veces a la concurrencia y de no recibir una oferta superior, adjudicará la mercancía al mejor postor; c) Inmediatamente o a más tardar dentro del día siguiente a la fecha de la adjudicación de la mercancía, el adjudicatario pagará en efectivo o mediante cheque certificado, la totalidad o la diferencia, en su caso, en relación con el monto previamente depositado, utilizando el formulario correspondiente; y d) Del resultado de la subasta se levantará acta circunstanciada, en la forma que disponga el Servicio Aduanero, y se consignará, al menos, el nombre del funcionario designado, cantidad y clase de las mercancías que se vendieron, nombre, razón o denominación social de los compradores y el precio de adjudicación.”*⁸⁸

⁸⁸ **REGLAMENTO DEL CÓDIGO ADUANERO UNIFORME CENTROAMERICANO,** RESOLUCIÓN N 224-2008 (COMIECO-XLIX), D. O. N 95, Tomo N 379, publicado el 23 de mayo de 2008.

En ese mismo orden de ideas, al no concluirse la subasta en el día establecido por la Dirección General de la Renta de Aduanas, se continuara a la primera hora hábil del siguiente día. Algunos requisitos o procedimiento de la Subasta pueden variar por ejemplo lo establecido en el artículo 612 del mismo reglamento, de acuerdo a las mercaderías restringidas y artículo 620 que menciona acerca de las subastas por sistemas o medios electrónicos.

Aclarado lo anterior, se establece que en la actualidad el Art 39 LACAP, regula las siguientes formas de contratación:

1. Licitación;
2. Concurso público;
3. Libre gestión; y
4. Contratación directa.

En cualquiera de las anteriores formas de contratación, pueden participar personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeros. Pero para proceder a las formas de contratación, se deben seguir ciertos criterios, que son determinantes en la contratación, en ese sentido el Art 40 LACAP, regula la forma de contratación directa, en la cual no habrá límite en los montos por lo extraordinario de las causas que lo motiven, naturaleza del contrato, entre otros.

Por lo antes expuesto se va desarrollar cada una de las formas de contratación que tanto la doctrina como la ley establecen para la selección del co contratante verificando el análisis con los precedentes

Jurisprudenciales para comprender los parámetros necesarios para poder identificar la forma idónea de ser utilizados.

1.5.1.4.1. La licitación

A nivel doctrinario se establecen tres clases de licitación las cuales se desarrollaran a continuación, mas sin embargo es necesario aclarar que en lo que respecta a la legislación salvadoreña, solo se adopta y se regula la licitación pública o abierta, mas no la licitación privada ni la mixta, por ello se hará un mayor énfasis en el desarrollo de la primera (licitación pública o abierta).

1.5.1.4.1.1. Licitación pública abierta

La licitación “es un procedimiento de selección del co contratante por medio del cual la Administración sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente”.⁸⁹ La licitación se concreta fundamentalmente en establecer, que persona o entidad ofrece el mejor precio para realizar la prestación y se dice que dicho sistema es considerado automático, porque el contrato debe adjudicarse a quien fuese más rentable.

La licitación se define como un procedimiento administrativo de selección, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa, entendiéndose como aquella propuesta que cumpla con todos los requisitos que establecen las bases de

⁸⁹ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. p. 159.

licitación a un menor costo, ello con la finalidad de contratar al mejor evaluado respecto de los parámetros que necesitan para ostentar la calidad de co contratante. “Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que le dan existencia y validez y tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad en las actuaciones de la Administración Pública.”⁹⁰

Un proceso de licitación manejado conforme a derecho es garantía de una sana Administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos. El objeto de esta forma de contratación es promover la competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas a participar, así lo establece el artículo 59 de la LACAP, garantizando la transparencia y la buena ética de los servidores públicos.

De acuerdo al artículo 43 LACAP, La etapa inicial del proceso licitatorio o concurso es la elaboración de las bases de licitación o concurso.⁹¹ Estas deben ir redactadas de forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan a detalle el objeto de las obligaciones contractuales y evitar ambigüedades o abstracciones que generen confusión.

Anteriormente se mencionó que la idoneidad técnica, moral y financiera es importante, pues solo pueden intervenir las personas inscriptas en los respectivos registros, con lo cual demuestran notoria solvencia, el

⁹⁰ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 55-F-2002, de fecha 3 de enero del 2005, Considerando IV, p.4.

⁹¹ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 140-2005, de fecha 16 de marzo de 2009, considerando I, p. 6.

Reglamento de LACAP menciona en el Art 26,⁹² de cómo comprobar su solvencia en el cumplimiento de obligaciones fiscales, municipales, de seguridad social y previsional. Otro de los requisitos importantes para la licitación es la igualdad de trato para todos los que intervienen en el cómo licitadores u ofertantes; pero esa igualdad no está supeditada a valoraciones subjetivas realizadas por la Administración Pública a través de sus decisiones: la referida igualdad exige que la situación de los distintos ofertantes o licitadores sea valorada sobre bases o datos objetivos (por ejemplo constancia de la inscripción en el respectivo registro y precio ofrecido).⁹³ En la forma de contratación por licitación se aplicará siempre que se trate de bienes o servicios relacionados al patrimonio y construcción de obras, así lo establece el Art 39 inc. 2 de la misma ley.

De acuerdo al Art 59 de LACAP. La Licitación Pública es el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren los de consultoría. Se debe de entender que este es un procedimiento de selección del co contratante donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones ya que pueden concurrir todas las personas naturales o jurídicas que estén en condiciones conforme a la ley.

“*La ratio iuris*, es la razón de ser de la licitación, se debe analizar desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados, también se le llama abierta por el hecho de ser ilimitada.” Con relación al Estado la *ratio iuris* no es otra que conseguir que el contrato se realice de

⁹² **REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, D No 53, D. O. No 71, Tomo No 399, publicado el 19 de abril de 2013.

⁹³ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. pp. 218 y ss.

modo que la Administración Pública tenga la mayores posibilidades de acierto, en lo que respecta, por un lado al cumplimiento del contrato, la calidad de la prestación ya sea de lo que trate y por otro lado lograr todo en las mejores condiciones económicas.⁹⁴ Pero en el procedimiento de la licitación también se busca garantizar a los particulares o administrados que desean de buena fe contratar con el Estado, es decir que dicho procedimiento tienden asegurar la igualdad que justifica la licitación. En ese orden de ideas todo contrato administrativo llevado sin licitación cuando sea necesario es un contrato nulo por vicio de forma, pues si la norma lo exige, se debe de cumplir con tal requerimiento, de lo contrario será anulable por cualquier sujeto que demuestre un interés legítimo.

“La doctrina menciona que este sistema solo rige para casos de carácter especial y que en definitiva resultan extremos entre sí, para los asuntos de gran trascendencia económica o de muy pequeña importancia económica.”⁹⁵ Este sistema no debe confundirse con el de contratación directa o privada. Aquel desde un principio deja en amplia y total libertad de acción a la Administración Pública, reunidas las pertinentes condiciones objetivas, puede contratarse sin necesidad de observar y realizar trámite alguno, en cambio la contratación directa o privada, solo procede cuando reunidas también las condiciones objetivas establecidas, la Administración.

“De tal manera que la licitación pública es un pedido de ofertas, un llamado a que estas sean formuladas, pero ella no constituye una oferta. Caetano”⁹⁶ manifiesta que para vincularse contractualmente con la Administración Pública, no hace propuestas de contrato, las recibe. El que

⁹⁴ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. p. 142.

⁹⁵ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. p. 159.

⁹⁶ **CAETANO**, *Manual de Derecho Administrativo*, S. Ed., Editorial Lisboa 1965, p. 312.

hace ofertas, que está en condiciones legales de hacerlas, desee presentarse formulando su proposición, sí varios interesados hacen sus ofrecimientos, esto permitirá que la Administración Pública seleccione de las condiciones más ventajosas.

La doctrina reconoce “la existencia de dos especies fundamentales de licitación, la pública y la privada. Pero se menciona que existe además un tercer tipo: la restringida, es una subespecie de la licitación pública. Pues existe una diferencia marcada y es que en la licitación pública, el número de oferentes o licitadores no tiene limitación. Pueden concurrir todas aquellas personas o entidades que de acuerdo a las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a esa licitación. En la licitación privada solo pueden intervenir, como oferentes o licitadores, las personas o entidades invitadas por la Administración Pública,⁹⁷ se trata de personas que actúen para cierto tipo de negocio, expertas en la actividad a que se refiere el contrato.

En cuanto a la licitación, cuando solo se admitan por ejemplo a licitadores de un solo lugar, Municipio, empresario de cierta capacidad mínima de producción es una licitación restringida.⁹⁸ En la legislación salvadoreña especialmente en la LACAP solo se menciona la licitación pública no la privada, quedando esta última fuera de las formas o mecanismos de contratación pública, a partir de la reforma del 18 de mayo de 2011, la Asamblea Legislativa eliminó la licitación privada y el concurso por invitación.⁹⁹ Lo que vino a modificar y a generar más competitividad entre

⁹⁷ MARIENHOFF, Miguel S, op. cit. pp. 143 y ss.

⁹⁸ MARIENHOFF, Miguel S, op. cit. pp. 176 y ss.

⁹⁹ REFORMAS A LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, D. L. N. 868, del 15 de mayo de 2011, D.O.N. 88, Tomo N. 347, del 18 de mayo de 2011.

los participantes ya que se eliminaron esas instituciones que generaban en muchos casos la facultad discrecional de la administración que degeneraba en muchos en actos arbitrarios y abusivos.

Esta forma de contratación es la que se aplica en los contratos de Concesión el Art. 133 establece que la forma de seleccionar al concesionario para cualquier tipo de concesión será la licitación pública, nacional e internacional, que se regirá por las reglas que para la licitación pública prevé la LACAP.

Como consecuencia del llamado a licitación, las personas interesadas en la contratación presentan sus ofertas y propuestas. Propuesta u oferta son términos que se equivalen conceptualmente. El proponente es el oferente siendo sinónimos de licitador. La búsqueda del contratante por el sistema del llamamiento a iniciar un proceso licitatorio abierto y público se caracteriza por la amplia publicidad del llamado, cualquier persona puede participar y aspirar a una posible contratación con la Administración. Cabe mencionar que en materia de licitación pública son aplicables los principios tales como: publicidad e igualdad.

1.5.1.4.1.2. Licitación privada

Es aquella a la que solo pueden presentarse como oferentes las personas o entidades expresamente invitadas al efecto por la Administración Pública. Mientras que en la licitación pública la afluencia de proponentes es ilimitada, es un llamado público, la procedencia de la licitación privada depende de cada ordenamiento legal de cada país, esta procede no solo, como dicen algunos tratadistas, en el caso de un contrato que requiera una especial capacitación o competencia, sino también cuando el monto del

contrato no supere determinado límite o cuando una licitación pública anterior haya fracasado por no haber presentado ofertas admisibles.

Este tipo de licitación es conocido como sistema de concurso de precios; en donde siempre la Administración Pública escoge, pero no se podrá excluir la justificación de la razonabilidad de su escogimiento.¹⁰⁰ Es de mencionar como ya se dijo en líneas anteriores que la licitación privada que se regulaba en el Capítulo III de la LACAP ha quedado derogada, a partir de la reforma del 18 de mayo de 2011.

1.5.1.4.1.3. Licitación mixta

Se deberá entender la licitación mixta como aquella forma de selección en la cual participan los llamados expresamente a ofertar en la licitación y también aquellos que no están establecidos o en la convocatoria.¹⁰¹ Es decir esta forma de contratar se conforma por ofertantes de una licitación pública y a la vez ofertantes de una licitación privada.

1.5.1.4.2. Libre gestión

Este es un procedimiento simplificado por medio del cual las instituciones seleccionan al contratista que les proveerá obras, bienes, servicios o consultorías, hasta por el monto establecido en esta Ley.

Toda convocatoria para esta modalidad de contratación y sus resultados, se deben publicar en el Registro del Sistema Electrónico de Compras

¹⁰⁰ BARTOLOME A, FIORINI, op. cit. pp. 431 y ss.

¹⁰¹ LICITACIONES, disponible en <http://www.licitacion-es.com.mx/definicion-de-licitaciones.html>, sitio consultado el 11 de Agosto de 2014.

Públicas, la LACAP lo regula en su Art 68, la libre gestión, como procedimiento de contratación, es un mecanismo abierto para que la Administración Pública contrate con el particular.

1.5.1.4.3. Contratación directa

Este tipo de contratación es la que la Administración Pública realiza con una firma, entidad o persona determinada, tratando de llegar con ella a un acuerdo conveniente, en trato directo, con exclusión de puja o concurrencia, la contratación directa no implica lo que se conoce como libre elección, la contratación directa, procede en casos donde se ha fracasado ante una licitación.

Este mecanismo se realiza directamente por la primera y se establece por anteriores concursos; o cuando cuestiones de carácter técnico especial la imponen, aunque también se menciona que puede realizarse por discreción y por razones de urgencia, las cuales deben ser justificadas y probadas por el ente contratante al momento de emitir el acto administrativo ya que en caso contrario se estaría soslayando con un posible acto arbitrario.

Siempre será la Administración la que unilateralmente establezca las condiciones objeto de este mecanismo de selección. El sistema permite mayor libertad a la Administración y se permite de común acuerdo la modificación o alteración del contrato aprobado.

1.5.1.4.4. Subasta, remate o venta de martillo

“Es un mecanismo para la realización de venta de bienes muebles por parte de la Administración. La palabra subasta tiene sus raíces históricas

lejanas y viene originalmente del latín sub hasta, bajo la lanza.”¹⁰² Desde un punto de vista jurídico remate o venta de martillo es sinónimo.¹⁰³ En este mecanismo existe selección, donde la mejor oferta de los postores es la seleccionada. Es de mencionar que existen tipos de subastas, las cuales varían dependiendo de la dinámica a utilizar durante el desarrollo de la misma las cuales son las siguientes:¹⁰⁴

1. Subasta en sobre cerrado: Es aquella en la que los postores su oferta la presentan en una sola ocasión en un contenedor cerrado evitando que la información sea vista por los demás ofertantes hasta el día que se realice la selección.
2. Subasta dinámica: a diferencia de la anterior, los postores conocen la oferta de su competencia y pueden modificar la suya mientras la subasta está abierta.
3. Subastas voluntarias: En las cuales el sujeto libremente decide vender un bien, y decide que la forma de maximizar el precio de venta es someterlo al procedimiento de subasta pública.
4. Subasta obligatoria: referida a las subastas de bienes embargados a un deudor. En ese caso la ley suele exigir el procedimiento de subasta pública para dar una mayor transparencia a la venta, y permitir que el precio a percibir por el deudor a cambio del bien sea lo más alto posible.

¹⁰² PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto., *Monografía de Derecho Administrativo en El Salvador*, edición, San Salvador, El Salvador, 2013, p. 103.

¹⁰³ MARIENHOFF, Miguel S, op. cit. pp. 294 y ss.

¹⁰⁴ PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto, op. cit. p. 104.

1.5.1.4.5. Concurso

Es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. En el concurso se tiene en vista el factor personal a diferencia de licitación o remate, se consideran decisiones técnicas y financieras referidas al precio.¹⁰⁵

1.5.1.4.6. Adjudicación

Es una de las más fundamentales etapas de la licitación, efectuándose así la selección del co contratante, porque se entiende que es el acto mediante el cual la Administración Pública previo examen de las propuestas presentadas otorga al ofertante la facultad de ejecutar la propuesta realizada al inicio del proceso licitatorio,¹⁰⁶ bajo esta óptica la Sala de lo Contencioso Administrativo menciona que: “adjudicación es, una fase dentro de la licitación, que habilita para contratar con el adjudicatario, y no el contrato mismo”¹⁰⁷ de lo cual se entiende que hay una relación de genero a especie que vincula ambas instituciones.

De lo anterior se extrae que “La adjudicación es un acto constitutivo de derecho, mediante el cual se habilita al participante seleccionado a suscribir del contrato correspondiente con la entidad licitante.”¹⁰⁸ Pero no perfecciona el contrato. La Sala de lo Constitucional menciona, “que la adjudicación es un acto conclusivo del procedimiento administrativo precontractual y no el

¹⁰⁵ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. pp. 243 y ss.

¹⁰⁶ **MARIENHOFF, Miguel S**, op. cit. pp. 215 y ss.

¹⁰⁷ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 37-G-95, de fecha 25 de septiembre de 1998, Considerando IV, p. 9.

¹⁰⁸ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. de fecha 3 de abril de 2001, Considerando IV, p. 4.

primero del contrato.”¹⁰⁹ Este acto no perfecciona el contrato. El contrato se perfecciona con la fusión de voluntades de las partes llamadas a celebrarlo y es aquí donde nacen una serie de responsabilidades.

Se aclara que la adjudicación se puede suspender por acuerdo razonado la licitación o el concurso, dejarla sin efecto o prorrogar el plazo de la misma sin responsabilidad para el contratante, por razones siguientes: caso fortuito, fuerza mayor o por razones de interés público (nótese que para la Administración pública se establece un tercer motivo que no es admisible en las relaciones privadas). Suspensión de la cual tendrán conocimiento los ofertantes según el Art 61 LACAP. “El resultado del procedimiento de licitación constituye el acto de adjudicación mediante el cual se, determina cuál resultó ser la oferta ventajosa y es aceptada, habilitándose la futura celebración del contrato.”¹¹⁰

1.5.2. Etapa Contractual

El contrato administrativo en su estructura no se diferencia del contrato privado, pues en ambos son necesarios el acuerdo o el consentimiento, la causa, el objeto, la forma y conjuntamente los elementos accidentales como la condición, plazo y modo; son similares pero la diferencia radica en que en el primero se desarrolla un proceso de la llamada voluntad administrativa, sustentándose en principios que rigen una actividad estatal de interés público: el interés financiero y económico, la satisfacción del interés público, atracción para que las personas realicen que aseguren la realización y prestación en forma segura y eficaz y la ética administrativa con todos los oferentes,

¹⁰⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con referencia No. 912-99, de fecha 3 de abril de 2001, Considerando IV, p.4.

¹¹⁰ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia No. 140-2005, de fecha 16 de marzo de 2009, Considerando I, p. 6.

sustentada con el tratamiento igualitario.”¹¹¹

Según Armando Enrique Mena la LACAP es clara con respecto a las formas de contratación de la Administración, es un progreso en la regulación. Con respecto al procedimiento este viene determinado, en un primer momento, por el tipo de contrato de que se trate, aunque también es determinante el monto de la contratación.¹¹²

Establecida la naturaleza de la contratación, en el proceso contractual se utilizaran algunos documentos, tal como lo establece el Art. 42 LACAP; entre estos instrumentos se pueden mencionar: las bases de licitación o concurso y las garantías.

De acuerdo al Art 80 LACAP, la institución contratante convocará dentro de los plazos establecidos al ofertante adjudicatario para el otorgamiento del contrato y es en las bases de licitación o de concurso, en que determinarán los plazos para la firma del contrato y para la presentación de las garantías. Pero si el adjudicatario no se presenta, al segundo mejor ofertante se le dará oportunidad de vincularse contractualmente con la Administración.

Si se habla de la ejecución del contrato, este se ha de entender en lo expresado en su texto y anexos, tanto su fecha y lugar según Art 82 del mismo cuerpo normativo, asimismo deberá realizarse de acuerdo a lo que en su interpretación se determine por parte de la Administración Pública, ello de acuerdo a las prerrogativas que le son propias a la misma, a fin de proteger el interés público.

¹¹¹ **BARTOLOME A, FIORINI**, *Manual de Derecho Administrativo*, S. Ed., S.E., Buenos Aires, Argentina, 1968, p. 423.

¹¹² **MENA CASTRO, Armando Enrique**, op. cit. p. 12.

1.5.3. Etapa Post contractual

Referido a un contrato ya otorgado, el cual deberá cumplirse en lugar, fecha y condiciones establecidas en el texto del mismo, así lo establece el Art 82 en relación al Art 92 LACAP También el Art 82 Bis LACAP, menciona quienes serán los encargados o responsables del fiel cumplimiento del contrato y siendo así, en caso de incumplimiento, la ley prevé las consecuencias jurídicas, así como la responsabilidad que tendrán los administradores del contrato quienes son los encargados de la vigilancia y supervisión del mismo, entre las cuales está la responsabilidad civil, penal, administrativa y fiscal.

El Art 93 LACAP, establece de forma expresa cuales son las causales de extinción de los contratos administrativos, las cuales son:

- 1) Caducidad;
- 2) Mutuo acuerdo de las partes;
- 3) Revocación;
- 4) Rescate; y
- 5) Otras causas que se determinen contractualmente.

Causales de extinción del contrato administrativo que más adelante abordaremos.

Respecto a las entregas o cumplimiento parcial de la obra o contrato el

Art 108 LACAP, contempla la suspensión de la obra total o parcial sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extiende por más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que se incurre por días posteriores de suspensión ya que no le es imputable la causa que originó esta situación jurídica. También se suspenderá en caso de calamidad pública, desastres, caso fortuito o fuerza mayor, pero el plazo será más amplio, sin costo adicional para la institución contratante, por lo que debe entenderse que la situación que origina la suspensión no es imputable a la Administración.

1.5.3.1. Ejecución e interpretación del contrato

Todo contrato administrativo se ha de ejecutar bajo las condiciones establecidas en las cláusulas del texto y bajo la interpretación que diere la institución al co contratante de acuerdo al Art 84 LACAP. La interpretación de cláusulas del contrato puede ser de tres clases:¹¹³

1. La primera denominada Interpretación bilateral: que tiene la connotación, que las partes entidad contratante y contratista llegan a un acuerdo sobre la interpretación de la cláusula ambigua del contrato, generadora de discrepancias y, sobre el valor de los sobrecostos a favor el contratista, que deben ser pagados inmediatamente por la entidad contratante.

Las otras dos formas de interpretación de las cláusulas de los contratos administrativos (estatales) son:

¹¹³ **RODRIGUEZ R., Libardo**, *Derecho Administrativo: General y colombiano*, 15ª edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2007, p. 451.

1. La interpretación judicial: la realizada por los Tribunales y Juzgados con competencia en materia contractual.
2. La interpretación unilateral del contrato: la realizada por la Administración al momento de ejecutar los contratos.

En la etapa post contractual, por los derechos y obligaciones que surgen del contrato administrativo; la Administración puede sancionar un determinado incumplimiento, por ejemplo: la multa por mora regulada en el Art 85 LACAP, y además de acuerdo al tipo de contrato por la reincidencia de tres o más infracciones graves dentro del lapso de tres años conforme al artículo 147 Bis de la LACAP inciso tres,

1.6. El contrato administrativo de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

El contrato administrativo de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, posee características especiales, ya que es una institución que se ha desarrollado tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, por lo que a continuación se procederá a realizar un estudio de dichas características.

1.6.1. Definición

El Estado debe cumplir con diferentes obligaciones para satisfacer las necesidades de la colectividad, sin embargo en muchos casos se ve en la necesidad de auxiliarse de la colaboración de los particulares para cumplir con sus fines. Una figura que se utiliza para que el particular colabore con la Administración, es el contrato de concesión, ya que a través de este

coadyuva en los fines del Estado.

La doctrina ha definido el contrato de concesión como “el otorgamiento de la explotación de bienes y servicios a un particular que corre con los riesgos económicos de la actividad, conocido como concesionario, por parte de la Administración Pública, denominada concedente, que permanece titular del bien y responsable de supervisar la adecuada explotación y el cumplimiento de la finalidad social.”¹¹⁴ En dicha definición establece la explotación de determinado servicio público pero a favor de los usuarios, bajo la supervisión de la misma Administración.

En este orden de ideas la Sala de lo Constitucional, establece que la concesión es un “acto jurídico mediante el cual se transmite a un particular, sólo en casos de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público pueda usar, aprovechar y explotar bienes del dominio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien”¹¹⁵ De lo anterior se coligen elementos diferenciadores de esta clase de contratos administrativos siendo el primero de ellos la prestación de un determinado servicio público por parte de un particular, y el lapso de tiempo para la prestación de dicho servicio.

Las anteriores definiciones han sido obedecen a un sistema mayoritario

¹¹⁴ **GARRIDO FALLA Fernando Y otros**, citado por Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES, “*Consecuencias jurídicas de la sentencia que modifica el régimen de concesiones*”, boletín 140, Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador, 2012, p 2.

¹¹⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, con referencia No 28-2008, de fecha 26 de Junio de 2012, p 6.

que predomina entre los doctrinarios tanto nacionales como extranjeros y que en el desarrollo capitular los cuales han sido retomados por el legislador salvadoreño en la LACAP, quien ha desarrollado un capítulo completo sobre el tema de las concesiones a partir del artículo 130. El legislador si bien no define el concepto de concesión, si clasifica los tipos de concesiones que existen en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Sin embargo, para la presente investigación tomaremos las definiciones que la ley establece para la concesión de servicio público,

La primera de las definiciones es la que se encuentra en el artículo 131-bis LACAP, en el cual se expresa que en dicho contrato: “el Estado a través de la institución correspondiente, concede temporalmente a una persona natural o jurídica, la facultad de prestar un servicio público, bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo de la concesionaria.” Con respecto al plazo y demás condiciones se determinarán de acuerdo al contrato de concesión”¹¹⁶

En este sentido, es necesario tomar en cuenta la definición que se establece en el Reglamento General de Transporte Terrestre que es más específica sobre el contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros y la encontramos en el artículo 5 numeral 16 que dice: Que es un otorgamiento de un derecho que el Estado concede a un particular ya sea persona natural o jurídica por medio de una licitación pública a prestar el servicio público de transporte terrestre de pasajeros por su cuenta y riesgo a cambio de una prestación económica por un tiempo determinado en el respectivo contrato, en el cual se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes las cuales vendrán a ser ley entre los intervinientes dado que el artículo 1309 del Código Civil tiene aplicación en

¹¹⁶ **LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**, D.L. N° 868, del 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347, publicado el 15 de mayo de 2000.

este tipo de contratación no obstante sean públicos, pero dado que no están exentos de cumplir con los requisitos de forma y validez.

1.6.2. Naturaleza jurídica de la concesión

Para lograr determinar la naturaleza jurídica del contrato de concesión es necesario conocer los escenarios en los cuales se ha buscado dar solución a esta temática a lo largo de la historia, y en ese sentido se han creado teorías que pretenden explicarla, sin embargo la doctrina de los diferentes expositores se ha encargado de ir definiendo cual es la verdadera naturaleza del contrato de concesión. De la anterior afirmación Jorge E Calafell establece que “a lo largo de la historia se han adoptado varias posiciones para tratar de definir la naturaleza jurídica de la concesión.”¹¹⁷ Sin embargo, se han propuesto cuatro tesis a este respecto, las cuales son:

1. Contrato de Derecho Privado: considera a la concesión como un contrato de Derecho Común, concepción civilista que prevaleció durante el ciclo pasado, como consecuencia de la doble personalidad jurídica que gozaba el Estado, se admitió que existía en la concesión de servicios públicos un acuerdo de voluntades, verdadera relación contractual, pero ello porque no se aceptaba la existencia de los contratos administrativos, dado las estipulaciones propias de los mismos que vienen a generar desigualdad entre las partes.
2. Acto unilateral: se señala que se trata de un acto unilateral de la Administración pública del cual surgen las obligaciones y prerrogativas de que es titular del concesionario. Esta tesis está en franco

¹¹⁷ CALAFELL, Jorge E, *Teoría General de la Concesión*, en *Jurídica* No. 26, anuario 1996 de derecho, Universidad Iberoamericana, México, p 216.

abandono, pues niega toda importancia a la voluntad del concesionario y todo derecho de este frente a la Administración concedente.

3. Acto de carácter mixto: la naturaleza de la concesión ha sido explicada también señalando que esta tiene un carácter mixto, desde que algunas de sus disposiciones son contractuales y otras reglamentarias, que pueden ser variadas unilateralmente por la Administración y no tienen carácter consensual
4. Contrato administrativo: es la posición que hoy predomina, en la concesión de servicio público se observan todos los elementos y características que son propios de los contratos de Derecho público. “En este sentido el contrato de concesión tiene una característica muy especial y es la de crear una relación jurídica compleja. Por un lado aparece una situación reglamentaria que regula la organización y funcionamiento del servicio; pero hay también una situación contractual de Derecho administrativo, que se refiere a la condición económica de la explotación, es decir a la ecuación económico-financiera.”¹¹⁸

De las anteriores teorías se establece que la naturaleza del contrato de concesión es ser un contrato administrativo. Pues en la actualidad en El Salvador, si bien es cierto la Asamblea Legislativa es quien autoriza una concesión, es la Administración por medio del Órgano Ejecutivo quien se encarga de contratar con el particular para que un determinado servicio público sea prestado por un concesionario, en este sentido el Ministerio de

¹¹⁸ **MAYER, Otto**, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, Editorial de palma, Buenos Aires, Argentina, 1982, p.149.

Obras Publicas a través del Viceministerio de transporte es el encargado de realizar toda la fase de selección a tal grado que el ente contralor será esa institución del Ejecutivo y esta tendrá a su vez responsabilidad tanto contractual como extra-contractual.

1.6.3. Características

Como todo contrato, la concesión tiene características que le son aplicables y estas características derivan de su naturaleza pues sirven para establecer que en esencia dicha institución jurídica constituye un verdadero contrato administrativo. La doctrina establece una serie de características para el contrato de concesión y en este sentido Guillermo Ospina Fernández,¹¹⁹ establece las siguientes características:

1. Bilateral: pues intervienen dos partes, siendo una de ellas la Administración. Se crean obligaciones mutuas entre el concedente y concesionario, aunque algunas veces, no en pie de una perfecta igualdad, lo cual no le resta a la concesión su carácter de bilateral, ya que esta viene de la reciprocidad de la obligación que derivan.
2. Solemne: para el otorgamiento del contrato de concesión es necesario que se cumplan con determinados requisitos los cuales vienen dado por la LACAP y así mismo por los requisitos que debe cumplir todo contrato ya sea civil o público, los cuales deben ser plasmados en escritura pública; la solemnidad tiene que ver también con los requisitos establecidos por la ley para la etapa precontractual de la

¹¹⁹ **OSPINA FERNANDEZ, Guillermo**, citado por **Alexander OSPINA GARCÍA**, en: *El Contrato de Concesión y la Licencia, Instrumentos Jurídicos para la Explotación y Desarrollo de Actividades Económicas*, Bogotá, Colombia, 2011, p. 18.

contratación administrativa.

3. Oneroso: consiste en la facultad de explotación o de percibir sus rentas, son cierto respecto del derecho de percibirlos. La equiparación personal no es absoluta, son las partes las que en un proceso más o menos complejo de concertación, deciden acoplarse a una relación de prestaciones mutuas.
4. Aleatorio: esta característica deviene porque el particular al momento de contratar con la Administración, no establece una cantidad fija en cuanto a las ganancias; ya que en estos casos es el concesionario quien corre con un riesgo mayor en cuanto al lucro que obtendrá.
5. Nominado: el contrato de concesión por ser un contrato estatal, está sujeto a las normas de Derecho administrativo, sin embargo en las materias no reguladas se sujeta a las disposiciones legales civiles o mercantiles.

1.6.4. Tipos de concesiones

La Concesión como institución del Derecho Público ha tenido diversos tratamientos en el Derecho comparados para establecer sus categorías pero de acuerdo al artículo 130 LACAP, en nuestro ordenamiento jurídico existe una clasificación tripartita del contrato de concesión las cuales son:

1. De Obra Pública: de acuerdo al artículo 131 LACAP establece que este tipo de concesión se refiere al supuesto en cual el Estado a través de la institución correspondiente o del concejo municipal

concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada al momento de darse la contratación.

2. De Servicio Público: el artículo 131-bis regula este tipo de concesión y va referido al supuesto en el cual la Administración concede temporalmente a una persona natural o jurídica, la facultad de prestar un servicio público, bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo de la concesionaria.
3. De Recursos Naturales y Subsuelos: la mencionada ley establece que este tipo de concesión, estará sujeta a las leyes especiales de cada materia, es necesario establecer que esta clase de concesión va referida a que el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de explotar cierto recurso natural por un tiempo determinado y tomando en cuenta las normas técnicas que al respecto existen

1.6.5. Requisitos para otorgar la concesión

Para que la Administración pueda admitir la colaboración de un particular para que brinde un determinado servicio público y en especial para que otorgue una determinada concesión, es necesario:

1. “Solo se podrá conceder los servicios que tengan contenido económico que los haga susceptibles de explotación por parte de los empresarios particulares, expresándose el alcance de la concesión, ello además porque no sería atractivo para los particulares el querer

contratar con la Administración sin que tengan un beneficio económico de por medio.

2. No podrá otorgarse el régimen de monopolio, salvo que lo autorice expresamente por medio de acuerdo legislativo en donde se establezcan las condiciones modos y plazos.
3. Poseer el acuerdo legislativo que otorgue el permiso para que se brinde un servicio público, y este debe ser claro y preciso respecto al servicio a servir bajo esta figura
4. No podrán tener carácter perpetuo o indefinido, fijando su duración, sin que en ningún caso pueda exceder de un plazo determinado.”¹²⁰

1.6.6. Sujetos intervinientes en el contrato de concesión

De acuerdo a Jorge E. Calafell en el contrato de concesión intervienen dos sujetos los cuales son la Administración quien se denomina concedente y el particular que desea contratar quien se denominara concesionario, quienes se obligan con la finalidad de satisfacer un determinado servicio público, es de tomar en cuenta que bajo esta relación existe un beneficiado quien se denomina el usuario, quien gozara de los beneficios de la concesión. ¹²¹ De lo anterior se puede se establecen los siguientes parámetros:

1. El concedente o contratante: autoridad competente que otorga la

¹²⁰ **ARGUETA, Francisco Javier**, “*La Concesión*”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2004, p.19.

¹²¹ **CALAFELL, Jorge E**, op. cit. p. 220.

concesión. Así mismo el concedente desde esa calidad, tiene la obligación de retribuir al concesionario la inversión realizada, tal como lo señala Miguel Marienhoff quien expresa que: “La entidad contratante para compensar al contratista le permite explotar la actividad concedida que le entrega en concesión durante un tiempo determinado, con el fin que el concesionario recupere la inversión y obtenga la ganancia.”¹²² Lo que implica que el concedente como lo veremos más adelante contrae una serie de derechos y obligaciones frente al concesionario y frente al usuario. Así las cosas, el concedente de acuerdo al contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros es Manuel Orlando Quinteros Aguilar, quien actuando en nombre y representación del Estado y Gobierno de El Salvador en el Ramo de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano en calidad de Ministro actúa. Y que en este contrato se le denomina el Ministerio o el Concedente que representa a un ente de la Administración pública.¹²³

El concedente tiene la función de ente fiscalizador de la ejecución del contrato de concesión; no se puede ignorar el hecho que la Administración según lo establece la Constitución es el principal obligado a cumplir con la satisfacción de las necesidades; y esto no solo debe verse reflejado en los contratos sino también en las diferentes políticas públicas que al respecto va creando día a día, sin embargo ante la imposibilidad de poder brindar los servicios públicos se ve en la obligación de auxiliarse de los particulares y ejercer

¹²² **MARIENHOFF, Miguel**, citado por **Leonardo Andrés, BOHORQUEZ ZAPATA y Camacho CHAHIN**, en *El Contrato de Concesión*, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2002, p.34.

¹²³ **CONTRAO DE CONCESION PARA LA PRESTACION DE SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO PUBLICO DE PASAJEROS EN DIFERENTES RUTAS DEL PAIS**, Contrato No./2012, Licitación Publica No.09/2012.

contraloría en la ejecución del contrato de concesión. Bajo esta perspectiva Agustín Gordillo señala que “quien otorgue un monopolio, debe ser el que lo controle.”¹²⁴ Bajo ese orden de ideas es necesario establecer que el obligado de supervisar es la propia Administración.

En conclusión este sujeto realiza la función de ente regulador porque tiene la obligación de dirigir y controlar la contratación administrativa, a través de una de sus dependencias supervisara y verificara que se cumpla la vinculación contractual.

En el contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros de conformidad al artículo 14 y 16 del Reglamento General de Transporte Terrestre,¹²⁵ es la Dirección General del Transporte Terrestre dependencia del Viceministerio de Transporte quien a través de la unidad de inspectoría que se establece en el artículo 25 de este reglamento es la que controlara y supervisara el respectivo servicio.

2. El concesionario: “persona física o moral a quien se otorga la concesión que por su cuenta y riesgo, se obliga con la entidad concedente a construir y mantener, operar, gestionar, o simplemente construir y conservar las actividades concedidas”¹²⁶ entiéndase que en base al principio de literalidad estas actividades deben brindarse de acuerdo a las condiciones y modos establecidos al momento que se dio la contratación.

¹²⁴ **GORDILLO Agustín**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, 8va edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2003, p XI-28.

¹²⁵ **REGLAMENTO GENERAL DE TRANSPORTE TERRESTRE**, D.E.N 84 del 1 de diciembre de 2014, D.O.N 224, Tomo 405, publicado el 01 de diciembre de 2014.

¹²⁶ **BOHORQUEZ ZAPATA, Leonardo Andrés y CAMACHO Chahin**, op. cit. p. 35.

3. El usuario: es la persona física o moral que cuyos requerimientos de prestaciones van a ser satisfechos con la prestación del servicio público y siguiendo con la idea de los contratos administrativos es el sujeto a quien se le debe suplir la necesidad que tiene acerca de una determinada prestación.

1.6.7. Derechos del concedente y del concesionario

Una vez otorgada la concesión se generan una serie de derechos y obligaciones para el concedente y el concesionario. De acuerdo a la Jurisprudencia que ha desarrollado la Sala de lo Contencioso Administrativo¹²⁷; en los contratos de concesión las partes que contratan tienen una serie de derechos que surgen en la ejecución del mismo. Por lo cual se ha establecido que los derechos del concedente son:

1. Exigir al concesionario la adaptación del servicio a nuevas demandas o convenciones para el público o usuario;
2. Introducir todas las modificaciones que juzgue necesarias a efectos de lograr una mejor organización y funcionamiento del servicio, siempre que ello no implique alterar los derechos adquiridos por el concesionario, en los términos del contrato.

En el contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros (que se encuentra en los anexos), los derechos del concedente se detallan en la cláusula número decima segunda y son los siguientes:

¹²⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, op. cit. p. 7.

- a) Modificar los anexos del contrato respecto de su Plan General Operativo de forma oficiosa en satisfacción de la demanda de la población y en general el plan general operativo de la ruta.

- b) Dar por terminado el contrato de forma parcial o total por el incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas y obligaciones.

- c) Aplicar y conocer en los procesos sancionatorios administrativos, establecidos según la normativa correspondiente.

En ese mismo orden de ideas dentro de los derechos que tiene la Administración está el de exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión y la modificación de las condiciones del contrato, dentro de este último derecho se observa una característica de los contratos administrativos y que es un elemento diferenciador de los contratos civiles, sin embargo con el afán de buscar el interés común la jurisprudencia establece que la Administración oficiosamente puede ejercer este derecho.

En las obligaciones que tiene el concedente según el contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros son las siguientes:

1. Evitar la competencia desleal;

2. Ejecutar en forma oportuna y eficiente los estudios técnicos relacionados con la modificación de la concesión;

3. Atender en forma gratuita cuando la ley no indique lo contrario

célere y oportuna las solicitudes presentadas por los concesionarios;

4. Inspeccionar, controlar y vigilar el cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones en la prestación del servicio concesionado;
5. Aplicar la normativa legal, reglamentaria y demás providencias legales emitidas por las autoridades competentes relativas a la prestación de los servicios.
6. Supervisar la prestación del servicio concesionado por medio del personal que designe;
7. Velar por la observancia de los principios de Continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de la prestación del servicio objeto del contrato.

Al otro extremo se tiene que el concesionario tiene los siguientes derechos:

1. Explotación del bien o servicio;
2. Realizar el servicio de acuerdo a lo estipulado en el contrato;
3. A que la Administración facilite al concesionario el cumplimiento eficaz del servicio;
4. Que el concesionario se organice de la forma que más le convenga para aprovechar al máximo sus recursos;

De los anteriores derechos se observa que el Estado resulta obligado a garantizar las condiciones para que el concesionario pueda desempeñar de mejor manera la ejecución del contrato de concesión de Servicio público de transporte terrestre de pasajeros y se detallan los derechos del concesionario en la cláusula novena¹²⁸ y son los siguientes:

- a) Derecho a agruparse operativamente para la ejecución del contrato o fusionarse con otras personas naturales o jurídicas conforme a la ley;
- b) Solicitar al Viceministerio de Transporte a través de la Dirección General de Transporte Terrestre, las modificaciones de la concesión en los términos y requisitos de operación que en alguna manera alteran horarios, itinerarios, orígenes, destinos, capacidades, tipos o clase de servicio, rutas y denominaciones, previo estudio técnico;
- c) A la gratuidad cuando la ley no estipule lo contrario;
- d) Cobrar y recibir de los usuarios la tarifa establecida, legalmente para la prestación del servicio, objeto del contrato;
- e) Denunciar ante el concedente las violaciones a los derechos derivados de la concesión objeto del presente contrato;
- f) Si fallece el concesionario, sus herederos podrán brindar el servicio objeto del contrato previo el Viceministerio de Transporte lo autorice.

Las obligaciones que destacan por su importancia y que son

¹²⁸ **CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS. Ver anexo.**

obligaciones del concesionario conforme al contrato de concesión según cláusula número Decima, son las siguientes:

1. Cumplir con los términos y estipulaciones del contrato y sus anexos referido a los documentos contractuales y bases de licitación y además cumplir la normativa vigente y sus plazos;
2. Cumplir con lo señalado en el artículo 136 de la Ley de Adquisidores y Contrataciones de la Administración Pública: Ejecutando el servicio público con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y a las bases de licitación; prestar el servicio público en forma continua y universal y cubrir el buen funcionamiento y mantenimiento del servicio público cubriendo la demanda del usuario y de esta manera satisfacer las necesidades colectivas de acuerdo a los parámetros de seguridad y eficiencia;
3. Indemnizar por cualquier daño a los usuarios por negligencia, impericia o mala fe comprobada;
4. Cumplir con los requerimientos expresados en el artículo 141 de la LACAP: la continuidad y cuidar del buen orden del servicio;
5. Respetar y cumplir el régimen tarifario;
6. Prestar el servicio con la ruta autorizada;
7. Cumplir con el Plan Técnico Operativo;

8. Permitir las tareas de vigilancia y control que ejerza el concedente y dar cumplimiento a lo que establece la Ley de la materia.

El artículo 93 de LACAP establece como causales de extinción de los contratos administrativos a) la caducidad; b) el mutuo acuerdo de las partes contratantes; c) la revocación; d) el rescate; y e) las demás causas que se determinen contractualmente.¹²⁹ Todos estos supuestos constituyen causas de extinción anormal de los contratos administrativos, por cuanto que se trata de motivos que sobrevienen durante el curso de ejecución del contrato y que justifican su extinción. Según la jurisprudencia salvadoreña “los contratos pueden terminar por dos distintas razones: 1) cesación de sus efectos y, 2) Extinción. En el primer supuesto el contrato termina normalmente y en el segundo concluye en forma anormal conforme a las causales que se mencionaron en el artículo 93 de la LACAP.”¹³⁰ En sus diferentes manifestaciones.

1.7. Causales de extinción del Contrato de Concesión

El artículo 93 de LACAP establece como causales de extinción de los contratos administrativos a) la caducidad; b) el mutuo acuerdo de las partes contratantes; c) la revocación; d) el rescate; y e) las demás causas que se determinen contractualmente.¹³¹ Todos estos supuestos constituyen causas de extinción anormal de los contratos administrativos, por cuanto que se trata

¹²⁹ **LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, D. L. N° 868, del 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347, publicado el 15 de mayo de 2000.

¹³⁰ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p. 14.

¹³¹ **LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**, D. L. N° 868, del 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347, publicado el 15 de mayo de 2000.

de motivos que sobrevienen durante el curso de ejecución del contrato y que justifican su extinción. Según la jurisprudencia salvadoreña “los contratos pueden terminar por dos distintas razones: 1) cesación de sus efectos y, 2) Extinción. En el primer supuesto el contrato termina normalmente de acuerdo a las estipulaciones contractuales del mismo; y en el segundo concluye en forma anormal conforme a las causales que se mencionaron en el artículo 93 de la LACAP¹³²

1.7.1. La Caducidad

La causal de extinción de la Caducidad es un modo de extinción anormal de la relación contractual administrativa, porque interrumpe el curso de un contrato que se halla en ejecución, esta causal procede por incumplimiento del contrato por parte del co contratante;¹³³ siendo así una forma de extinguir de forma unilateral el contrato de concesión.

El artículo 94 de la LACAP establece las causales por las cuales se aplicara esta figura: Ya sea por la falta de presentación de la Garantía del cumplimiento del contrato, por mora del contratista en el cumplimiento de los plazos, o por cualquier otro incumplimiento del contratista que se halla establecido en el contrato de concesión. En ese mismo orden de ideas es de mencionar que esta causal de terminación unilateral de contrato es considerada una cláusula exorbitante¹³⁴ basta con que exista un

¹³² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p. 14.

¹³³ **DROMI, Roberto** citado por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, op. cit. p. 14.

¹³⁴ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p.14 y ss.

incumplimiento en los términos pactados entre las partes para hacer entrar en mora y exigir su cumplimiento, tema que se abordara más adelante.

1.7.2. El mutuo acuerdo de las partes contratantes

Se define como otra forma de extinción, es una terminación del contrato que se da por razones de interés público y que por común acuerdo las partes del contrato deciden no continuar con la vinculación contractual, cuando ya no es necesario que el contrato este vigente así lo establece el artículo 95 de la LACAP, es necesario establecer que esa voluntad que existe entre las partes no degenera ni modifica el poder de Imperio que posee el Estado.

1.7.3. La revocación

Es la terminación unilateral del contrato a diferencia de la caducidad que es forma de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, el fundamento de la primera se encuentra en la finalidad que tiene dicha autoridad de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley. Sin embargo también es considerada una forma de extinguir un acto administrativo según jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.¹³⁵

El artículo 96 de la LACAP establece las causales de revocación del contrato: Por muerte o incapacidad sobrevenida del contratista, por declaración de quiebra, por modificación de las obligaciones contractuales impuestas por el titular del contrato cuando implique una variación sustancial de las mismas y por caso fortuito y fuerza mayor.

¹³⁵.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 114-P-2001, de fecha 13 de mayo de 2002.

1.7.4. El rescate

Por el rescate, el titular del contrato –en términos generales la Administración pública- decide por razones de interés público poner fin al contrato y asume la ejecución del servicio público que se estaba brindando por el particular, para suplirlo por sí mismo, así lo establece el artículo 98 de la LACAP, esta causal es aplicable solo en los contratos de concesión de obra pública y de servicio público, sin embargo en el contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros el titular de este contrato no podría rescatar el servicio porque no tiene los recursos para brindarlo, razón por la cual delego la prestación del servicio público a los particulares y en la actualidad no se vislumbra que tenga aplicación esta institución ya que es un hecho evidente que está potenciando la participación de los particulares.

1.8. Procedimiento para declarar la extinción del contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública no establece ningún procedimiento para declarar la extinción de los contratos, sin embargo ante este silencio legislativo el Reglamento¹³⁶ de aplicación de la misma, si se hace referencia a un procedimiento para declarar la extinción del contrato en su artículo 81.

Bajo el título de proceso de extinción, el artículo. 81 del Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que en adelante

¹³⁶ **REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, D No 53, D. O. No 71, Tomo No 399, publicado el 19 de abril de 2013.

llamaremos RELACAP establece que “Cuando se presente alguna de las causales de extinción de los contratos, enunciadas en las letras a), c), d) y e) del artículo 93 de la Ley, los titulares deberán emitir resolución respectiva mediante la cual se manifestara el hecho, la infracción y la sanción para que inicien el procedimiento respectivo encaminado a establecer las circunstancias, debiendo conceder audiencia al interesado, por el término de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva”.

El procedimiento no será necesario cuando la extinción se produzca por mutuo acuerdo, por lo que bastara el otorgamiento del instrumento que recoja la voluntad de dar por finalizado el contrato, aunque podrá ocurrir que razones de conveniencia o de interés público se opongan a la extinción del contrato.¹³⁷ Aquí entra el supuesto en el cual la Administración podría sufrir un deterioro en sus intereses.

“Corresponderá al titular, es decir, al máximo responsable de una institución, dictar una resolución de iniciación del procedimiento de extinción. Debe entenderse también que como parte de la motivación, exigida en esta clase de resoluciones, es imperativo que en ellas se expresen no sólo la causa o motivo en virtud del cual se abre el procedimiento de extinción, sino también, y con especial cuidado, las razones en que se funda la extinción, ya que es la única manera de garantizar que el contratante pueda pronunciarse sobre la intención que tiene la institución de declarar extinguido el contrato.

1.9. Efectos de la extinción

Al respecto el artículo 100 LACAP en su inciso 1º establece que en esos casos en que la extinción del contrato se deba a una causa imputable a la

¹³⁷ **MENA CASTRO, Armando Henrique**, op. cit. p. 417.

institución contratante, ésta responderá de los daños y perjuicios que pudiera causarle al contratista, a su vez el inciso 2º establece que si se produce la caducidad por una causa imputable al contratista deberá procederse, como consecuencia inmediata, a hacerse exigibles las garantías.

CAPÍTULO II

GENERALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE DE PASAJEROS

SUMARIO: 2.1. Los servicios públicos. 2.1.1. Definición de los servicios públicos. 2.1.2. Características Generales de los servicios públicos. 2.1.3. Elementos de los servicios públicos. 2.1.4. Clasificación de los servicios públicos. 2.2. El servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 2.2.1. Definición. 2.2.2. Características del Transporte Público Terrestre de Pasajeros. 2.3.3. Clasificación y Tipos de Transporte Público Terrestre de Pasajeros.

La temática a desarrollar se centrará en los servicios públicos en general, sus características, sus elementos y su clasificación, luego se especificara acerca del servicio público de transporte terrestre de pasajeros, sus características y su clasificación.

2.1. Los servicios públicos

Un tema importante en la esfera del Derecho Administrativo es la teoría de los "servicios públicos", éste concepto a pesar de ser objeto de estudio de diferentes áreas del Derecho no puede desligarse de aquél, así como tampoco puede el concepto de servicio público desligarse de la actividad del Estado, ello en razón de que éste es el encargado de prestarlos por orden constitucional y por ende de velar porque se presten de manera efectiva y eficiente, encaminado a satisfacer necesidades colectivas, ya sea directa o indirectamente. El Estado es entonces se vuelve el principal actor y garante de los servicios públicos, sin embargo, éstos no limitan el actuar de aquél, ni lo reducen, sino más bien es solo un parte integrante de las atribuciones del Estado, ya que su carácter exorbitante lo faculta para realizar las

competencias que sean en pro de los servicios públicos y sus fines.

La teoría del servicio público tiene como cuna el Derecho Francés, por ende "el concepto de servicio público se debe a la Ciencia Jurídica Francesa"¹³⁸, sin embargo esta teoría no es aceptada en su totalidad como se planteó en sus inicios, en el sentido de que los expositores del Derecho (no necesariamente franceses) han hecho evolucionar esta institución jurídica. "La doctrina moderna francesa tiende a constituir la noción del servicio público en la base de todas las instituciones administrativas, al grado de considerar al Derecho Administrativo como el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos."¹³⁹ Además está decir, que esta idea ha sido duramente criticada, por ejemplo "porque esos mismos términos no abarcan toda la actividad del Estado que pretenden comprender"¹⁴⁰, por no estar acorde con la realidad, la doctrina referida entonces afirmaría, que el Estado "es un conjunto de servicios públicos"¹⁴¹, siguiendo esta idea, se hace una confusión entre los conceptos de "función pública" y "servicio público", dice sobre ello José Canasi¹⁴² que "en realidad, lo primero es general y abstracto, forma parte de la teoría del Estado, mientras que lo segundo materializa y concreta la voluntad del Estado.

Es cuestión de regulación e individualización. La función pública, como idea de legislación, justicia, defensa nacional, poder de policía, etc., se estructura con un criterio y alcance general o universal, mientras que en el servicio público el ámbito es más reducido, es decir, colectivo,

¹³⁸ **CANASI, José**, *Derecho Administrativo*, Volumen II, Parte Especial, Los Servicios Públicos, El Acto Administrativo, Contratos Administrativos, S.E., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 26.

¹³⁹ **FRAGA, Gabino**, op. cit. p. 21.

¹⁴⁰ **FRAGA, Gabino**, op. cit. p. 21.

¹⁴¹ **CANASI, José**, op. cit. p. 6.

¹⁴² **CANASI, José**, op. cit. p. 6.

individualizándose a su beneficiario", de forma más sintética se puede decir que "los servicios públicos se encuentran dentro de las funciones administrativas".¹⁴³

Jeze teniendo claro en cierta medida esto, dice que "es muy importante saber si se trata de un servicio público propiamente dicho y no solamente de una gestión administrativa, y más adelante agrega que para saber si en un caso determinado hay un servicio público es necesario investigar la intención de los gobernantes referente a la actividad administrativa considerada." ¹⁴⁴

Así también Bonnard expresa que "se ha reconocido que los servicios públicos no absorben toda la actividad administrativa", por ende, el "servicio público emplea esencialmente una intervención administrativa con relación a los particulares, tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, o sean necesidades cuya satisfacción importa a todos. Ahora bien, algunas actividades administrativas no tienen este objeto." ¹⁴⁵

El Estado sustrae del campo privado con el propósito de imponerle el marco propio del derecho público, es decir el Estado por razones de interés público decide dentro de sus atribuciones sustraer un servicio que no era público, excluyéndolo de la libre iniciativa y aplicar el régimen jurídico exorbitante del Derecho Público. El Estado decide que es servicio público y cual no lo es y en base a ello también establece cuales son esenciales para la comunidad y la esencialidad justifica el poder exorbitante de la administración pública.¹⁴⁶

¹⁴³ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 621.

¹⁴⁴ **JEZE** citado por **FRAGA, Gabino**, op. cit. p. 27.

¹⁴⁵ **BONNARD** citado por **FRAGA, Gabino**, op. cit. p. 27.

¹⁴⁶ **BALBIN, Carlos .F**, *Manual de Derecho Administrativo*, S. Ed., Editorial La Ley S.A.E.C.I., Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 245.

2.1.1. Definición de los servicios públicos

En atención al parámetro antes expuesto; los servicios públicos son solo una parte integrante de la actividad administrativa del Estado, es necesario precisar o hacer una aproximación a lo que realmente son los servicios públicos, ya que "la noción de servicio público, por esencial que sea, es de las más confusas; parece difícil dar de ella una definición satisfactoria y precisa de esta institución primaria del Derecho Administrativo" ¹⁴⁷ "aun cuando es una de las instituciones más fundamentales" del Derecho Administrativo, por ello los expositores del Derecho han establecido, lo que según ellos es una verdadera definición de servicio público, tales son:

Hauriou dice que "se puede definir el servicio público como un servicio técnico prestado al público de manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública". ¹⁴⁸

Según Duguit el servicio público es definido como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental". ¹⁴⁹

Bonnard dice que "los servicios públicos son organizaciones que forman la estructura misma del Estado y agrega que para emplear una comparación organicista se puede decir que los servicios públicos son las celdillas

¹⁴⁷ FRAGA, Gabino, op. cit. p. 23.

¹⁴⁸ HAURIUO citado por CANASI, José, op. cit. p. 33.

¹⁴⁹ DUGUIT citado por FRAGA, Gabino, op. cit. p. 22.

componentes del cuerpo que es el Estado.¹⁵⁰

Gabino Fraga dice que el servicio público es "una actividad para satisfacer concretamente una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de regulación especial del Poder Público, deben ser regulares, continuas y uniformes y de manera ininterrumpida, las cuales deben ser de carácter general."¹⁵¹

José Canasi dice que "el servicio público puede definirse como la actividad estatal, o bajo su control, que tiene por objeto reglamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva surge de la forma regular y continua de su prestación, conforme a una regla de Derecho preestablecida por la autoridad competente de carácter público."¹⁵²

Waline establece que "el servicio público es la *ultima ratio* que realiza el Estado para satisfacer y asegurar la prestación de una actividad de necesidad colectiva, cuando la realización privada no es suficiente para asegurarla ya que al existir un conflicto se vería imposibilitado a imponer su régimen exorbitante para garantizar el interés colectivo y se tendría que someter a la actividad jurisdiccional ordinaria para lograr que se cumplan con los acuerdos otorgados con un particular."¹⁵³

En este sentido Hugo Pineda dice que el servicio público es "una prestación realizada directa o indirectamente por el Estado, con el fin de satisfacer en un grupo social determinado una necesidad pública insatisfecha" tomando en este último sentido la satisfacción a grupos sociales

¹⁵⁰ BONNARD citado por FRAGA, Gabino, op. cit. p. 22.

¹⁵¹ FRAGA, Gabino, op. cit. pp. 25 y ss.

¹⁵² CANASI, José, Óp. Cit. pp. 19 y ss.

¹⁵³ WALINE citado por CANASI, José, op. cit. pp. 22 y ss.

dependiendo de la carencia que posean.¹⁵⁴

La Sala de Lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que se puede definir "el servicio público desde un enfoque descriptivo, y atendiendo a su naturaleza jurídica, como la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión puede ser realizada por el Estado en forma directa, indirecta o mixta, sujeta a un régimen jurídico que garantice continuidad, regularidad y generalidad".¹⁵⁵

La postura que se adopta al respecto son estas últimas dos definiciones, ya que se consideran como más acertadas para nuestro medio o entorno, ya que contiene los elementos y características que tiene inmerso el concepto de servicio público, elementos y características propias de la institución que detallaremos a continuación.

2.1.2. Características Generales de los servicios públicos

Los servicios públicos poseen una variedad de características propias y complejas, por lo que con fin de dar claridad a la presente investigación se procederá al estudio de las mismas

2.1.2.1. Continuidad

Esta características está ligado al principio de oportunidad, es decir, debe de prestarse el servicio público toda vez que se presente una necesidad

¹⁵⁴ PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto, op. cit. p. 86.

¹⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2011*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 856.

colectiva, ya sea una continuidad absoluta o relativa, la primera se refiere a aquellos servicios que por su propia naturaleza no pueden dejar de brindarse, deben ser ininterrumpidos, como por ejemplo el agua potable, la energía eléctrica, entre otros, la segunda se presta en determinados momentos únicamente, por ejemplo el servicio de bomberos,¹⁵⁶ implica entonces que el servicio sea prestado sin interrupción, pero esto no significa que no pueda ser intermitente también, como otras funciones públicas del Estado.¹⁵⁷ "Lo fundamental es que el servicio público funcione permanentemente y esté vigente".¹⁵⁸

Estrechamente relacionado con la continuidad de los servicios públicos, se encuentra la "prohibición de *huelga* en ese ámbito de actividades, lo mismo corresponde decir de los *paros patronales*."¹⁵⁹

La huelga de trabajadores aplicada por ejemplo a la concesión del servicio público de transporte terrestre tendría como efecto "paralizar o suspender la prestación del servicio público. De ahí que la doctrina auspicie la prohibición del derecho de huelga en materia de servicios... la *continuidad* integra el sistema jurídico o status del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho status, ha de tenerse por *ajurídico* o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca".¹⁶⁰

En cuanto a las acciones por parte del patrono se pueden tener el mismo efecto de la huelga pero con diferentes intenciones ya que "si la paralización

¹⁵⁶ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 623.

¹⁵⁷ **CANASI, José**, op. cit. p. 29.

¹⁵⁸ **CANASI, José**, op. cit. p. 30.

¹⁵⁹ **MARIENHOFF, Miguel S.**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Servicios públicos. Actos de la Administración Pública. S. Ed., S.E. p. 27.

¹⁶⁰ **MARIENHOFF, Miguel S.**, op. cit. p. 27.

de las actividades constitutivas del servicio público obedeciere a un *paro patronal*, ello puede dar lugar a la extinción de la autorización que al efecto se le hubiere otorgado al respectivo patrón o empresario; es lo que ocurriría con un paro dispuesto por los dueños de automóviles de alquiler (taxímetros)... igual cosa cabe decir de un paro dispuesto por el *concesionario* de un servicio público,¹⁶¹ por ello también es inaceptable que siendo éste concesionario del servicio público de transporte terrestre (por ejemplo) utilice el paro patronal como artimaña para incumplir el contrato de concesión o como contra medida ante la aplicación de una cláusula exorbitante, que tal y como se desarrollara más adelante influye en la eficacia de las mismas.

2.1.2.2. Onerosos o gratuitos

La aplicación de esta característica puede ser alternativa, es decir que un servicio público puede ser oneroso o puede ser gratuito, pero no ambos, esto es así en razón de que ambas son excluyentes entre sí, mas sin embargo es innegable la existencia de servicios públicos con característica de onerosos y de servicios públicos con característica de gratuitos. Los onerosos son aquellos que el usuario paga al hacer uso de ellos, no importando si el pago se hace con posterioridad, lo determinante es que el pago sea directo, como el transporte público, el agua, la energía eléctrica, entre otros, se basa en el principio de la retribución, puesto que paga únicamente lo que se consume o beneficia, por otro lado los gratuitos son aquellos que se pagan indirectamente por todos los habitantes con sus impuestos, no importando que se usen o no.¹⁶²

¹⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit. p. 27.

¹⁶² GUÍA DE ESTUDIO, PROGRAMA DESARROLLADO DE LA MATERIA ADMINISTRATIVA, nueva edición, Editorial Estudio S.A de C.V. Argentina, 2005. p. 154.

2.1.2.3. Uniformidad

Esta característica está íntimamente ligada al principio de igualdad, que tiene asidero tanto constitucional como a nivel de Tratados Internacionales ya que va referido a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones, sin privilegios, ni discriminación alguna.¹⁶³ El servicio público "debe ser igual para todos los habitantes que lo utilicen en forma individual"¹⁶⁴ es decir al destinatario del servicio de manera individual, llamado este usuario.

2.1.2.4. Generalidad

En razón de que los servicios públicos están destinados a satisfacer necesidades públicas colectivas, de mas esta decir que esta característica "significa que el servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna".¹⁶⁵ En términos simples se puede decir que "el servicio público es para todos y no para determinada persona".¹⁶⁶ Lo que implica que no puede restringirse la prestación de un servicio público por legalismos o por políticas públicas

2.1.2.5. Obligatoriedad

Es obligatoria la prestación del servicio público ante una necesidad colectiva y a su vez el usuario tiene la facultad de exigirla, por lo que "el Derecho Subjetivo del usuario de usar del servicio público, se funda en la obligación de Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propios de los servicios públicos, son

¹⁶³ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 624.

¹⁶⁴ **CANASI, José**, op. cit. p. 27.

¹⁶⁵ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 625.

¹⁶⁶ **CANASI, José**, op. cit. p. 23.

fundamento del Derecho de ese sujeto (usuario) a utilizar tal servicio".¹⁶⁷

Es facultativo el uso de servicios públicos por parte del usuario cuando su provecho es particular o individual, como el transporte público, el agua y el teléfono, ya que en estos supuestos no se pone en riesgo la sobrevivencia humana; y es obligatorio entonces cuando el usuario debe tomar el servicio aunque no quiera porque es la forma en que resguarda el fin del interés público y su provecho es colectivo, por ejemplo el barrido y limpieza de calles, el alumbrado eléctrico de calles, entre otros.

2.1.2.6. Regularidad

Se refiere principalmente a que el servicio público de una u otra forma debe prestarse de acuerdo a las reglas o normas preestablecidas como tiempo, modo, lugar, entre otros.¹⁶⁸ "El servicio público debe ser, en su funcionamiento, conformado a disposiciones generales que determinen un sistema organizado capaz de garantizar su funcionamiento a nivel temporal como a nivel espacial de la realidad jurídica y social".¹⁶⁹

Como efecto de la característica anterior se vincula a esa obligatoriedad bajo el supuesto de que la prestación del servicio público debe ser de manera eficiente, en tiempo, modo y lugar, y que cumpla con los requisitos mínimos de calidad. Por ejemplo, en el servicio público de transporte terrestre, no bastaría solamente que sea continuo, se presta de acuerdo con las normas de tiempo, lugar y modo, sino además que el mismo sea bajo esos criterios y que cumpla con las normas de calidad correspondiente.

¹⁶⁷ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 625.

¹⁶⁸ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 624.

¹⁶⁹ **CANASI, José**, op. cit. p. 29.

2.1.2.7. Interés público

“El servicio público está determinado siempre por este interés, que tiene un carácter general o colectivo; se trata de satisfacer una necesidad de la comunidad en que el servicio se instala.”¹⁷⁰ Por lo que toda actuación que venga a satisfacer a sectores en interés individuales no podrá ser considerada como servicio público ya que está limitada su eficacia.

Todo servicio que no conlleve esta finalidad, no puede llamarse servicio público, pues adolecería de la falta de una característica esencial del mismo. Y como se analizó en la definición doctrinaria de esta institución, se tiene como eje el interés de la colectividad sin importar diferencia.

En los contratos estatales regidos por el derecho administrativo, el principio rector lo constituye el interés público, el cual se antepone al interés particular y a cualquier otra consideración extralegal que haya sido tomada en cuenta al momento de celebrar el contrato; ello hace que, en esta relación, las partes sean desiguales, ya que el llamado a garantizar y vigilar la protección del interés público de la comunidad es el Estado.¹⁷¹

2.1.2.8. Régimen jurídico público

Se ha discutido doctrinariamente como diferenciar entre el servicio público y el servicio privado, y para ello se han establecido todo un catálogo de criterios diferenciadores, como por ejemplo por razón de su fin, en razón de la personalidad del que lo atiende, en razón de la forma de prestarse y en

¹⁷⁰ **SUAZO ÁLVAREZ, Mauricio**, *Derecho Administrativo*, Imprenta de la Universidad de Playa Ancha, Chile, 2008, p. 38.

¹⁷¹ **SUTO, Félix y otros**, *Renegociación de los Contratos de Concesión*, 1 edición, Universidad ESAN Lima, Perú, 2013, pp. 18 y ss.

razón del régimen jurídico especial, sin hacer una ardua tarea deductiva sobre estos criterios, se adoptara el más acertado y aceptado, siendo éste, el ultimo criterio mencionado, es decir, en *razón del régimen jurídico especial del servicio*, y en términos simples este "permite asegurar que, independientemente de que sean ejecutados por la Administración o por los particulares, no existirá un servicio público cuando no tenga el reconocimiento como tal, mediante ese régimen adecuado".¹⁷²

Al respecto Manuel María Diez, establece (de manera un poco atrevida y alejándose en cierta medida del criterio adoptado en el párrafo anterior) que "existe una distinción clara entre los llamados servicios públicos administrativos y servicios públicos civiles o comerciales. Los primeros están regidos exclusivamente por el Derecho Público; los segundos parcialmente por el Derecho Público y parcialmente por el Derecho Privado".¹⁷³

La jurisprudencia interna ha establecido que "respecto del régimen jurídico del servicio público, las anteriores premisas permiten concluir que, en virtud de la actividad constitutiva del mismo, es necesario y conveniente que sea regulada en el ámbito del Derecho Público, para efecto de evitar abusos de cualquier orden en que pudieran incurrir quienes presten o realicen el servicio; ya que, caracteres jurídicos esenciales del mismo son la continuidad, la regularidad y la generalidad."¹⁷⁴

Este régimen jurídico tiene ciertas características, una de ellas es la existencia de cláusulas exorbitantes (tema que será expuesto especialmente más adelante), que deriva del poder de *imperium* de la Administración y de

¹⁷² LANCIS, Antonio y SANCHEZ, op. cit. pp. 83 y ss.

¹⁷³ DIEZ, Manuel María, op. cit. p. 312.

¹⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2004*, op. cit. p. 105.

su poder de policía, son entonces “procedimientos de coerción o vía de constreñimiento, puestas en acción sin la intervención de un juez, la Administración puede derribar por sí la resistencia que encuentre en el cumplimiento de su misión”.¹⁷⁵ “El servicio público debe estar dotado de medios exorbitantes al derecho común, es decir, de un régimen de derecho público que asegure su prestación”¹⁷⁶.

En suma, tal como lo dice Roberto Dromi,¹⁷⁷ “el régimen del servicio público se particulariza por:

1. Restricción del derecho de huelga;
2. Auxilio de la fuerza pública;
3. Aplicación de medidas de restricción, servidumbre y expropiación para una mejor prestación;
4. Celebración de contratos administrativos, con cláusulas exorbitantes para su prestación;
5. Régimen especial de pago a través de tarifas;
6. Eventual monopolización, nacionalización, estatalización, provincialización, municipalización, cooperativización o privatización de los servicios públicos;

¹⁷⁵ **LANCIS, Antonio y SANCHEZ**, op. cit. p. 86.

¹⁷⁶ **GORDILLO, Agustín**, *Tratado De Derecho Administrativo*, tomo II, La Defensa del Usuario y del Administrado, 8a ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006., p. VI-40.

¹⁷⁷ **DROMI, Roberto**, op. cit. pp. 626 y ss.

7. Control o fiscalización administrativa cuando la prestación del servicio público esté en manos de los particulares...”.

2.1.3. Elementos de los servicios públicos

Los servicios públicos cuentan con elementos muy importantes y complejos, en ese sentido se procederá al estudio de cada uno de ellos.

2.1.3.1. Sujetos

Existen dos calidades de sujetos: por un lado el de "prestador" del servicio y por otro el "usuario" del mismo. El prestador es quien brinda el servicio público y quien asuma su responsabilidad, esto a su vez puede ser prestado por " a) el Estado (en cualquiera de sus formas), y b) un particular o empresa privada",¹⁷⁸ y c) el ente regulador o fiscalizador (modernamente instituido). Cuando se presta el servicio público por medio de un particular se hace por medio de una contratación administrativa y más específicamente por medio del contrato de concesión de prestación de servicio público, regulado en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 130 y siguientes LACAP.

Por otro lado, está el usuario o cliente del servicio, éste es el facultado de usar el servicio y de exigir el normal cumplimiento del mismo, bajo las mejores condiciones posibles que imponen las reglas reglamentarias y esta legitimación deriva de ser el elemento esencial para que exista la contratación administrativa ya que todo viene a buscar la satisfacción de la necesidad de elemento "éste derecho subjetivo del usuario a usar del

¹⁷⁸ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 634.

servicio, se funda también en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propios del servicio público, son fundamento del Derecho del usuario a utilizar el servicio".¹⁷⁹

Según la doctrina las atribuciones del Estado que tienen relación con el actuar privado de los particulares son: "a) atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada; b) atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad, y C) atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.",¹⁸⁰ es en esta última en donde se manifiesta la actividad estatal relacionada a los servicios públicos, puede agregarse también la atribución de sancionar, controlar y fiscalizar, tarea encomendada a un ente regulador o fiscalizador del servicio público, por ejemplo en el servicio de transporte público terrestre es el Vice-ministerio de Transporte Terrestre y Seguridad Vial.

2.1.3.2. Objeto

Este elemento se refiere a la prestación misma, es decir, "es la gestión, actividad o prestación con la que se satisface la necesidad pública".¹⁸¹ Esta actividad es la manifestación concreta de la forma de satisfacer una necesidad pública, por ejemplo si la necesidad es en relación al traslado físico de un lugar a otro; la forma de satisfacerlo es a través de la gestión o actividad relacionada al servicio de transporte. En atención al análisis realizado se identifica "la necesidad o interés que debe satisfacerse es un

¹⁷⁹ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 635.

¹⁸⁰ **FRAGA, Gabino**, op. cit. p. 10.

¹⁸¹ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 88.

elemento de carácter necesariamente general, entendido como la suma de intereses individuales de los usuarios, con lo cual se afirma que en la expresión servicio público el segundo término no hace referencia al ente que realiza la actividad de satisfacción de necesidades e intereses, sino a su destinatario”¹⁸²

2.1.3.3. Causa

Es el motivo por el cual surge la prestación del servicio público y esta no puede ser otra que una necesidad colectiva, publica y no satisfecha por el prestador del mismo.¹⁸³ En cierta forma se puede decir que este a su vez determina un requisito de existencia del servicio público, ya que, éste no tendría razón de ser, sino existe previamente un hecho que haga generar la intención o causa para prestar el servicio público.

2.1.3.4. Elemento normativo

Referido a la regulación jurídica de los servicios públicos, sean de carácter interno como la Constitución de la República y leyes subordinadas, o internos por adopción como los tratados internacionales. "Es decir, el conjunto de normas que regulan la prestación".¹⁸⁴

“En el caso del ordenamiento jurídico interno, los artículos 110 inciso 4°, 112 y 221 inciso 2° de la Constitución obligan a que la regulación de los servicios públicos se encuentre en el ámbito del Derecho Público,

¹⁸² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2011*, op. cit. pp. 855-856.

¹⁸³ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 88.

¹⁸⁴ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 89.

precisamente para garantizar su prestación a la población."¹⁸⁵

2.1.3.5. Finalidad

Toda prestación de un servicio público conlleva satisfacer una necesidad pública, por tanto esta idea de satisfacer necesidades se convierte en la finalidad del servicio público mismo. En consecuencia la finalidad es "alcanzar la satisfacción de la necesidad pública insatisfecha" es decir "satisfacer la necesidad que lo motivó".¹⁸⁶ Se diferencia este elemento de la finalidad con la característica de interés público, en razón de que el primero es un requisito del servicio público, mientras que el segundo es parte de su esencia.

2.1.3.6. Precio, tarifa o tasa

Es la obligación a pagar por el usuario del servicio a cambio de una prestación determinada "Vale decir que, según la relación financiera entre el usuario y el operador del servicio, se perfecciona cuando se recibe la prestación del servicio, momento desde el cual surge la obligación de pagar por él".¹⁸⁷ Este pago que es el precio del servicio, recibe el nombre de tasa, tarifa o precio, según lo preste el Estado directamente por Administración, es decir, en forma directa (tasa), o bien lo preste indirectamente por medio de concesionario (tarifa o precio)".¹⁸⁸ Se justifica el precio, tarifa o tasa ya que existe una contraprestación que beneficia al usuario directo o indirecto.

¹⁸⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2011*, op. cit. pp. 855 y ss.

¹⁸⁶ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 89.

¹⁸⁷ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** citada por **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 89.

¹⁸⁸ **CANASI, José**, op. cit. p. 34.

2.1.4. Clasificación de los servicios públicos

Hay diferentes parámetros para clasificar los servicios públicos, cada clasificación obedece a criterios políticos, jurídicos, sociológicos y económicos,¹⁸⁹ de entre los cuales abordaremos los siguientes:

2.1.4.1. Según la importancia de los servicios públicos

referida a la trascendencia que tiene la actividad respectiva en la subsistencia del individuo o del Estado; pueden ser esenciales, ya que se vinculan a la subsistencia física del individuo y que sin los mismos no podría desarrollarse en su existencia, tales como el agua, barrido y limpieza, pero también pueden ser secundarios¹⁹⁰ o no esenciales como los llama Marienhoff¹⁹¹ como aquellos que responden a fines accesorios que vienen a minimizar las actividades cotidianas, ejemplo un desvío ferroviario que beneficia a determinadas explotaciones particulares.

2.1.4.2. En razón de las necesidades que los motivan

Pueden ser permanentes, accidentales e intermitentes,¹⁹² de estos servicios públicos los más trascendentales son los permanentes ya que es allí donde la Administración Pública debe ser constante por la necesidad misma, al referirnos a los accidentales o intermitentes estamos hablando de servicios no menos importantes pero solo se prestan por ocasiones ya que la necesidad no lo amerita, ejemplo de los permanentes es el servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

¹⁸⁹ CANASI, José, *op. Cit.* p. 76.

¹⁹⁰ CANASI, José, *op. cit.* p. 79.

¹⁹¹ MARIENHOFF, Miguel S, *op. cit.* p. 47.

¹⁹² CANASI, José, *op. cit.* pp. 77 y ss.

2.1.4.3. En razón de su obligatoriedad

Los servicios públicos pueden ser necesarios y facultativos, se relaciona al usuario los primeros en virtud de una ley por motivos de interés político social, tales como el agua, corriente eléctrica, tren de aseo, prestados ya sea por el Estado directamente o indirectamente por medio de un particular (concesionario). En los segundos el Estado no prestarlos, en razón de no ser indispensables aun y cuando sean útiles; por regla general pueden ser prestados por el concesionario y no son necesarios como el alumbrado.¹⁹³

2.1.4.4. Según el sujeto que los presta

El servicio público puede ser prestado de manera directa, indirecta o mixta. La prestación directa es cuando el Estado presta “un servicio a través de los órganos de la Administración central o de entidades descentralizadas, autárquicas o empresas publicas desde la creación del servicio o a través del proceso de estatización.”¹⁹⁴ Indirectamente se presta el servicio cuando este es confiado a un particular.

La jurisprudencia habla al respecto “sobre la titularidad del sujeto que presta el servicio público, precisamente por el carácter general de la necesidad a satisfacer, en un primer momento de la evolución de dicha noción se entendió que sólo podía ser prestado por el Estado, o por entes públicos. Sin embargo, actualmente la práctica en la gestión de estos demuestra que pueden adoptarse varias modalidades, así, planteada una clasificación de la gestión del servicio público basada en tal criterio, ella

¹⁹³ **GRANILLO MELARA, Romeo**, *Servicios Públicos*, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1975, p. 45.

¹⁹⁴ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 634.

puede ser: directa, indirecta y mixta.”¹⁹⁵

2.2. El servicio público de transporte terrestre de pasajeros

El servicio público de transporte terrestre de pasajeros, cuenta con una diversidad de características importantes, por lo que para los fines de la presente investigación se procederá a realizar el estudio de dichas características

2.2.1. Definición

El Servicio de Transporte Terrestre de pasajeros, es importante en el país, debido a que dicho servicio público en caso de suspensión o interrupción de la prestación afecta la economía de la nación, porque las personas que hacen uso de dicho servicio no tendrán el medio adecuado para conducirse a sus lugares de trabajo. En consecuencia un transporte público deficiente marca el índice de desarrollo económico de un país y por ende el efecto de su ausencia, trae aparejada efectos económicos y sociales que afectan a todo el Estado.

Cuando la Administración concede un determinado servicio público a un particular; lo hace para satisfacer una necesidad pública, habiendo un beneficio mutuo para las partes, existiendo para el co contratante un ánimo de lucro, tal circunstancia no afecta la prestación del servicio de transporte terrestre de pasajeros. Internamente el servicio público de transporte terrestre se brinda por un particular cuando el Viceministerio de transporte decide concesionar las líneas, así lo establece el artículo 3 numeral 2 de la

¹⁹⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2011*, op. cit. pp. 855 y ss.

Ley de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial.¹⁹⁶

El Art. 5 numeral 45 del Reglamento General de Transporte Terrestre,¹⁹⁷ establece literalmente que el servicio de transporte público terrestre de pasajeros “Constituye una actividad llevada a cabo por la Administración o bajo regulación y control de esta, desempeñada por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por el órgano administrativo investido de la competencia necesaria, con el objeto de trasladar personas entre dos puntos distintos geográficos del país, mediante la utilización de vehículos automotores especialmente diseñados para tal fin a cambio de una prestación económica,”

Es de mencionar que no existe definición exacta de Servicio de Transporte Publico Terrestre de Pasajeros en la ley y en la doctrina, es por esa razón que hacemos uso del derecho comparado para definirlo.

La República de Colombia en el artículo 6 del Decreto que Reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor,¹⁹⁸ lo define como aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida, habilitada en esta modalidad, mediante la vinculación de un contrato celebrado entre un particular y la Administración, el vehículo del servicio recorrerá una ruta establecida por la Administración Pública. Con la variación de términos que implica la definición, se establece que tal definición es aplicable al medio salvadoreño.

¹⁹⁶ **LEY DE TRANSPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL**, D.L.N 477, del 19 de octubre de 1995, D.O.N 212, Tomo N 329, publicado 16 de noviembre de 1995.

¹⁹⁷ **REGLAMENTO GENERAL DE TRANSPORTE TERRESTRE**, D.E.N 84 del 1 de diciembre de 2014, D.O.N 224, Tomo 405, publicado el 1 de diciembre de 2014.

¹⁹⁸ **DECRETO EN QUE SE REGLAMENTA EL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA**, D.L.N 170, del 5 de febrero de 2001, D.O.N 44.318, publicado el 5 de febrero de 2001.

2.2.2. Características del Transporte Público Terrestre de Pasajeros

Una vez establecido lo que se debe entender por transporte público terrestre de pasajeros, se hace necesario caracterizarlo asimismo establecer su alcance y su límite, para determinar la función del mismo; en este sentido José Canasi,¹⁹⁹ establece que para esta clase de contratos se hace necesario remitirse a la teoría general de los servicios públicos, la cual establece características similares que tienen los demás servicios públicos que son afines a todo servicio público y que deben ser atribuibles; estableciéndose las siguientes:

2.2.2.1. Continuidad

El servicio debe ser (idealmente) brindado de manera constante, por ser una de las prestaciones más importantes de la población en general, ya que la necesidad así lo amerita porque son funciones esenciales para el buen desarrollo de la sociedad en los diferentes estratos de la misma ya que por ser generales no pueden sectorizarse ni restringirse ya que esto modificaría la institución objeto de análisis.

La Continuidad de los servicios públicos pueden verse en un sentido Absoluto y en un sentido relativo, siendo la primera cuando la necesidad pública no admite interrupción alguna, y la segunda cuando el servicio se presta previa programación de acuerdo a la necesidad colectiva siendo en el caso que nos ocupa aplicable en este segundo supuesto, es decir, no significa que la actividad de prestación del servicio sea ininterrumpida, sino más bien que esta prestación satisfaga la necesidad pública en un sentido al

¹⁹⁹ **CANASI, José**, op. cit. p. 29.

menos razonable y que con ello se cumpla con su finalidad.²⁰⁰ Esta característica no es uniforme es decir no tiene un margen de trascendencia similar en todos los servicios²⁰¹ por lo cual se está brindando y es que lo fundamental es que el servicio público funcione de manera permanente.²⁰²

En ese sentido, se concretiza que la aplicación de esta característica se refleja en el servicio de transporte público terrestre de pasajeros en nuestro país porque se brinda todos los días, pero existe una programación en la que se especifica los horarios para brindarlo, por esa razón la continuidad es relativa, ya que esta programación establecida por el VMT a través de la Dirección General de Transporte Terrestre se basa de acuerdo a los momentos del día en que se necesita más el servicio público, además es de carácter obligatorio la continuidad porque está dentro de lo acordado en el contrato de concesión de transporte público terrestre de pasajeros, contrato administrativo en el que se establecen como ya se ha mencionado cláusulas exorbitantes cuya finalidad es proteger el interés público, de existir un incumplimiento

La Dirección General de Transporte Terrestre aplicara sanciones o la cláusula exorbitantes que corresponda por el incumplimiento de no satisfacer la necesidad de traslado del usuario de un lugar a otro, excepto que la causa de la interrupción del servicio público no fuese imputable al concesionario así lo establece el artículo 5 numeral 15 del RGTT, ha de entenderse que se refiere a casos fortuito o fuerza mayor; los cuales deben ser probados ante la Instancia correspondiente.

²⁰⁰ **GORDILLO, Agustín**, *Tratado De Derecho Administrativo*, tomo II, La Defensa del Usuario y del Administrado, 8a ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

²⁰¹ **GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto**, *Derecho administrativo: Derecho administrativo al estilo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 935.

²⁰² **CANASI, José**, op. cit, p. 30.

2.2.2.2. Regularidad

El servicio público debe ser constante conforme a las normas preestablecidas, las condiciones a las que se sujeta la efectiva prestación, en el tiempo, modo, lugar;²⁰³ no basta que se satisfaga la necesidad pública, es necesario que se preste el servicio público de la mejor manera sometido a normativas jurídicas y no de forma arbitraria.²⁰⁴

Esta característica en el servicio de transporte público terrestre de pasajeros no se cumple a cabalidad, se refleja en incumplimiento del contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, no cumpliendo con recorridos, paradas, horarios, tarifas, capacidad de usuarios en las unidades de autobuses o microbuses generando inseguridad para los usuarios y también el incumplimiento reiterado de la normativa aplicable tanto la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial como el Reglamento General de Transporte Terrestre, si bien es cierto se lleve a cabo la prestación de forma continua se brinda de forma irregular.

En ese sentido es la Dirección General de Transporte Terrestre dependencia del VMT de conformidad al artículo 14 del RGTT es la encargada de velar por el buen funcionamiento del Transporte Terrestre incluyendo el servicio de transporte público terrestre de pasajeros y para dar cumplimiento a sus funciones en específico se ha creado la Unidad de Inspectoría así lo establece el artículo 25 del RGTT, que se encarga de la supervisión y de ejercer contraloría a este servicio público, la cual no desconoce las irregularidades en la prestación y que provoca afectación a los usuarios..

²⁰³ **DROMI, Roberto**, Óp. Cit. P. 624

²⁰⁴ **CANASI, José**, op. cit. p. 29.

Es decir que la trascendencia de esta característica se limita a la satisfacción de la necesidad colectiva pública que se satisface de forma irregular por parte del particular.

2.2.2.3. Uniformidad

Se refiere que todos los usuarios reciban el mismo trato, un servicio brindado en igualdad de condiciones, evitando la existencia de privilegios para personas, ni discriminación alguna por raza, sexo o religión.²⁰⁵ Tiene una relación directa con el derecho de igualdad, ya que todos tenemos los mismos derechos como personas naturales. Esta característica se refleja en el servicio público de transporte terrestre de pasajeros desde el momento en que se brinda a toda persona humana, es importante porque todos los servicios públicos son prestados para satisfacer una necesidad pública, con lo cual se justifica que toda la población tiene derecho a exigir el servicio público de transporte terrestre, sino fuese así la mayoría de la población sería afectada porque carece de vehículo automotor y la necesidad pública sería insatisfecha porque estaríamos ante una desnaturalización hacia un servicio privado.

2.2.2.4. Generalidad

“Hablar de esta característica significa que todos los habitantes tienen derecho a utilizar este servicio,”²⁰⁶ por medio del transporte público terrestre de pasajeros se busca brindar un servicio para todos los habitantes, con la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, ya que este es un derecho de la colectividad de beneficiarse del servicio público de transporte terrestre de

²⁰⁵ DROMI, Roberto, op. cit. p. 624.

²⁰⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado De Derecho Administrativo*, op. cit. p.238.

pasajeros, en ese sentido debiendo ser dirigido a la totalidad de los usuarios, así lo establece el artículo 5 numeral 26 del RGTT, para hacer uso de esta prestación pública basta que la población pague la tarifa establecida por el VMT que es el pago establecido de obligatorio cumplimiento de los concesionarios conforme a la vinculación del contrato de concesión del servicio público en mención.

En ese orden de ideas Manuel María Diez²⁰⁷ menciona que “el servicio público es para todos y no para determinadas personas” ya que si en dado caso se brindara el transporte público a un grupo selecto de personas, no se podría establecer la satisfacción de esta necesidad pública porque toda la población en general necesita de este servicio público para el respectivo traslado a sus hogares, escuelas y trabajos, no pudiéndose negar el acceso para brindarlo a determinadas personas, y en caso contrario se estaría degenerando el contrato objeto de análisis.

2.2.2.5. Obligatoriedad

Esta característica es muy importante porque para que exista una prestación del servicio público continuo, regular, uniforme y general, debe existir la obligatoriedad, sería difícil considerar las otras características como aplicables, es por esa razón que la persona que realice la prestación debe estar obligado porque el servicio público brindado tiene la finalidad de satisfacer una necesidad pública y es que el derecho de usar un servicio público se funda en la obligación del Estado de tutelar el interés público. Es considerada como una de las características esenciales del servicio público ya que la falta de prestación del responsable de brindarlo en consecuencia

²⁰⁷ **MARIA DIEZ, Manuel**, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 208.

debe ser sancionado porque se atenta contra el interés público.²⁰⁸

En la prestación de servicio de transporte público terrestre de pasajeros en nuestro país, el concesionario se obliga desde el momento que se vincula contractualmente con el VMT, debido que este último le delega la prestación de un servicio público por medio del cual se busca la satisfacción de una necesidad pública y para proteger el interés público el VMT a través de la Dirección General de Transporte Terrestre tiene la potestad de ejercer las prerrogativas exorbitantes que comprende el contrato administrativo, cuyo objeto es de utilidad pública, si el concesionario no brinda el servicio público conforme a lo estipulado en el contrato se estaría ante un incumplimiento del contrato de concesión de servicio público terrestre de pasajeros, esto tendría como consecuencia que la Dirección General de Transporte Terrestre sancione o según el caso ejerza las prerrogativas exorbitantes pertinentes conforme lo establece el artículo 184 del RGTT.

Es de mencionar que es la LACAP y el RELACAP que establecen la regulación del contrato de concesión de servicio público, en estos se establece normas de obligatorio cumplimiento como la que se menciona en el artículo 136 de la LACAP que establece que todo concesionario debe ejecutar el servicio público conforme a las características establecidas en el contrato de concesión, de igual manera el artículo 141 de la misma ley establece obligaciones del concesionario como brindar el servicio con la continuidad necesaria para satisfacer la necesidad pública y establecen sanciones por incumplimiento, en relación a estas se puede mencionar lo que se establece en el artículo 147 Bis de la LACAP infracciones que a consecuencia se aplicaran como sanciones las multas, y de aclarar que la

²⁰⁸ **MARIA DIEZ, Manuel**, op. cit. Tomo III, p.210.

reincidencia de tres o más infracciones graves dentro del lapso de tres años conforme al artículo 147 Bis de la LACAP inciso tres, el titular del contrato que es el VMT a través de la Dirección General como ya se mencionó podrá declarar según el caso la suspensión provisional de la concesión, la cual se ha mencionado en capítulo uno que son parte de las prerrogativas exorbitantes que más adelante abordaremos.

En ese mismo orden de ideas también otro mecanismo de obligatoriedad son la LTTTSV y el RGTT, porque es la normativa para un correcto desempeño en la prestación del servicio de público de transporte terrestre de pasajeros y en particular con el reglamento antes mencionado ya que en este se establece que es la Dirección General de Transporte la institución pública dependencia del VMT que velara por el cumplimiento a la prestación del servicio público satisfaciéndose la necesidad de los usuarios así lo establece el artículo 2 en relación al artículo 183 del RGTT, que en particular la supervisión del fiel cumplimiento en la prestación del servicio público como ya se mencionó en características anteriores es de competencia de la Unidad de Inspectoría.

Todos los mecanismos de obligatorio cumplimiento deberían ser suficientes para que el concesionario brinde un servicio conforme lo estipulado en las bases de licitación y en las diferentes leyes que existen al respecto, más sin embargo en la realidad aunque existe la obligatoriedad no existe un servicio de transporte público que satisfaga la necesidad pública del usuario de manera satisfactoria debido a los diferentes problemas que aquejan al sector del transporte público lo que ocasiona un menoscabo al servicio brindado.

Existen servicios públicos cuya obligatoriedad que tiene el usuario se

puede considerar de dos vertientes: Es obligatorio cuando debe el usuario utilizar el servicio público aunque no tenga consentimiento porque el provecho es colectivo y se salvaguarda el interés público por ejemplo el alumbrado eléctrico y el barrido de las calles; es facultativo cuando el usuario decide si consiente hacer uso del servicio público, es en aquellos casos cuando su provecho es particular o individual como el transporte público, el agua y el teléfono.

Con respecto al servicio de transporte público terrestre de pasajeros es de mencionar que el usuario si bien es cierto tiene derecho a recibir el servicio público también tiene obligaciones conforme al artículo 62 del RGTT cuando consume el servicio debe actuar con el respeto, con buenos modales para con los otros pasajeros y de los motoristas de las unidades y la obligación del buen uso de las unidades de transporte.

2.2.2.6. Onerosos

El servicio de transporte público terrestre de pasajeros es oneroso porque el usuario paga una tarifa impuesta para recibir la prestación, conforme al principio de retribución pagándose lo que se consume o beneficia, en ese mismo orden de ideas los servicios públicos gratuitos son aquellos que se pagan indirectamente por los habitantes con sus impuestos ya sea usando los servicios o no usándolos como la educación.

Respecto a la tarifa que debe pagar el usuario es obligatoria de lo contrario no podrá hacer uso de dicho servicio así lo establece el artículo 62 del RGTT. La particularidad de esta característica es que el servicio público de transporte terrestre de pasajeros siempre tendría que ser oneroso aunque fuese brindado de forma directa por el Estado si tuviese los recursos

económicos, porque el gasto que implica cada unidad de transporte para su mantenimiento comprende un costo.

El contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre menciona las aplicación de las características antes explicadas sin embargo también establece los elementos de la universalidad, calidad y seguridad al momento de brindar un servicio público y que deben estar presentes.

2.2.2.7. Universalidad

La aplicación de esta característica conlleva una cobertura efectiva de la necesidad sin hacer distinción de personas²⁰⁹ que se busca satisfacer, es decir que el servicio público se brinde de forma integral porque si no el servicio público no cumpliría su fin que es satisfacer una necesidad insatisfecha.

2.2.2.8. Calidad

En el servicio de transporte público terrestre de pasajeros si bien es cierto se busca satisfacer una necesidad pública debe ser satisfecha de forma plena, es decir que el usuario este cómodo, seguro y se sienta satisfecho por la prestación recibida, ya que “todo servicio debe ser brindado de forma correcta y eficiente coincidentemente satisfaciendo la necesidad y expectativas del usuario que lo utiliza;”²¹⁰ Sin embargo ya en la ejecución, en la prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros se

²⁰⁹ **LAPARRA, M, GAVIRIA M y AGUILAR M**, *Iniciativas locales comunitarias en la lucha contra la exclusión*, S. Ed., S. E., S. F, Madrid España, 1995, p.337.

²¹⁰ **OFICINA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**, *La Calidad en los Servicios Públicos*, Secretaria de la Función Pública, Secretaria General de la Gobernación de Salta. p.27.

observa el mal trato a los usuarios, la inseguridad debido al mal estado de las unidades del servicio público de transporte terrestre de pasajeros, ocasionando en el usuario malestar porque la prestación pública no llena sus expectativas, es así que no se refleja un servicio de calidad.

2.2.2.9. Seguridad

Esta característica se refiere a un servicio público de transporte terrestre de pasajeros que debe ser brindado con los estándares de calidad como ya se mencionó: Unidades de transporte en buen estado, motoristas que cumplen las paradas autorizadas, el manejo de las unidades de transporte con responsabilidad, un número de pasajeros en las unidades de transporte conforme al máximo establecido en el RGTT, generándose satisfacción y confianza en el usuario. Más sin embargo como ya se estableció anteriormente no se cumplen a cabalidad las condiciones establecidas en el contrato de concesión del servicio público, ni la legislación pertinente.

Por su parte Roberto Dromi²¹¹ menciona otra serie de características, las cuales pueden ser consideradas como no esenciales siendo así su no incorporación en el contrato de concesión de servicio público de transporte terrestre de pasajeros por considerarse dentro de otras características ya aplicables, como la regularidad, calidad y seguridad, las características son las siguientes:

2.2.2.10. Inseparabilidad

Esta característica se refiere que los servicios se producen y consumen a

²¹¹ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 625.

la vez; en este servicio público existe un contacto directo entre los usuarios y los conductores que brindan el servicio interactuando constantemente. Es decir que desde el momento que el usuario se sube a la unidad de transporte está recibiendo el servicio público y esto conlleva el respeto al usuario y la seguridad de su integridad física, si bien es cierto no se establece esta característica en el contrato de concesión se puede entender incluida en las características de seguridad y calidad en el servicio público prestado.

2.2.2.11. Variabilidad

El servicio público de transporte terrestre tiene que estar menos estandarizados, es decir que cada servicio depende de quien lo presta, cuando y donde, debido al factor humano el cual participa en la producción y entrega. Por estos motivos es difícil pronosticar la calidad antes que el consumo. Tiene una relación directa con la característica de regularidad y calidad ya que el servicio público de transporte terrestre es regulado en todo el país por la normativa jurídica que ya se ha mencionado para que se brinde de la mejor manera sin desequilibrios en al momento de prestar el servicio público para toda la población, de lo contrario se llega a la irregularidad.

En entrevista realizada en fecha 20 de abril de 2015, en las oficinas de ACOPATT S.A de C.V, nos brindó información acerca de la situación actual del transporte Publico Terrestre de Pasajeros, el licenciado Hugo Ernesto Mayorga Benítez apoderado legal de ACOPATT y de más de 30 concesionarios a nivel nacional entre ellos de la ruta 3 y 9, el cual nos informaba que en nuestro país los diferentes concesionarios no tienen la misma capacidad económica, algunos como ACOPATT S.A de C.V cuentan con líneas en buen estado, lugar de resguardo de estas y capacitan a los motoristas de las diferentes unidades de transporte, otros concesionarios

cuentan con unidades en muy mal estado, la falta de capacitación a los motoristas se refleja en el maltrato a los usuarios, el VMT permite esta situación irregular aunque exista la normativa que regula todo lo referente al correcto servicio público de transporte no se aplica porque en muchos casos tendría que darse por terminado el contrato de concesión de servicio público por el incumplimiento del mismo y la Administración Pública no tiene los recursos para brindar de forma directa el servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

La importancia de las características radica en que deben estar presentes en el servicio público para satisfacer una necesidad pública de la mejor manera posible, algunas son demasiado esenciales ya que llegarse hasta la no aplicación como la continuidad llevaría en consecuencia la interrupción del servicio público; lo que considera la jurisprudencia interna acerca de los servicios públicos y sus caracteres jurídicos esenciales como son la continuidad, regularidad y la generalidad, si omitimos estas características no estaríamos hablando de una necesidad pública satisfecha, es de aclarar que tiene a confundir regularidad con obligatoriedad, ya que en la regularidad se refiere a la normativa aplicable que es de obligatorio cumplimiento, es por tal razón que se omitió por parte de la Sala de lo Constitucional.

En ese sentido la trascendencia de las características se limita a la satisfacción de la necesidad pública, características como continuidad, uniformidad generalidad y regularidad las cuales su margen de trascendencia no es igual siendo así que si el servicio público es interrumpido, no se cumpliría su finalidad que es satisfacer la necesidad pública, si la prestación se concretiza seleccionando personas por raza, sexo o religión, profesión estaríamos en una desnaturalización hacia un servicio selecto o privado, si

se satisface la necesidad aunque no conforme lo estipulado en el contrato de concesión de servicio de público de transporte terrestre de pasajeros, se cumple la finalidad del servicio satisfaciéndose la necesidad pública pero de forma irregular.

En el caso de características como universalidad y generalidad que se refieren a la prestación de un servicio a toda el conglomerado social, su trascendencia como ya se dijo es notable porque si no aplican se limitaría el servicio a un grupo selecto en consecuencia ya no hablamos de servicio público sino de un transporte selecto o si se limita el uso de unidades de servicio de transporte, el servicio público también sería irregular; en referencia a la calidad y seguridad, en nuestro país unidades de transporte en mal estado, el mal trato de los conductores de las unidades hacia los usuarios, el conglomerado de personas en las unidades sobrepasando los límites establecidos reflejan la mala calidad y la falta de seguridad, pero aun así se consume un servicio público, prestándose por parte del concesionario pero no satisfaciéndose la necesidad pública conforme debería de ser.

En ese sentido, una vez se han explicado las características que poseen los servicios públicos, se afirma que son de aplicación en su totalidad al servicio público de transporte terrestre de pasajeros aunque son aplicables de acuerdo a su trascendencia, ya que su falta de aplicación de algunas características no es más que una simple irregularidad.

2.3.3. Clasificación y Tipos de Transporte Público Terrestre de Pasajeros

Existen diversas clases y tipos de transporte público terrestre, por lo que

a continuación se procederá a realizar un estudio de estas instituciones, las cuales se desarrollan a continuación:

2.3.3.1. Clasificación del transporte público

El transporte público terrestre según Carlos Ernesto Hernández²¹² se clasifica según el desplazamiento geográfico y por el uso que haga la población demandante.

2.3.3.1.1. Según los lugares de desplazamiento geográfico

1. Transporte Nacional: Es todo aquel desplazamiento que se hace a través de un medio de transporte específico dentro de una nación. Este comprende el urbano, interurbano e interdepartamental. Entendiéndose que dentro de un determinado Estado hay una diversidad de transporte público y se encuentra desarrollada en este criterio de clasificación.
2. Transporte Urbano: Es aquel que se presta a la población de un determinado Municipio y cuyo recorrido está dentro de los límites territoriales del Municipio.
3. Transporte Interurbano: Es el que se brinda con el objeto de vincular dos o más núcleos poblacionales, entendiéndose que existe un recorrido entre dos o más municipios que se encuentran dentro de un

²¹² **HERNANDEZ, Carlos Ernesto**, *“Propuesta de un Modelo de Mercadeo Estratégico para las Empresas de Transporte Terrestre de Carga en el Área Metropolitana de San Salvador,”* Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1995, p. 35.

Departamento. En esta clasificación entran las rutas 3, 9 y 29. Sin embargo en el país hay ciertas rutas de transporte que prestan su recorrido de un municipio de un determinado departamento a otro municipio de otro departamento. En este sentido se establece que para poder encajar este tipo de recorrido dentro de la clasificación en análisis, los municipios que se conectan deben ser colindantes. En esta clasificación entra las rutas 42, 79 y 101

4. Transporte Interdepartamental: Este desplazamiento en el que sus puntos de origen y destinos son terminales ubicadas en municipios de diferentes departamentos.
5. Transporte Internacional: Es un desplazamiento que es realizado de un Estado a otro Estado, superando los límites fronterizos.

2.3.3.1.2. Según el uso que haga la población demandante

1. Transporte Público o Colectivo: Esta referido a un conjunto de personas que participan de una misma acción, concurren a un determinado lugar, siendo de índole general o preferencial lo cual dependerá de la prestación que se esté ejecutando para establecer si determinada prestación se encuentra en esta clasificación.
2. Transporte Privado: Este tipo de prestación consiste en brindar un servicio de forma particular, es decir, no siendo general por lo que sobrepasa la esfera pública y como consecuencia su forma de contratación está regida por el Código Civil, pero su funcionamiento estará siempre sujeto a leyes de tránsito que le son propias de su regulación, ya que la esfera de la contratación administrativa solo es

otro ámbito de regulación.

El artículo 27 inciso 2 de la Ley de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial²¹³ establece la clasificación antes mencionada y los divide en: Servicios Públicos y Servicios de oferta libre o servicios expresos en los cuales se verificara al momento de darse la prestación por parte del particular ante la insolvencia del Estado para brindar este servicio por sus propios medios.

2.4.3.2. Tipos de Transporte Colectivo

Es necesario para determinar cuáles son los tipos de transporte público, por lo que se procederá a analizar una serie de criterios que han sido retomados por la doctrina para poder unificar estos tipos de transporte y para tipificar el transporte público de pasajeros,²¹⁴ los cuales son:

2.4.3.2.1. Según la Clase de Automotor

1. Autobús: Vehículo automotor diseñado para transportar personas con una capacidad promedio de 80 pasajeros. El RGTT en el artículo 5 numeral 3 establece que la capacidad es de más de 40 pasajeros y es tomado para seguridad de los usuarios.
2. Microbús: Vehículo automotor diseñado para transportar personas con capacidad entre 18 y 30 pasajeros sentados, así lo establece el mismo RGTT.

²¹³ **LEY DE TRANSPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL**, D. L. N° 477, del 19 de octubre de 1995, D.O.N 212, Tomo N 329, publicado 16 de noviembre de 1995.

²¹⁴ **HERNANDEZ, Carlos Ernesto**, op. cit. p. 17.

2.4.3.2.2. Según la clase de usuario

1. De pasajeros: Brinda el servicio de carácter general sin tomar en cuenta la condición, con la cual el beneficiario utiliza este servicio.
2. Escolar: Servicio brindado al sector estudiantil ya sea de carácter público o privado, se hace necesario aclarar que no hay en el país un servicio exclusivo para este sector de la sociedad, por lo que es brindado por particulares saliendo de la esfera pública.
3. De personal: Tipo de transporte dirigido a cierto grupo de la población perteneciente a determinada empresa, con la finalidad de suplir el servicio público de transporte a sus empleados.
4. Turístico: Servicio exclusivo para transportar a las personas a los lugares turísticos, en la actualidad este servicio es brindado por las municipalidades, en el marco de fomentar el recreo y la cultura entre las personas.

CAPÍTULO III

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 3.1. Prerrogativas de la Administración. 3.1.1. Definición de cláusulas exorbitantes. 3.1.2. Características de las cláusulas exorbitantes. 3.1.3. Clasificación de las cláusulas exorbitantes. 3.1.4. Manifestaciones de las cláusulas exorbitantes. 3.1.5. Efectos de las cláusulas exorbitantes. 3.1.6. Procedimiento para la aplicación de las cláusulas exorbitantes.

El Estado tiene a su favor potestades, poderes o facultades especiales que ejerce sobre los administrados, ello se justifica en razón de que es el ente encargado de velar por el interés público y general, aunque esto implique en algunos casos someter al administrado o ir en contra del interés particular. El mismo caso sucede en la relación contractual (bajo cualquier denominación establecida Estado-Administrado, Contratante- co contratante, Institución contratante-Contratista) regida por la contratación administrativa, el Estado tiene y debe tener estas potestades especiales para garantizar esta finalidad, por supuesto que como toda facultad, esta debe tener limitantes, ya que si de forma absoluta "la Administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda".

El Estado es también el encargado de satisfacer necesidades colectivas (ello en razón de sus atribuciones) a través de los servicios públicos, servicios que pueden ser brindados de forma directa o indirecta como ya anteriormente se planteó, el primer caso es cuando el Estado es auto-suficiente y por tanto tiene los medios para prestar el servicio el mismo, y el segundo caso ante la impotencia o imposibilidad del Estado de brindar el servicio por sí mismo, utiliza otros medios para realizar y brindar el servicio,

es el caso del contrato de concesión de prestación servicio público, en donde se delega a un particular la atribución de brindar o prestar el servicio público a nombre del Estado, es decir, "supone la traslación al concesionario de los derechos y obligaciones de carácter público que a la Administración corresponde, tanto para que aquel proceda a ejecutarlo, como en lo que atañe a la posterior gestión de su desenvolvimiento".²¹⁵

3.1. Prerrogativas de la Administración

Este es un régimen y una potestad especial de la Administración referidas y aplicadas a los contratos administrativos, ello en razón de ser también un criterio diferenciador de los contratos administrativos con los de otra índole. Es importante enfatizar, además que "todas las prerrogativas de la Administración (...) tienen un estricto carácter finalista",²¹⁶ relativo al interés público y general, cuya finalidad a su vez es el objeto del contrato administrativo, situación que vari en materia civil y mercantil dado que el objeto de las prestaciones está en función particular.

Por el carácter finalista que tienen estas prerrogativas se puede establecer en *stricto sensu* que se altera la igualdad jurídica de las partes contratantes, en razón de que al ser una de ellas la Administración pública, es lógico decir que tienen cierto carácter de "supremacía en el marco de la relación contractual",²¹⁷ así también el principio contractual del *Pacta sunt servanda* (Los pactos son para cumplirse), ello al ser una de estas prerrogativas la modificación unilateral del contrato, situación que se analizara más adelante.

²¹⁵ LANCIS, Antonio y SANCHEZ, op. cit. p. 442.

²¹⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA, *Contratación Administrativa II*, S.Ed., Ed. Mateu Cromo, S.A. Madrid, 1997, p. 136.

²¹⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA, op. cit. p. 136.

Las prerrogativas de la Administración pública estriban en "la potestad que el ordenamiento puede atribuir de un modo expreso a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos, poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial para cada caso en particular, y a condición de que no se altere el fin del contrato, ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato",²¹⁸ por tanto si se altera el fin del contrato y este no tiene concordancia con el interés público, se recae en una "desviación de poder" como tal.²¹⁹

Las prerrogativas que se analizan son para algunos algo ajeno y externo al contrato administrativo mismo, ya que "la concurrencia de esas prerrogativas no depende de lo que las cláusulas del contrato especial establezcan, sino que estas deben dar constancia de que las prerrogativas existen con anterioridad al contrato y no son excluibles, aparte, claro está, de determinar las peculiaridades de ejercicio de dichas prerrogativas, cuando sea necesario".²²⁰

Por ello dice Fiorini, justificando el actuar de la Administración, que: "La presencia del interés público obliga a una técnica jurídica contractual completamente distinta. La Administración, cuando expresa su voluntad contractual, no renuncia a sus funciones de poder administrador y beneficio del interés público, pero no podía tampoco hacerlo en detrimento de los derechos patrimoniales del empresario particular. Estos caracteres son los

²¹⁸ **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 36.

²¹⁹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011)*, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, p. 817.

²²⁰ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. p. 138.

motivos de la técnica jurídica creadora de la exorbitancia administrativa dentro del contrato".²²¹

Claro está, que estas prerrogativas deben ir siempre en concordancia con el Derecho vigente y además debe de evitarse toda utilización de manera abusiva, arbitraria e imprudente que altere el fin del contrato y la normal ejecución del mismo.

3.1.1. Definición de cláusulas exorbitantes

Ya establecida la justificación de la necesidad y existencia de las prerrogativas de la Administración, es necesario determinar que son las cláusulas exorbitantes y para ello se exponen las definiciones y criterios que se adoptan para entender en si ¿Qué son las cláusulas exorbitantes?, y sobre esto la doctrina manifiesta:

Roberto Dromi establece que: "son cláusulas derogatorias del Derecho Común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil", a su vez dice que en otros términos "son cláusulas inusuales en el Derecho Privado, o que incluidas en un contrato de Derecho Común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o mercantiles que busca la igualdad entre las partes.."²²²

²²¹ **FIORINI** citado por **BACACORZO, Gustavo** *Tratado De Derecho Administrativo*, Tomo I, S.E., editorial Gaceta Jurídica 2002, p. 510.

²²² **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 353.

Por su parte Félix Soto nos dice que “Las cláusulas exorbitantes son aquellas estipulaciones que resultan inusuales en el derecho privado, pero que en la contratación administrativa se ponen en práctica como potestades a favor de la administración pública, sin que sea necesario incorporarlas por escrito en los contratos para que tengan vigencia efectiva.”²²³

La jurisprudencia nacional establece que "Estas cláusulas son las que otorgan a la Administración derechos frente a su co contratante, los cuales serían nulos o ilícitos dentro del Derecho Privado" ²²⁴

“Estas cláusulas, o privilegios, son las que otorgan a la Administración derechos frente a su co contratante, los cuales no tienen un equivalente en el Derecho Privado, en que (por regla general) prevalece la igualdad jurídica entre las partes contratantes.”²²⁵

3.1.2. Características de las cláusulas exorbitantes

Para conocer de mejor manera estas cláusulas, es necesario exponer los rasgos característicos de las mismas, que según Juan Joel Palacio Hincapié²²⁶ son diversas y varían en cada ordenamiento jurídico porque el significado de interés público varía de cada realidad social y sobretodo de la realidad jurídica, es, por ello que a fin de profundizar en su contenido, se establecerán las siguientes:

²²³ **SOTO, Félix y otros**, op. cit. p. 24.

²²⁴ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p. 14.

²²⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2010*, sentencia definitiva Ref.: 231-2008, op. cit. p. 144.

²²⁶ **PALACIO HINCAPIE, Juan Joel**, *La Contratación de las Entidades Estatales*, S.Ed., S.E., Bogotá, Colombia, 2004, p.129.

3.1.2.1. Las Cláusulas Exorbitantes como exclusividad para los Contratos Administrativos

Esta primera característica está referida a que las cláusulas solo rigen los contratos del Estado, y es así debido a que se busca proteger el interés público y que se garantice la prestación de los servicios públicos. Por ende estas cláusulas existen en favor de la entidad contratante no del co-contratante y se justifica en que la Administración actúa en nombre de toda una colectividad en razón del interés público, mientras que el co-contratante por lo general (como ya se expuso) busca por regla general alcanzar un fin particular ya que obtendrá una remuneración por la actividad que realice que se traducirá en activos para el particular.

3.1.2.2. Carácter excepcional improrrogable para su aplicación

Por su carácter excepcional solo existe una oportunidad improrrogable para su ejercicio. Su aplicación es consecuencia de cambios en circunstancias, condiciones en la necesidad de un servicio público para la prestación del mismo,²²⁷ ya que de lo contrario no se aplicarían, por lo que estas serán de aplicación solo si llegase a afectar o poner en peligro la normal prestación de los servicios públicos.

3.1.2.3. Aplicación condicional conforme lo establece la ley

Su aplicación se condiciona a las circunstancias que establece la ley, debido a que ésta misma establece por qué se interpreta, se modifica o se

²²⁷ PALACIO HINCAPIE, Juan Joel, op. cit. p. 129.

sanciona,²²⁸ no es una aplicación arbitraria por parte de la Administración y no debe serlo en ningún sentido.

3.1.2.4. Aplicación directa de la Administración Pública

Es decir, la aplicación de las cláusulas no requiere previa declaración judicial para poder ser aplicada,²²⁹ porque como ya se dijo anteriormente son potestades, privilegios de la Administración para que exista seguridad en la prestación de los servicios públicos y para evitar que estos se paralicen o se pongan en riesgo, la Administración puede aplicarlas al caso concreto; sin embargo ello no significa que el co contratante no puede impugnar lo actuado por la Administración y por ello puede hacer uso de la vía judicial idónea, si considera que se le ha vulnerado algún Derecho.

Del planteamiento anterior, se establece en qué consisten y como se manifiestan las cláusulas exorbitantes y/o prerrogativas de la Administración, establecer si son o no lo mismo, sin embargo esta no es tarea fácil, ya que, mientras que para unos autores se trata de la misma cosa, como es el caso de Hugo Dagoberto Pineda Argueta,²³⁰ en contraposición hay otros doctrinarios que hacen una distinción, lo cual se analizara en este apartado.

Para otros es una relación de especie y género, como es el caso de Roberto Dromi al establecer que "las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas y en las

²²⁸ **PALACIO HINCAPIE, Juan Joel**, op. cit. p. 129.

²²⁹ **ORREGO, GERARDO**, *Las Cláusulas Exorbitantes en los Contratos Estatales*, Universidad de Medellín, Colombia, 2001, disponible en: <http://clausulaseorbitantes.overblog.es/pages/cuales-son-las-clausulas-exorbitantes-en-el-contrato-estatal-4202068.html>, sitio consultado el 29 de agosto de 2014.

²³⁰ **PINEDA ARGUETA, Hugo Dagoberto**, op. cit. p. 99.

cláusulas exorbitantes del Derecho Común",²³¹ así también hay quienes siguen el planteamiento de Juan Carlos Cassagne²³² al decir que "no se debe confundir (...) régimen exorbitante con cláusula exorbitante. Esta última depende de la voluntad de quienes contratan y no surge directamente del ordenamiento."

El criterio a sostener será el que ha sido adoptado y aceptado por la doctrina nacional e internacional, el cual entiende que cláusulas exorbitantes y prerrogativas de la Administración son en esencia lo mismo, ya que las formas en que se manifiestan, sus efectos, sus contenidos, sus características y sus finalidades son iguales, por lo que en adelante se hablara indistintamente de cláusula exorbitante o prerrogativa de la Administración.

3.1.3. Clasificación de las cláusulas exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes pueden clasificarse en virtuales o implícitas y expresas o concretas,²³³ ejemplo de las primeras es la modificación unilateral en razón de ser potestades implícitas, son cláusulas expresas siempre que se incluyan de manera directa y concreta en el contrato administrativo; y de las segundas son aquellas que se determinan el contrato administrativo, y en este caso, en el contrato de concesión de prestación de servicio público.

3.1.4. Manifestaciones de las cláusulas exorbitantes

Estas potestades se manifiestan como prerrogativas de "interpretación,

²³¹ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 353.

²³² **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 23.

²³³ **DROMI, Roberto**, op. cit. p. 354.

resolución de dudas, modificación y resolución unilateral del contratos,"²³⁴ "dirección y sanción de la Administración" ²³⁵ Por tanto, se expondrá a continuación las diferentes manifestaciones de cláusulas exorbitantes:

3.1.4.1. Cláusula exorbitante de interpretación

El contrato como fuente de obligaciones según el artículo 1308 del Código Civil, contiene estipulaciones, cláusulas inmersas que desarrollan la intención de las partes al contratar, por tanto para el cumplimiento de esas obligaciones es necesario que el contrato sea interpretado debidamente, y en el caso del contrato administrativo esa tarea le corresponde al concedente, "no se trata de que la Administración pueda decidir libremente sobre el alcance real de lo pactado, sino de un simple privilegio procesal antes de que el juez interprete el contrato en un eventual proceso posterior, privilegio que no se traduce en reglas especiales distintas de las que establece con carácter general el Código Civil, a las que debe ajustarse en todo caso la interpretación" ²³⁶

Algunas reglas de interpretación de los contratos aplicables pueden ser por ejemplo "en caso de ambigüedad en las palabras, deben buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos, "a nadie le es lícito venir contra sus propios actos"

Ahora bien, el artículo 84 LACAP establece que "El contrato se ejecutará

²³⁴ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. p. 136.

²³⁵ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. p. 136.

²³⁶ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Público en el área Administrativo El Salvador 2011)*, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, op. cit. p. 828.

con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación, diere la institución al contratista.” Se trata entonces “de una prerrogativa desconocida en la contratación civil y que deriva no del contrato sino directamente de la Ley, que recoge así una potestad cuyo fundamento se encuentra en el principio de auto tutela que caracteriza a la actividad de la Administración pública y que se justifica toda vez que sirva para garantizar el cumplimiento de las obras y prestación de servicios de interés general o público encomendadas a la Administración. Implica, al mismo tiempo, una alteración al principio fijado en el art.1437 del Código Civil, según el cual, quien haya redactado una cláusula no puede beneficiarse con su oscuridad o ambigüedad para alguna de las partes contratantes.”²³⁷ Las instrucciones vienen entonces a constituirse en instrumentos contractuales y por tanto de obligatorio cumplimiento para los contratantes.

Esto último implicaría una contradicción, entre si aplicar para interpretar las instrucciones dadas por el contratante para tal efecto o los métodos de interpretación contractual establecidos en el Código Civil. Sobre ello se considera que la regla general es que se debe interpretar el contrato a luz de las instrucciones del contratante, y excepcionalmente a falta de ellas o por voluntad propia de la Administración deban o puedan aplicarse los métodos de interpretación establecidos en el Código Civil. “Debe señalarse que, a pesar del silencio del legislador, las instrucciones de interpretación del contrato sólo serán vinculantes si se dan por escrito, de modo que las formuladas de forma verbal, si se quiere que se vuelvan vinculantes, deberán ser ratificadas por escrito.”²³⁸

²³⁷ **MENA CASTRO, Armando Henrique**, *La Contratación Pública en El Salvador: Un repaso sobre sus aspectos fundamentales*, S. Ed., S.E., p. 408.

²³⁸ **MENA CASTRO, Armando Henrique**, op. cit. p. 409.

Sobre este tema algunos han planteado incluso que la interpretación que realiza la Administración es una verdadera "interpretación auténtica" por el hecho de que el contrato administrativo es un contrato de adhesión y que su contenido está previamente determinado por la Administración misma y por ello es esta la más adecuada para interpretar el contrato, existe entonces una "presunción de autenticidad" mientras que no se demuestre que es inadecuada o errónea²³⁹.

Esta teoría no puede ser aceptada ya que si bien es cierto el contrato es de adhesión, este mismo no tiene razón de ser sino hasta el momento de su celebración y es entonces cuando nacen las obligaciones y los derechos entre las partes, no de forma unilateral, sino bilateral en donde nace y se verifica la intención de las partes para contratar, esto es aparentemente evidente, pero no es tan claro cuando existe conflictos interpretativos. Por ello "debe rechazarse cualquier interpretación que pretenda otorgar a la Administración una potestad discrecional en la interpretación de los contratos debiendo en todo caso integrar la norma para evitar vacíos que tengan como consecuencia un acto arbitrario."²⁴⁰

"La doctrina claramente reconoce dentro de este tipo de prerrogativas la potestad de interpretación unilateral de los contratos administrativos, basada, entre otras argumentaciones, en que las cláusulas contractuales están redactadas unilateralmente por la propia Administración y, por tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer la auténtica voluntad de la misma. En definitiva, la interpretación de la Administración, vincula ejecutoriamente al contratista desde el momento en que son emitidas en los términos y

²³⁹ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. pp. 142 y ss.

²⁴⁰ **MENA CASTRO, Armando Henrique**, op. cit. p. 409.

cumplidos los trámites señalados.”²⁴¹

3.1.4.2. Cláusula exorbitante de modificación unilateral

La prerrogativa de modificación del contrato administrativo por razones de interés público, no es un derecho sino más bien es el "ejercicio de una potestad que, como tal, resulta irrenunciable, configurando un principio general de la contratación administrativa que integra el llamado régimen exorbitante" ²⁴²

La modificación del contrato administrativo puede realizarse de distintas formas tales como "a) la decisión unilateral de la Administración, o el mutuo acuerdo de los contratantes, que supone un acto unilateral anterior, expreso o implícito, admitiendo celebrarlo; b) la decisión jurisdiccional; o c) modificaciones de Pleno Derecho." ²⁴³ Las cuales tendrán una aplicación diferenciada dependiendo del supuesto en que se apliquen.

a) La decisión unilateral de la Administración, o el mutuo acuerdo de los contratantes

Los contratantes pueden de común acuerdo modificar el contrato, esto sería entonces una modificación bilateral del mismo, nada impide realizar una modificación bilateral en donde se modifique la ecuación económica y financiera del contrato sería ésta una excepción a la regla general; a su vez

²⁴¹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2011*, op. cit. p. 893.

²⁴² **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 94.

²⁴³ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011)*, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, op. cit. p. 808.

puede la Administración de forma unilateral modificar el contrato en razón del interés público, y ambos casos son legítimos en la actividad contractual del Estado, en cualquier caso lo único inmodificable del contrato es la finalidad del contrato ²⁴⁴ya que esto desvirtuaría la esencia del mismo.

La prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato administrativo es una potestad que no siempre se encuentra de forma expresa en la ley, por lo que se funda principalmente en el principio de los poderes implícitos del órgano competente (la Administración), "la atribución de cometidos a una entidad estatal supone no solo la facultad, sino el deber de cumplirlos; por eso es conforme al principio de los poderes implícitos, la atribución expresa de cometidos a un órgano público supone implícitamente la atribución de los poderes necesarios para cumplirlos adecuadamente, siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente, ni este atribuido expresamente a otro órgano público. ²⁴⁵

Esta prerrogativa se expresa en el artículo 83-A LACAP, el cual establece (entre otras cosas) que *"la institución contratante podrá modificar los contratos en ejecución regidos por la presente Ley, independientemente de su naturaleza y antes del vencimiento de su plazo, siempre que concurren circunstancias imprevistas y comprobadas. Para efectos de esta Ley, se entenderá por circunstancias imprevistas, aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda al caso fortuito o fuerza mayor. La comprobación de dichas circunstancias, será responsabilidad del titular de la institución."*

²⁴⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit. p. 94.

²⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011), Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, op. cit. p. 808.

Esta potestad es llamada comúnmente como el "*ius variandi*" de la Administración, ligado al "principio de mutabilidad", al respecto la jurisprudencia dice que "se entiende entonces, que los contratos de concesión de servicio público, siendo una institución jurídica del Derecho Administrativo, se encuentran afectos por el principio de mutabilidad que se refiere a que en todo servicio público existe siempre la posibilidad de que las normas relativas a la organización y funcionamiento del mismo puedan ser modificadas en todo instante por la autoridad competente en beneficio de la comunidad. Ya sea que el servicio sea directamente prestado por el Estado o haya sido concedido a un particular. El fundamento del principio de la mutabilidad reside en que por ser el interés general cambiante, el régimen aplicable al servicio debe ser adaptable a las nuevas condiciones o exigencias que se presenten en un momento determinado de la realidad. Es decir que el principio apuntado se encuentra informado por los límites establecidos en el *ius variandi* o Derecho de modificación unilateral del contrato, y es una consecuencia impuesta por las finalidades de interés público, dado que con ello se tiende a lograr una más eficiente realización de la *justicia distributiva*." ²⁴⁶

Esta facultad o potestad tiene tres limitantes en su utilización, a saber: la primera es "la concurrencia de un presupuesto de hecho. el surgimiento de necesidades nuevas o causas imprevistas, cuando se celebró el contrato"²⁴⁷; la segunda limitación es la "inmanencia del fin, una razón de interés público que justifique la reforma y que lógicamente, debe tener relación con finalidad del contrato" ²⁴⁸ ; y en tercer lugar debe "existir una relación de

²⁴⁶ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004**, op. cit. p. 31.

²⁴⁷ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. p. 147.

²⁴⁸ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. pp. 147 y ss.

proporcionalidad y coherencia entre los medios y los fines" ²⁴⁹ . El incumplimiento de estas limitantes puede dar lugar a que se realice un control jurisdiccional de la aplicación de esta potestad con el fin de controvertirla en el ámbito judicial.

La prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato administrativo es una potestad que no siempre se encuentra de forma expresa en la ley, por lo que se funda principalmente en el principio de los poderes implícitos del órgano competente (la Administración), por lo que deberá entenderse como una cláusula natural y por ende "la atribución de cometidos a una entidad estatal supone no solo la facultad, sino el deber de cumplirlos; por eso es conforme al principio de los poderes implícitos, la atribución expresa de cometidos a un órgano público supone implícitamente la atribución de los poderes necesarios para cumplirlos adecuadamente, siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente, ni este atribuido expresamente a otro órgano público. ²⁵⁰ Son aplicables en este caso los principio de que el "contrato es ley para las partes" y a su vez el de que "los contratos no solo deben celebrarse, sino también cumplirse de buen fe".

En consecuencia, la potestad de modificar un contrato de manera unilateral conforme al "principio de los poderes implícitos", deberá de "reconocerse al órgano contratante aun a falta de texto expreso cuando, por motivos supervivientes que serán los que justifiquen el ejercicio de tal potestad, sus términos impidan a la Administración cumplir conforme a Derecho y a criterios de buena Administración el contenido para el cual aquel

²⁴⁹ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. p. 148.

²⁵⁰ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011)*, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, op. cit. p. 808.

se celebró".²⁵¹ Por el contrario, otro sector de la doctrina establece que las "prerrogativas que tiene la Administración a su favor (modificación unilateral del contrato) nunca pueden ser prerrogativas implícitas dado que no puede unificarse ambas instituciones"²⁵²

b) La decisión jurisdiccional

Esto supone que la actividad contractual de la Administración traspasa la barrera de la vía administrativa e ingresa al plano jurisdiccional. Bajo esta perspectiva es el juez que conoce de los conflictos relativos al contrato administrativo, y ante tal circunstancia el juzgador puede modificar total o parcialmente los acuerdos contractuales, en razón de un incumplimiento u otras causas imputables o no a las partes, es entonces, donde se manifiesta la aplicación de la potestad de modificación unilateral del contrato administrativo por decisión jurisdiccional, la cual en su momento puede ser objeto de control Constitucional.

c) Modificaciones de Pleno Derecho

La palabra jurídica (de) pleno Derecho es "una locución que califica la constitución de una relación jurídica o la producción de un efecto jurídico por ministerio de ley (...) con independencia de acto o voluntad de las partes a quienes afecte,"²⁵³ deviene además de "IPSO IURE" que significa "por el Derecho mismo," "de pleno Derecho," y "por la fuerza o autoridad del

²⁵¹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011)*, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, op. cit. p. 813.

²⁵² **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 23.

²⁵³ **DE TORRES, Guillermo Cabanellas**, *Diccionario Jurídico Elemental*, edición actualizada, corregida y aumentada, 1997, duodécima edición, editorial Heliasta, p. 307.

Derecho.”²⁵⁴ Por lo tanto, las modificaciones de pleno Derecho son aquellas que surgen directamente de la ley y que surten efectos jurídicos aun en contra de cualquier voluntad afecta, es decir que su reconocimiento y autoridad es plena.

Ante ello es claro entonces, que la cláusula exorbitante de modificación de pleno derecho, es la manifestación de voluntad expresa de la ley, prevista bajo los límites y alcances de la misma, que modifica (sin previo reconocimiento) el contrato administrativo.

3.1.4.3. Cláusula exorbitante de suspensión del contrato

A la luz del artículo 108 LACAP “es posible distinguir que la suspensión podrá ser acordada a iniciativa de la Administración o a instancia del contratista; la suspensión podrá ser temporal o definitiva; total o parcial. En este punto también tiene importancia lo previsto en la letra u) del art. 44 de la referida ley, según la cual, las bases de licitación deben contener las causales de suspensión del contrato de obra”.²⁵⁵

La Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección de Centro de San Salvador en la causa 235-D-13 ha establecido que: *“La Administración Pública, en aras de una mejor protección al interés público, tiene la prerrogativa de suspender el contrato cuando existan impedimentos que obstaculicen su cumplimiento. La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública prevé así mismo, la posibilidad de que sea el contratista el que solicite la suspensión de*

²⁵⁴ **NICOLIELLO, Nelson**, *Diccionario del Latín Jurídico*, S.E., editorial “B de F,” reimpresión 2004, p. 229.

²⁵⁵ **MENA CASTRO, Armando Henrique**, op. cit. p. 413.

las obras, así lo regula el Art. 108 de la citada Ley, que a su letra reza: “El titular de la institución, previa opinión de la UACI, podrá acordar mediante resolución razonada, comunicada por escrito al contratista, la suspensión de toda o de cualquier parte de la obra, hasta un plazo de quince días hábiles sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extendiere a más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que incurriere por los días posteriores de suspensión.

En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional, comunicándolo por escrito a la UNAC, sin costo adicional para la entidad contratante.

En todo caso de suspensión de la obra, sea de oficio o a solicitud del contratista, éste deberá realizar las actuaciones necesarias para evitar el deterioro de la obra ejecutada y para que la paralización no produzca daños en perjuicio de la institución contratante o de terceras personas. Asimismo, el inciso segundo del Art. 128 establece: Cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito se justifique la suspensión temporal de la obra, ésta no implicará incremento al valor del contrato.

En base a lo anterior y previo a entrar al análisis de la pretensión contenida en la solicitud de mérito, es menester aclarar que estamos en presencia de una petición de “suspensión provisional”; al respecto, de la lectura de los considerandos anteriores se desprende que tal solicitud debe dirigirse ante el órgano administrativo, pues de lo dispuesto en el Art. 108 LACAP, se evidencia que es una de las prerrogativas otorgadas a la Administración Pública, particularmente,

en el caso en estudio corresponde al Ministerio de Salud, mediante la emisión de un acto administrativo conocer, decidir y resolver si concurren las circunstancias para ordenar la suspensión provisional de marras, como una potestad exclusiva de la Administración Pública.

*Por lo antes expuesto, conceder la referida suspensión de la obra, le compete en forma única y exclusiva a la Administración Pública, quien deberá calificar si se reúnen las condiciones o circunstancias necesarias para concederla, emitiendo el respectivo acto administrativo, el que podrá ser objeto de recursos por la misma vía, a fin de determinar su legalidad, en una palabra, no es materia sujeta o disponible a los tribunales comunes sino materia reservada a la Administración, es voluntad del legislador otorgarle esta facultad, por lo que estamos hablando de una potestad exorbitante de calificar si se dan las circunstancias para otorgar la suspensión provisional de la ejecución de la obra. Declarar o no tal suspensión por parte de este Tribunal conllevaría a invadir atribuciones que única y exclusivamente le corresponden a la Administración Pública, en virtud del principio de soberanía estatal, por lo tanto, esa línea de pensamiento nos lleva a concluir que la petición realizada por el licenciado B. A. no puede ser sujeta de decisión de este Tribunal, debiendo declararse improponible su solicitud, por carecer esta Cámara de competencia en razón de la materia.*²⁵⁶

La suspensión puede darse como consecuencia de un proceso administrativo, tal cual se ha expuesto en párrafos anteriores; sin embargo, dada la naturaleza de esta prerrogativa puede ser vista como una medida

²⁵⁶ **CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE CENTRO DE SAN SALVADOR**, Auto Definitivo, con referencia 235-D-13, de fecha 28 de octubre de 2013. P12

cautelar que puede imponer la propia Administración para evitar un daño mayor en la ejecución de un contrato y para ello será necesario que previa a su aplicación se acrediten los extremos que el derecho común establece como lo es *fomus boni iuris* y el *periculum in mora* que puede terminar en la imposición no solo de una suspensión definitiva sino que puede desencadenar en la aplicación de otra prerrogativa de la administración de manera conjunta.

3.1.4.4. Cláusula exorbitante de dirección y sanción

La administración pública tiene reconocida, tradicionalmente, la facultad de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén expresamente previstas en la ley o en el contrato. Pero con el progresivo avance de las técnicas contractuales y la simplificación que ha producido la informática que ayuda a la producción documentos muy minuciosos acerca de las facultades sancionatorias de la administración, avanza la idea de que ello importa una restricción de aquella facultad a sólo lo expresa o razonablemente implícito en el texto del contrato o, desde luego, en la ley.²⁵⁷

Esta prerrogativa "integra el denominado régimen administrativo y encuentra fundamento en el principio de competencia que los órganos administrativos conservan como potestad irrenunciable en el ámbito propio de la ejecución del contrato administrativo para impulsar, ordenar, verificar y controlar su cumplimiento efectivo, la que debe surgir en forma expresa del ordenamiento o de las cláusulas de cada contrato." ²⁵⁸

²⁵⁷ **GORDILLO, Agustín**, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, Parte General, 1º Edición, Fundación de Derecho Administrativo Buenos Aires, año 2013, p. 505.

²⁵⁸ **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 95.

Sin duda alguna, estas prerrogativas surgen a partir de la ejecución del contrato, por ejemplo la verificación periódica de la prestación del servicio público en el contrato de concesión es una potestad de dirección y a su vez de inspección, así a su vez, si resultare por ejemplo que la prestación es deficiente, inadecuada o no de acuerdo a las condiciones pactadas puede la Administración suspender provisional o definitivamente la prestación. Aquí se puede hablar también de los llamados "poderes de policía" que son de utilidad y necesidad para la buena ejecución de los servicios públicos, debiendo plasmarse en el pliego de cláusulas del contrato.²⁵⁹.

El incumplimiento del contrato puede dar lugar a la resolución del contrato, caso que se desarrollara en el apartado posterior, lo es necesario destacar aquí es que la prerrogativa de dirección lleva inmersa la de sanción y se rige por los principio generales de las sanciones administrativas, con las peculiaridades de cada contrato administrativo, por ejemplo en el caso del contrato de concesión de prestación de servicio público, por cualquier caso merecedor de sanción podría utilizar la "ejecución directa", esto es "la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el co contratante no lo hiciere dentro de los plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del co contratante incumplidor"²⁶⁰. Según la doctrina, la ejecución directa emana o es una derivación de los poderes implícitos o virtuales de la Administración y del fin que persigue.²⁶¹

Lo que no debe perderse de vista en este caso, es el hecho de entender que "la Administración no sanciona unilateralmente en los contratos

²⁵⁹ **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA**, op. cit. pp. 144 y ss.

²⁶⁰ **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 96.

²⁶¹ **CASSAGNE, Juan Carlos**, op. cit. p. 96.

administrativos con el sólo propósito de asegurar el cumplimiento del objeto contractual, lo hace además por cuanto la ley, en cada caso específico, le faculta para ello, para asegurar el cumplimiento de la finalidad del contrato".²⁶² Pero no debe tan solo decirse que la aplicación de estas prerrogativas se debe en tanto que son implícitas, sino, que el ordenamiento debe facultar para ello, aun y cuanto no se establezca de forma explícita. Así las cosas las sanciones pueden derivar de distintas situaciones, tales como:

- "a) Sanciones previstas en el régimen normativo especial que constituye el marco o el soporte del contrato (leyes, reglamentos, pliegos, entre otros), que suelen ir acompañadas de poderes exorbitantes;*

- b) Sanciones que derivan de principios exorbitantes de la institución que constituye el objeto o contenido del contrato, que en cualquier caso nunca son implícitas y se ejecutan dentro de los límites constitucionales y legales;*

- c) Sanciones que se configuran en los reglamentos inherentes a la ejecución de ciertos contratos administrativos (reglamentos de servicio en la concesión de servicios públicos) que, sin alterar el equilibrio contractual, pueden configurar por incumplimiento, por ejemplo de ciertos deberes informativos o deficiencias técnicas (cuando la Administración tenga atribuida la respectiva facultad por la ley) imputables al concesionario, en un marco de regulación por mandato y control;*

- d) Sanciones derivadas del llamado poder de policía que, aun cuando*

²⁶² **MENDOZA TORRES, Arnaldo**, *Los Contratos de la Administración Pública*, Ediciones Uninorte, Colombia, 2004. p. 183.

*posean una configuración extracontractual, repercuten sobre los contratos de la Administración al igual que sobre las personas ajenas al vínculo contractual.*²⁶³ Se trata entonces, como dice el Dr. Armando Henrique Mena Castro²⁶⁴ de:

“Una potestad sancionadora de naturaleza contractual y por consiguiente, distinta de la potestad sancionadora o de policía estrictamente administrativa y que constitucionalmente, en tanto manifestación del poder punitivo del Estado, se reconoce a la Administración pública.

Este tipo de sanciones, que podrían equipararse a las cláusulas penales que recoge el Código Civil (artículo 1406 y siguientes), se fundan no en la idea de castigar al contratante, sino en el interés de asegurar la realización de la obra o la prestación del servicio; dicho de otra forma, su finalidad es procurar el cumplimiento del contrato. Las sanciones contractuales, a diferencia de las sanciones típicas de policía, pueden estar previstas en el contrato o en el pliego de licitación y, por supuesto, en la ley que rija el objeto del contrato. El carácter exorbitante de esta potestad sancionadora, y que la hace distinta de las sanciones contractuales que permite nuestra legislación civil, reside en la potestad que tiene la institución contratante de declarar la infracción y aplicar la correlativa sanción, que puede ser no sólo la de multa sino incluso la caducidad del contrato.

La ley de contratación salvadoreña responde a esos postulados, y confiere a la Administración pública contratante la potestad exorbitante de sancionar el incumplimiento contractual de parte del contratista. Son

²⁶³ CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit. p. 113.

²⁶⁴ MENA CASTRO, Armando Henrique, op. cit. pp. 414 y ss.

ejemplos de esta potestad la multa por mora (art. 85 LACAP), la multa por incurrir en algunas de las infracciones graves previstas en el apartado referido al contrato de suministro (art. 147-Bis LACAP).

Esta facultad sancionadora de carácter contractual es posible diferenciarla del régimen sancionador aplicable a los contratistas que se encuentra prevista en el Capítulo II del Título VII de la LACAP. En este último caso, sin ninguna duda, sí se trata de una manifestación del poder sancionador que ordinariamente corresponde a la Administración pública, ello en razón de que el presupuesto para imponer una sanción administrativa, no deviene de los efectos de un contrato o de su incumplimiento, sino de circunstancias periféricas del mismo, pero que están contempladas dentro de la actividad contractual.”

3.1.4.5. Cláusula exorbitante de caducidad del contrato

La jurisprudencia establece a través de los diferentes precedentes que: “La caducidad es una especie dentro del género de las formas de extinción de los contratos, que pone fin a su ejecución”.²⁶⁵

Según Roberto Dromi: “La caducidad es un modo de extinción anormal de la relación contractual administrativa, porque interrumpe el curso de un contrato que se halla en ejecución. La caducidad procede cuando el contratista particular ha incurrido en incumplimiento imputable o atribuible de las obligaciones a su cargo. La caducidad pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, es decir, privando al contratista

²⁶⁵ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p. 14.

del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato...".²⁶⁶

Para Miguel Marienhoff *“la caducidad es un medio de extinción del contrato administrativo, pero su naturaleza propia no es otra que la de una de las medidas represivas (sanciones) de carácter definitivo utilizables por la Administración Pública respecto a su co contratante, es decir encierra una forma de sanción por incumplimiento ante la cual la Administración está facultada a pronunciar la extinción del contrato. Destaca que: Algunos expositores le llaman rescisión unilateral; y es una prerrogativa de la Administración Pública de rescindir el contrato administrativo. Desde luego, tratase de la rescisión unilateral, dispuesta por ella, no de la rescisión bilateral dispuesta por acuerdo entre la administración Pública y el co contratante. Tratase, en suma, de la rescisión que puede decretar la Administración en ejercicio de sus prerrogativas públicas, ya que esa potestad constituye una cláusula exorbitante virtual del Derecho Privado.”*

Y agrega: El poder de la Administración Pública para rescindir, por si y ante sí, un contrato administrativo, presenta dos modalidades: a) cuando dicho poder no está expresamente previsto en el contrato: b) cuando dicho poder está previsto en el contrato. En ambos supuestos la rescisión implicará una sanción por culpa o falta cometida por el co contratante. Jamás procederá la rescisión unilateral de un contrato, dispuesto por la Administración Pública, sino ante la existencia de culpa o falta del co contratante en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de sus diferentes actividades encaminadas a

²⁶⁶ **DROMI, Roberto** citado por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, op. cit. p. 14.

*cumplir con los pactos celebrados con la Administración Pública en pro del bienestar de la colectividad.*²⁶⁷

“La caducidad de los contratos a la luz del Derecho Administrativo, es una modalidad de terminación anticipada adoptada por la Administración contratante en forma unilateral con efectos ejecutorios, que se produce como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el co contratante.

Tal potestad encaja en las llamadas cláusulas exorbitantes de la Administración, entendidas como las decisiones unilaterales de la Administración Pública en materia administrativa. En este contexto de interpretación, la competencia para declarar la caducidad de los contratos corresponde al órgano de la Administración contratante, como una potestad propia del régimen de contratación administrativa.

*Pretender que la caducidad deba declararla en todo caso el Juez, reñiría también con los principios de celeridad y agilidad. Tal potestad en manos de la Administración, precedida de un procedimiento ágil, evita que el interés público se vea afectado por la paralización de obras.*²⁶⁸

3.1.4.6. Cláusula exorbitante de rescate

El rescate puede definirse como la facultad que tiene la Administración

²⁶⁷ **MARIENHOFF, Miguel S.** citado por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p.14.

²⁶⁸ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, sentencia definitiva, proceso ref.: 83-D-2000, op. cit. p.14 y ss.

Publica de hacer cesar la prestación de un servicio público brindado por un particular, recuperándolo para brindarlo de manera directa a través de sus propios medios y sus propios recursos.

En la legislación se encuentra reconocido en el artículo 98 LACAP y establece que esta prerrogativa opera solo para el contrato de concesión de obra pública y de servicio público y para poderla ejecutar es necesario que se emita resolución en la cual se establecen los criterios en los cuales se verán beneficiado el interés colectivo, ya que este es el requisito esencial para poder aplicar esta cláusula, debido que la propia naturaleza de las prerrogativas buscan este fin, en caso contrario se estará causando un perjuicio mayor a la colectividad, dado que un servicio público viene a suplir la necesidad elemental de las personas y que el Estado se encuentra obligado a dicha prestación. Es de hacer notar además que “el rescate” es reconocido como cláusula exorbitante únicamente por la Sala de lo Constitucional en Amparo 1031-2002, la jurisdicción civil y la contenciosa administrativa hasta la fecha aún no se pronunciado respecto si la considera o no una cláusula exorbitante, pero en vista de la obligatoriedad general de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional, no podría negársele al “rescate” la calidad de cláusula exorbitante.

La Jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta institución jurídica y en este sentido le ha reconocido el carácter de cláusula exorbitante cuando establece:

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

*cualesquiera circunstancias, porque de otro modo sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Esta misma característica es la que configura en los contratos de concesión la posibilidad de la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que colocan a la Administración Pública en clara ventaja y primacía sobre el particular con quien contrata, a tal grado que aquélla puede incluso "recuperar" o "rescatar" el servicio prestado por éste a fin de garantizar su continuidad o efectiva prestación del mismo de cara al interés general"*²⁶⁹

3.1.5. Efectos de las cláusulas exorbitantes

Los resultados que se obtienen de dicha figura en los diferentes contratos administrativos son variados, debido a la finalidad que persiguen se pueden observar dichas consecuencias en varias facetas de la realidad nacional y jurídica que modifican las políticas públicas y económicas para no alejarse de los fines estatales, plasmados en la Constitución de la República y que rigen la finalidad y el origen del propio Estado.

Dichos efectos resultan del objeto de los contratos administrativos, el cual consiste en garantizar un fin público,²⁷⁰ ya que la actividad que desarrolla la Administración pública va asociada a la noción de interés público, motivo por el cual las cláusulas exorbitantes son un instrumento que ayuda a crear, modificar o extinguir la relación jurídica que nace de los diferentes contratos administrativos.

²⁶⁹ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con N° de referencia 1031-2002, fecha 6 de febrero de 2004, Considerando III, p. 7.

²⁷⁰ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva de proceso contencioso administrativo*, referencia No.231-2008, de fecha veintisiete de mayo de dos mil diez, p. 6.

3.1.5.1. Efectos sociales, económicos y políticos

Cuando se analizan dichas cláusulas desde la perspectiva social, se denota que la aplicación de estas disposiciones en un conflicto determinado surge de la necesidad de garantizar el interés de la colectividad, para que los usuarios de determinado servicio público lo obtengan de manera eficiente.

Los efectos en el área económica se evidencian desde el momento que el particular contrata con la Administración, porque a partir de este momento se generan una serie de condiciones que permiten a la institución contratante ejecutar proyectos o brindar determinados servicios con la ventaja que en un determinado conflicto, se ejecuten las cláusulas exorbitantes con el propósito que el concedente incurra en el menor gasto posible para dirimir ípor sí mismo una pugna.

En el aspecto político se observa que la Administración pública para ejecutar las diferentes políticas, se ve en la necesidad de auxiliarse de los particulares para desarrollar de manera eficiente determinado proyecto, en ese sentido una determinada institución necesita ciertas arras o garantías, para que las diferentes políticas cumplan de manera eficiente con los fines encomendados. Con la aplicación de determinada cláusula exorbitante se busca que el concedente pueda garantizar en un momento determinado el interés común.

3.1.5.2. Efectos jurídicos

Una vez se perfecciona un determinado contrato administrativo, produce una serie de situaciones jurídicas entre las partes y frente a terceros, dichos

efectos requieren una tutela especial para el usuario, en especial para la prestación del servicio.²⁷¹

Motivo por el cual, se establece un régimen para la relación que surja entre el usuario y el concesionario, en la cual el Estado se verá obligado a intervenir para que exista un equilibrio entre la prestación del servicio público y la ventaja que el beneficiario obtendrá de dicha prestación de origen económico.

Dentro de los efectos jurídicos también se establece la necesidad de asegurar al Estado la publicidad, equidad y transparencia dentro de la prestación de dichos servicios. El Salvador como miembro suscriptor de la Convención Interamericana Contra la Corrupción suscrita en Caracas, Venezuela el 29 de Marzo de 1996, la cual fue ratificada por El Salvador el 9 de julio de 1998,²⁷² está en la obligación de supervisar la ejecución de los contratos de concesión, con la finalidad de verificar el buen cumplimiento de las obligaciones contraídas por el co contratante.

Otro efecto que se menciona con la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, es el hecho que la institución contratante comienza a ejercer contraloría sobre la prestación del servicio público con la finalidad de buscar eficiencia en el servicio público.

En caso de deficiencia, el propio concedente sin necesidad de un proceso judicial previo puede aplicar de manera unilateral en un momento

²⁷¹ **GORDILLO Agustín**, *Tratado de Derecho Administrativo*, parte general, tomo I, 8va edición buenos aires, Argentina, 2003, p. 27.

²⁷² **Fundación de estudios para la aplicación del Derecho FESPAD**, *El Salvador y la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, FESPAD Ediciones, San Salvador, El Salvador, 2004, p. 10.

determinado una cláusula exorbitante al co contratante, con el fin de garantizar la eficiencia del servicio público, o por el lado contrario puede dar por terminado el contrato administrativo. Del motivo anterior cobra importancia que la propia Administración maneje una política de transparencia sobre el tema de contratación y su régimen, ya que esto permitirá establecer de parámetros para observar si el servicio público es eficiente o no.

Otro efecto de las cláusulas exorbitantes es el hecho de que el concesionario se encuentra bajo una relación de desigualdad jurídica frente al concedente, ya que esta última actúa como juez y parte en caso de un conflicto; ya que el particular acepta esta relación de Derecho público, en la cual se establecen diferentes condiciones que en un determinado contrato de Derecho privado no se podrían establecer cláusulas de esta naturaleza dada la desigualdad generada entre las partes.

De los anteriores aspectos, la Administración pública cuando decide terminar de manera unilateral un determinado contrato administrativo, debe tomar en cuenta los anteriores aspectos para evitar que el interés público se vea vulnerado. Sin embargo en la mayoría de los casos cuando hace uso de este tipo de prerrogativas; no busca los mecanismos previos para brindar por sí misma determinada prestación, lo cual provoca un detrimento entre los usuarios ya que en muchos casos no pueden costear por si mismos los servicios que el Estado se encuentra obligado a brindar por ministerio de ley.

3.1.6. Procedimiento para la aplicación de las cláusulas exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes son mecanismos otorgados a la

Administración frente a su co contratante, las cuales provocan un estado de desigualdad entre las partes.²⁷³ Esto se debe a la especialidad de las cláusulas exorbitantes dentro de esta clase de contratos, ya que el Estado a través de sus diferentes dependencias actúa con su poder de *Imperium*, lo cual hace surgir una serie de mecanismos y elementos que son inadmisibles en el Derecho Privado.

Estas cláusulas están presentes en todos los contratos administrativos, ya que son requisitos que se imponen para la celebración del mismo, tal como lo establece el artículo 23 RELACAP, que habla acerca del contenido de los contratos en general, tomando en cuenta la naturaleza de los mismos, en ese sentido, los literales “K” y “L” del referido artículo obliga a las partes a establecer las modificaciones que pueden surgir de los contratos, respetando los límites de la ley, así como las causales que los darán por extinguidos. Esta relación obliga a las partes a establecer el tipo de prerrogativa (o cláusula exorbitante) que se aplicara en caso de incumplimiento así como las variantes que se tendrán en la ejecución del mismo, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, siendo en muchos casos, que se dispone con las diferentes prerrogativas que la Administración posee.

En el caso de las prerrogativas, su aplicación será variable de acuerdo a las disposiciones que se deseen imponer, las cuales en muchos casos no será necesario iniciar un procedimiento para su aplicación, los ejemplos de este tipo de prerrogativas son las referidas a la interpretación y a la modificación de los contratos²⁷⁴

²⁷³ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *Sentencia definitiva*, de fecha 23 de febrero de dos mil nueve, con referencia 231-2008 p. 8

²⁷⁴ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *Sentencia definitiva*, de fecha 23 de febrero de dos mil nueve, con referencia 231-2008 p. 7.

Para utilizar estas prerrogativas que la Administración da a la institución contratante, es necesario que se tomen en cuenta una serie de principios y garantías que la ley otorga al concesionario, con la finalidad de respetar la gama de derechos que este tiene tanto a nivel Administrativo como a nivel Constitucional, de ahí es que se tuvo a bien por parte del legislador, establecer criterios que servirán de base para la imposición de estas prerrogativas y así mismo para aplicar las demás sanciones que se contemplan en la Ley.

El artículo 155 LACAP, es aplicable al momento de la imposición de determinadas cláusula exorbitante porque establece que el ente contratante deberá tomar como parámetro para la imposición de determinada sanción, los criterios de: gradualidad, intencionalidad, reincidencia, la naturaleza de los perjuicios causados, y el contexto en la cual se dio la infracción. Dichos parámetros servirán para determinar la clase de sanción que se aplicara según sea el caso.

Para cumplir con los elementos a los que se ha hecho referencia; es necesario accionar el aparato Administrativo correspondiente, que puede ser activado por medio de informes de la institución contratante, denuncias o documentos, en donde se verifique algún indicio de infracción que debe ser sujeto de investigación. De acuerdo al artículo 81 inciso 1 RELACAP el ente encargado de dar aviso será el administrador del contrato, quien “remitirá a la UACI informe sobre los hechos, a fin que gestione ante el titular la resolución que conforme a derecho corresponda”.

El informe dirigido a la UACI se da en virtud de salvaguardar futuras contrataciones y para ello tendrá que dar la publicidad de ley correspondiente y que se encuentra regulado en el artículo 3 literal A RELACAP Dicha

dependencia tendrá que dirigir la información de la cual tenga conocimiento al sistema integrado de adquisiciones y contrataciones, que de ahora en adelante se denominara "SIAC". quien de acuerdo al artículo 6 RELACAP estará conformado por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC), y por las diferentes Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI).

Se hace énfasis que el SIAC, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10-BIS LACAP tiene como función principal "todos los elementos necesarios para la administración, implementación, funcionamiento, coordinación y seguimiento de las compras del Estado," es decir, un ente que da publicidad, lo que confirma la relevancia que tiene para la Administración Pública, la puesta en conocimiento por parte de los diferentes administradores de los contratos acerca de los diferentes infracciones que se cometen por parte del co contratante al momento de ejecutar un determinado contrato administrativo.

Una vez rendido el informe antes mencionado, se debe iniciar ante la institución encargada de brindar determinado servicio y en el caso en comento el Viceministerio de Transporte, que de ahora en adelante denominaremos "VMT", para que dé inicio, seguimiento y finalización de al procedimiento para la imposición de la respectiva sanción o bien con la aplicación de determinada clausula exorbitante.

Se hace necesario establecer que no hay un mecanismo uniforme para la aplicación de estas prerrogativas a las cuales se ha hecho merito, motivo por el cual el VMT utiliza diferentes procedimientos para garantizar los derechos del Concesionario y esto dependerá de la cláusula exorbitante que se aplicara en un caso en concreto.

Para el caso de:

1. Prerrogativa de interpretación;
2. Prerrogativa de modificación unilateral;
3. Prerrogativa de suspensión de contrato; y
4. Prerrogativa de dirección y sanción

Es necesario aclarar que en estos casos el VMT para aplicar este tipo de cláusulas, se basa en estudios que determinen la lesión del interés público para proceder con la imposición de estas prerrogativas, una vez cumplido con este requisito, el ente encargado mediante resolución motivada procede a aplicar de manera directa estas disposiciones las cuales nacen para garantizar la satisfacción del servicio público y la continuidad del mismo. Dichas figuras en la realidad no obstante tener vigencia dada la naturaleza de los contratos administrativos.

Respecto a la modificación del contrato el artículo 83-A LACAP, establece como requisito previo a su aplicación, que deben darse además de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, circunstancias imprevistas y comprobadas para proceder a su aplicación y para ello se tomara en cuenta que dichos supuestos deben ser inevitables, para el caso se establece que exista un caso fortuito o fuerza mayor.

En cuanto a la cláusula de la caducidad y del rescate, en la actualidad se hace uso del procedimiento para la extinción de los contratos, ya que en este caso se basa de una doble función que desempeña estas prerrogativas,

siendo la primera una causal de terminación de los contratos administrativos y la segunda como una sanción, que se da ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos contractualmente, motivo por el cual debe existir un procedimiento para garantizar los derechos del supuesto infractor.

Es de aclarar que la Administración para poder declarar la caducidad de un contrato de concesión debe utilizar el procedimiento establecido para la extinción de los contratos regulado en el artículo que se ha hecho merito un contrato de concesión, el artículo 81 RELACAP ya que el artículo 93 LACAP enmarca dentro de las causales de extinción los siguientes motivos:

1. La caducidad;
2. El mutuo acuerdo;
3. La revocación;
4. El rescate; y
5. Las demás que se determinen contractualmente.

Por la forma en la cual se encuentra incorporada la figura de la caducidad dentro de la LACAP es necesario analizar el proceso de extinción de los contratos que inicia con el informe al que se ha hecho mérito para que sea la institución encargada de brindar el servicio público quien siga con el curso de las demás fases que establece el artículo 81 RELACAP, pudiendo esta última a nivel interno delegar a la Unidad Jurídica que se encuentra adscrita o bien puede designar una persona o comisión especial para que diligencie el procedimiento de extinción

El ente designado deberá emitir el correspondiente auto de inicio de expediente el cual contendrá la causal por la cual se abre la causal de extinción, es decir, establecer el o los motivos que establece el artículo 83 LACAP con el afán de que el concesionario prepare su defensa y oponga las excepciones procesales y materiales que pruebe sus actuaciones. Otro de los elementos que contendrá esta resolución son las motivaciones tanto fácticas como jurídicas que dan la facultad a la Administración para iniciar este procedimiento así mismo deberá establecer los diferentes medios de prueba con los cuales se le acusa de haber cometido la infracción.

La resolución y los documentos que la acompañen deberá notificársele y corrérsele traslado al concesionario para que dentro del plazo de cinco días se pronuncie con respecto a las infracciones cometidas con la finalidad que establezca si son ciertas o no los hechos que se le imputan y dependerá de este traslado el rumbo que tome el procedimiento ya que si acepta los hechos denunciados se emitirá resolución en la cual se declare extinguido el contrato. En caso de no aceptar los hechos por los cuales se inició el expediente se dará la fase de apertura a prueba.

Durante esta etapa se concede un plazo de tres días hábiles a las partes para que viertan la prueba que han ofertado en sus alegaciones iniciales, las cuales deberán reunir los requisitos de conducencia y pertinencia y para ello se deberán utilizar las reglas que se establecen en el Derecho común, en este caso lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil en donde establece los requisitos de procedencia y de valoración de la prueba.

La última etapa de este procedimiento termina con la resolución final en donde establece los hechos que han sido objeto de conocimiento, así como el régimen jurídico aplicable, determinando los medios de pruebas que han

sido vertidos y relacionándolos con los hechos que se han logrado establecer por ambas partes, ya que dicha resolución tiene que cumplir con las formalidades que se establecen para una resolución judicial. Así mismo dentro de la parte dispositiva se establece si se da por extinguido o no el contrato al que se ha hecho merito estableciendo la sanción correspondiente y dictando las providencias necesarias para que el servicio por el cual se contrató no sea afectado por el conflicto que surgió durante la ejecución del mismo.

Es de hacer énfasis que en esta resolución solo se definirá respecto a la responsabilidad Administrativa, dejando a salvo las demás responsabilidades en las cuales ha incurrido el infractor, siendo estas la civil y penal las que deberán ser dirimidas en las respectivas competencias de los juzgados y tribunales competentes

CAPÍTULO IV

LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRESTACION DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 4.1. Regulación en Chile. 4.2. Regulación en Argentina. 4.3. Regulación en España.

Se ha decidido hacer una comparación con las siguientes legislaciones, porque existe similitud en lo referente a las prerrogativas que tiene el ente contralor y se observa que la regulación de los contratos administrativos específicamente en el de Concesión de Prestación de servicio público terrestre de pasajeros, siempre la Administración al celebrar contratos con un particular tendrá el control, dirección del cumplimiento y nunca renunciara a sus potestades; todo por la finalidad del interés público.

4.1. Regulación en Chile

Las prerrogativas de la Administración están siempre presentes, en las contrataciones públicas y están reguladas en diferentes legislaciones, con la finalidad de proteger el interés público, porque la norma constitucional de los diferentes países establece que es obligación del Estado satisfacer las necesidades públicas, pero para ello deberá hacer uso de su poder exorbitante con el fin de satisfacer y proteger las necesidades de la colectividad. La Constitución de la República de Chile²⁷⁵ en el Capítulo III

²⁷⁵ **CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE**, D.C N° 1.150 del 21 de octubre de 1980, D.O. N° 30.798 del 24 de octubre de 1980.

establece “Derechos y obligaciones constitucionales” mencionando en el artículo 19 numeral 18 inciso 3 lo siguiente:

“La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas.” Ya sea mediante vinculación contractual con los particulares, porque es obligación del Estado garantizarlas y para cumplir con sus obligaciones se decretan leyes.

De lo antes expuesto, en la legislación de Chile se decretó la Ley 18996,²⁷⁶ que regula lo relativo a las Concesiones del Servicio de Transporte Público de Pasajeros y de Uso de Vías, que en adelante llamaremos Ley 18996, de manera explícita establece prerrogativas de la Administración. La normativa antes mencionada es una ley especial, porque regula de acuerdo a su objeto específicamente un contrato administrativo de concesión de servicio público y establece diferentes prerrogativas, que aplica la Administración justificándose por razones de interés público.

De tal manera que regula los siguientes puntos de interés:

1. Prerrogativa de extinción unilateral del contrato (la caducidad);
2. Prerrogativa de modificación unilateral del contrato;
3. Prerrogativa de la suspensión del contrato.

En el artículo 3 inciso dieciséis la Ley 18996, menciona la prerrogativa de

²⁷⁶ **LEY 18996 de Chile reformada.** D.O.N. 28601, 22 de noviembre de 2012.

la caducidad y dice que la caducidad es una sanción, que “Podrá ser declarada fundadamente por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en los casos de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario conforme a los términos previstos en las bases de licitación y en los respectivos contratos; esta deberá ser impuesta conforme a un procedimiento en el cual el co contratante tendrá derecho a defenderse.” Siendo así una de las formas de extinguir unilateralmente el contrato de concesión, una manera anormal de terminar el contrato, que por regla general se aplica por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de la República de Chile²⁷⁷ que en adelante llamaremos Tercera Sala, ya se pronunció sobre esta prerrogativa de la Administración y establece lo siguiente: *“Toda Institución Pública tiene la atribución de poner término unilateral a la concesión otorgada, pero no es ilimitada, sino que en los casos expresamente previstos aun cuando son calificados por la misma autoridad, lo que constituye una de las denominadas cláusulas exorbitantes que van inmersas en los contratos administrativos que recogen el interés público que orientan a su celebración, interpretación y ejecución, alterando el principio de igualdad que ordinariamente gobierna las convenciones que suscriben los particulares y que se sujetan al derecho común, al facultar a la Administración para resolver administrativa y unilateralmente la concesión sobre la base de su propia calificación de la gravedad del incumplimiento de las obligaciones del concesionario..”*

Con respecto a la segunda prerrogativa de la Administración, la modificación unilateral del contrato, la Ley 18996 menciona en su artículo 3

²⁷⁷ **TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE**, *Sentencia Definitiva*, con referencia N° 2.228-2011, de fecha 18 de mayo de 2011, Considerando X, p.7.

ordinal séptimo inciso primero, la modificación del contrato de concesión, que es posible que la concesión se modifique por circunstancias que ameritan el cambio, por razones de interés público, por caso fortuito y fuerza mayor. El mencionado artículo expresa que “los contratos de concesión podrán ser modificados conforme a lo establecido en las respectivas bases de licitación. Las bases de licitación deberán contener causales de modificación unilateral de los contratos de concesión.”

La Tercera Sala ha establecido con respecto a esta prerrogativa lo siguiente: *"Desde el momento de perfeccionarse el contrato y luego durante la ejecución, cumplimiento y terminación del mismo, la Administración comprometerá su responsabilidad contractual, usualmente fundada en un sistema subjetivo o con culpa, y en que se aplicarán las reglas propias del Derecho Común, en ausencia de normativa especial establecida como marco jurídico propio de un tipo especial de contrato. También en esta sede se puede ver comprometida su responsabilidad extracontractual, por ejemplo al ejercer sus prerrogativas públicas y en que el factor de imputación será la falta de servicio o el riesgo o, finalmente, su responsabilidad lo será sin culpa alguna; todo lo anterior, porque la modificación unilateral del contrato hace nacer derechos indemnizatorios o compensatorios a favor del co contratante para restablecer cualquier equilibrio económico perdido con motivo del cambio de condiciones básicas de la contratación."*²⁷⁸

Sobre la Suspensión del contrato, considerada como otra prerrogativa de la Administración en el artículo 3 inciso 26 La ley 18996 establece que “El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá suspender la

²⁷⁸ **TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE**, *Sentencia Definitiva*, con referencia N° 2181-2010 , de fecha 27 de enero de 2010, Considerando IX, p.7.

autorización de transporte existentes en caso de infracción y cancelar éstos en caso de infracción grave y/o reiterada a las disposiciones vigentes en lo relativo a normas técnicas y de emisión de gases contaminantes, normas sobre condiciones de operación de los servicios.”

La Tercera Sala ²⁷⁹ ha establecido que aplicar las prerrogativas exorbitantes no significa dejar en desamparo al co contratante estableciendo lo siguiente. *“La parte afectada por las decisiones del ente administrativo no pueda defenderse de los abusos en que eventualmente éste pudiese incurrir, debiendo en tal caso el particular llevar su reclamo ante el órgano judicial correspondiente, porque carece de prerrogativas similares a las de que goza aquél. Será en esa sede donde hará valer sus derechos y reclamará las indemnizaciones pertinentes en caso que la actuación de la Administración haya sido arbitraria y cause daño, que es lo que hizo la parte demandante al promover demanda en el presente juicio en contra de la Administración otra cosa es el éxito que pueda lograr en sus pretensiones.”*

En la legislación Salvadoreña, es la LACAP la que regula de manera general, los diferentes contratos administrativos y las prerrogativas de la Administración; en el caso del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, también se debe tomar en cuenta la Ley General de Transporte Terrestre de Pasajeros²⁸⁰ porque establece al ente contralor del contrato de concesión, es así que menciona esta ley en el artículo 3 numeral 2 que le compete la concesión de líneas al Viceministerio de Transporte a través de la Dirección General de Transporte

²⁷⁹ **TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE**, *Sentencia Definitiva*, con referencia N° 810-2009, de fecha 23 de diciembre de 2011, Considerando X, pp.6-7.

²⁸⁰ **LEY DE TRANPORTE TERRESTRE TRANSITO Y SEGURIDAD VIAL DE CHILE**, D.L.N 477, del 19 de octubre de 1995, D.O.N 212, Tomo N 329, publicado 16 de noviembre de 1995.

Terrestre, siendo así conforme al artículo 11 numeral 5 del Reglamento de Transporte Terrestre de Pasajeros²⁸¹ que además la Dirección General se encargara de supervisar las concesiones, y aplicara las prerrogativas exorbitantes así lo establece el artículo 184 del mismo reglamento.

En lo que se refiere a la legislación salvadoreña; siguiendo ese mismo orden de ideas, en referencia a la extinción de los contratos administrativos, la LACAP menciona de manera detallada, en el artículo 93 otras formas de extinción del contrato, no solo la caducidad sino también contempla el mutuo acuerdo de las partes, la revocación y el rescate.

La Sala de lo Contencioso Administrativo²⁸² ha establecido la autoridad competente para declarar la caducidad, correspondiéndole al Órgano de la Administración contratante, declararla por ser una potestad del régimen de la contratación administrativa, desarrollándose un procedimiento; la LACAP no establece ningún procedimiento para declarar la extinción de los contratos, sin embargo ante este silencio legislativo el RELACAP, si hace referencia a un procedimiento para declarar la extinción del contrato en su artículo 81. Encontrando un símil con lo establecido en la Ley 18996.

Sobre la modificación unilateral del contrato, siempre la Administración aplicara la prerrogativa justificándose en motivos de necesidad publica, como por ejemplo el que se establece en la sentencia de referencia 367-2009²⁸³ que dice: “las condiciones y necesidades del servicio público de transporte colectivo de pasajeros son cambiantes, y desde mayo de dos mil seis cuando

²⁸¹ **REGLAMENTO GENERAL DE TRANSPORTE TERRESTRE**, D.E.N.35, del 14 de febrero de 2002, D.O.N 32, Tomo N.354, publicado 15 de febrero de 2002.

²⁸² **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador**, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003*, op. cit. pp. 14-15.

²⁸³ **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, *Sentencia Definitiva*, con referencia N° 367-2009, de fecha 30 de noviembre de 2012, Considerando V, p.6.

se suscribió el Contrato de Concesión, la necesidad de la población usuaria del servicio ha cambiado incrementándose, pues se requiere que se le brinde el servicio con una frecuencia diferente a los treinta y cinco y cuarenta minutos originalmente pactados, de ahí que se modificó dicha circunstancia a quince y veinte minutos fundada en la necesidad del servicio.”

En el artículo 83-A de la LACAP menciona que se puede modificar un contrato administrativo por razones de interés público,²⁸⁴ es decir el conjunto de intereses y resultados compartidos, condiciones que permiten que todas y cada una de las personas y los grupos sociales puedan desenvolverse y alcanzar su plena realización tomando como base los servicios públicos que el Estado brinda ya sea de manera directa o indirecta; también por caso fortuito²⁸⁵ es decir un acontecimiento natural, inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación y por fuerza mayor como aquellos hechos que suceden que son imposibles evitar.

La LACAP menciona de acuerdo al artículo 108 que la suspensión podrá ser acordada a iniciativa de la Administración o a instancia del contratista; la suspensión podrá ser temporal como una medida cautelar o definitiva en el caso de terminación del contrato, y finalmente, la suspensión de la obra podrá ser total o parcial.

En la legislación salvadoreña, el artículo 23 literal “i y l” del RELACAP menciona de forma literal que el contenido de los contratos administrativos han de comprender las sanciones por incumplimiento, de las anteriores son

²⁸⁴ **DE CORES, Carlos Andrés**, *El Concepto de Interés Público y su incidencia en la Contratación administrativa*, S.E., S. Ed, p. 132-133.

²⁸⁵ **SALA DE LO CIVIL**, *Sentencia Definitiva*, con referencia N 329 SM, de fecha 16 de diciembre de 2003, Considerando V, p.5-6.

sanciones la caducidad y la suspensión del contrato.

Como ya se mencionó, la ley 18996 regula las prerrogativas de la Administración antes analizadas, las cuales se asimilan a nuestra legislación en la forma en cómo el co contratante puede oponerse a las resoluciones que va tomando la Administración en caso de existir un conflicto, estableciendo una serie de mecanismos de oposición.

Al regularse los contratos administrativos en leyes especiales de acuerdo al objeto del contrato, puede considerarse más ventajoso ya que brinda mayor seguridad jurídica, porque se concretiza todo lo relativo a un contrato determinado, a diferencia de una ley general regulando toda la vinculación contractual del ente contralor, siendo desorganizado confuso y no beneficioso; generando en muchos casos conflictos de aplicación de las normas.

4.2. Regulación en Argentina

El Estado Federal Argentino de acuerdo a su Constitución²⁸⁶ vigente establece:

“Art. 1.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, según lo establece la presente constitución.

Art. 3.- Las autoridades que ejercen el gobierno federal, residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del

²⁸⁶ **CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA**, vigente desde el 22 de Agosto de 1994.

congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse.

Art. 5.- Cada provincia dictara para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia al goce y ejercicio de sus instituciones.

Art. 121.- Las provincias conservaran todo el poder no delegado por esta constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación.

Art. 129.- La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.”

El Estado Argentino de acuerdo a lo anterior es un Estado Federado, a cuyos federados se les denominan “provincias,” estos se rigen administrativa y normativamente de manera autónoma, mucho más en el caso de Buenos Aires ya que la misma constitución le otorga facultades de autonomía de manera especial y expresa, siendo a su vez creada la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que desarrolla lo mandado por la Constitución de la Nación Argentina. Ante ello la actividad contractual del Estado Argentino se rige también provincialmente, siendo diferentes las regulaciones entre provincias, es por ello que se comparara el ordenamiento jurídico salvadoreño con el cuerpo normativo referente a las contrataciones

de la provincia de Buenos Aires, Argentina, denominada “LEY 13981” en donde de acuerdo al decreto 477, el Senado y Cámara de diputados de la provincia de Buenos Aires sancionó con fuerza ley el referido cuerpo normativo, en el año 2009.

El objeto de la referida ley es regular el subsistema de contrataciones del Estado y a su vez incorporarlo al sistema de Administración financiera del sector público de la provincia de Buenos Aires²⁸⁷. Llama la atención en la referida ley es que las prerrogativas de la Administración o cláusulas exorbitantes son fáciles de señalar, así el artículo 7 dice:

“FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en legislación específica, en sus reglamentos, en los Pliegos de Bases y Condiciones o en la restante documentación que integre el contrato, la autoridad administrativa tendrá:

- a) La prerrogativa de interpretar los contratos, revocarlos por razones de interés público, decretar su suspensión o rescisión, y determinar los efectos de éstas. El ejercicio de esta prerrogativa no generará derecho a indemnización alguna en concepto de lucro cesante;*

- b) La facultad de aumentar o disminuir hasta un veinte por ciento (20%) del objeto del contrato, por única vez y antes de la finalización del término contractual, en las condiciones y precios pactados, con la adecuación*

²⁸⁷ **LEY 13981**, Emitida por D.L No. 477 del año 2009, Ley provincial de Buenos Aires Argentina.

proporcional de los plazos respectivos si correspondiere. Reglamentariamente podrá establecerse un porcentaje mayor, el cual no deberá superar el cien por ciento (100 %), en función de las causales que expresamente prevean los Pliegos de Bases y Condiciones. En este último caso se considerará el monto total resultante para establecer la competencia del funcionario que apruebe el aumento de la contratación;

- c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación;*
- d) La facultad de imponer las penalidades y sanciones previstas;*
- e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa por sí o por terceros del objeto del contrato, cuando el co contratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del co contratante incumplidor;*
- f) La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones, los contratos de prestación de servicios. Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial. Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de un año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias.”*

En el referido artículo se puede observar en su literal “a” que se hace referencia a las cláusulas exorbitantes de: “interpretación unilateral de los contratos” que confiere a la Administración la facultad de hacerlo de acuerdo a sus propios lineamientos, esto equivale al artículo 84 LACAP; extinción unilateral del contrato, siendo su manifestación en este caso la revocación

del contrato por causas de interés público, interés que quedara por ende a criterio de la Administración, ahora bien en el artículo 93 LACAP las causales de extinción son la caducidad, el mutuo acuerdo de las partes contratantes, la revocación, el rescate y las demás causas que se determinen contractualmente, por lo que denota la amplitud que en este punto tiene la legislación interna respecto de la de Buenos Aires; suspensión del contrato, que puede en el caso ser un caso de penalidad o sanción según el artículo 24 literal “c” de la ley 13981, el cual establece que se puede adoptar una medida de suspensión preventiva cuando se encuentre comprometido el interés público, sin embargo internamente el artículo 108 LACAP las causales de suspensión son más diversas, además de que no solo pueden ser de oficio sino también a instancia del co contratante, e incluso se pueden preestablecer de acuerdo al artículo 44 letra u LACAP, solo en el caso del contrato de obra cabe aclarar; decretar la rescisión, esta institución jurídica en la ley de Buenos Aires está determinada como una cláusula exorbitante de la que puede hacer uso la Administración como una penalidad ante un incumplimiento contractual.²⁸⁸

En el medio salvadoreño esto no es posible en razón de que la rescisión o nulidad no se contempla como una cláusula exorbitante, ya que la declaración de rescisión o nulidad no está confiada a la Administración sino al órgano jurisdiccional, y es este el que tiene la potestad de decretarla, en razón de orden público, ya que no solo la Administración puede avocarse a dicho órgano, sino también el co contratante cuando estime que el contrato adolece de nulidad de acuerdo a los supuesto preestablecidos en la ley.

Termina diciendo el referido literal que la Administración además

²⁸⁸ **LEY 13981**. op cit. Art. 24.

determinara los efectos de las cláusulas exorbitantes antes determinadas y que no genera derecho de indemnización en caso de lucro cesante; en cuanto a los efectos que deben ser determinados a criterio de la Administración, significa establecer los alcances y limitantes (si aquella decide determinar alguna) de las cláusulas exorbitantes en la actividad contractual, dicha situación internamente es fácilmente cuestionable, ya que la Administración no puede de manera absoluta determinar los efectos de dichas cláusulas, en razón de que los alcances y limitantes están determinados bajo los parámetros de la ley, así por ejemplo en el caso de la prerrogativa de interpretación unilateral el artículo 84 LACAP establece que se sujetara a las cláusulas del contrato y de acuerdo a las instrucciones que para su interpretación de la institución contratante al contratista previamente, esto significa determinar sus alcances y límites de dicha prerrogativa, situación que en Buenos Aires no se regula de esa manera pues lo deja a criterio de la Administración.

En cuanto a la negativa de indemnizar por lucro cesante en el caso de aplicación de cualquiera de las cláusulas exorbitantes referidas (entre ellas también la rescisión o nulidad) en ese apartado es necesario determinar que significa el lucro cesante y según Guillermo Cabanellas es la “ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para propios intereses”²⁸⁹ y se agrega que en consecuencia opera a futuro, es decir lo que se dejara de percibir, situación que establece la ley Argentina que no es causal de indemnización alguna, cosa que internamente se regula de manera diferente ya que la indemnización opera sin limitantes de esa índole, puesto que opera únicamente contra el responsable indistintamente de si es la institución contratante o el co contratante, aun si se trata de una

²⁸⁹ **CABANELLAS DE TORRES, Guillermo** op. cit. p. 241.

cláusula exorbitante o de rescisión o nulidad, ejemplo de ello es el artículo 102 inciso 2° LACAP que establece que la parte que resultare culpable (hablando de la nulidad) deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido.

En el referido artículo en análisis se puede observar en su literal “c” y “d” que se establecen también las cláusulas exorbitantes de: poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación y la facultad de imponer las penalidades y sanciones previstas; esto equivale en su conjunto a la cláusula exorbitante de dirección y sanción por lo que en este punto no es necesario hacer mayores precisiones. En cuanto a los literales “b”, “e” y “f” son prerrogativas reconocidas por la ley Argentina a la Administración, sin embargo el interés sobre ellas no es necesario en la presente comparación de derechos en materia contractual administrativa.

La jurisprudencia Argentina de forma general ha establecido que “son aplicables a los contratos administrativos las normas que rigen los contratos en el Código Civil, pues estas últimas son respecto de aquellos, principios generales de los que no cabe apartarse.”²⁹⁰ Por ello además dice que “los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales.”

4.3. Regulación en España

El tema de las cláusulas exorbitantes tiene un tratamiento diferenciado

²⁹⁰ **FALLOS DE LA SUPREMA CORTE**, voto del doctor Carlos S. Fayt, vistos los autos en RECURSO EXTRAORDINARIO: DULCAMA S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones sobre cobro de pesos, Buenos Aires, 29 de marzo de 1990, S. E., S. Ed., tomo 313, p. 376.

en cada Estado y dependerá de la estructura orgánica de cada legislación, la que establecerá los diferentes mecanismos que regulan los límites y alcances de las mismas. En este apartado se dará a conocer cómo operan las cláusulas exorbitantes en la legislación Española tomando en cuenta la lógica legislativa desarrollada para esta institución.

La Constitución Española atribuye al legislador estatal la configuración básica sobre contratación pública, así mismo otorga privilegios a ciertos segmentos de la población; por lo que autoriza funciones y da atribuciones a las Comunidades Autónomas a desarrollar su propia normativa. Los contratos del sector público reciben así su regulación esencial en el “texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.” que en lo sucesivo denominaremos LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el cual se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público ²⁹¹.que tendrá como objeto principal regular las contrataciones públicas, estableciendo los límites y alcances de las actuaciones en pro del bien común y de esta forma defender los intereses colectivos del Estado.

De acuerdo al artículo 1 inciso 1 LCSP, tiene por objeto: *“regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los*

²⁹¹ **SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando**, “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos, Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en Aras de su Estructuración en Función de los Intereses Públicos.” Tesis De Doctorado, Departamento De Derecho Público De Estado, Universidad Carlos III DE Madrid, España, 2010, p. 16

*fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*²⁹² Estableciendo de esta manera el escenario sobre el cual se desarrollara lo relativo a la adquisición y contratación que haga la Administración, determinando las garantías y principios con el afán de generar un equilibrio entre el gasto público con la eficiente utilización de los recursos dinerarios.

La ley en comento establece en su artículo 5 LCSP, una serie de contratos que pertenecen al sector público, los cuales son:

1. Contrato de obra;
2. Contrato de concesión;
3. Contrato de obra pública;
4. Contrato de gestión de servicios públicos;
5. Contrato de suministro, servicios; y
6. Contratos de colaboración.

En lo sucesivo, se hará énfasis al contrato de concesión y el contrato de gestión de servicios públicos respectivamente, estableciendo quienes son los

²⁹² **TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO DE ESPAÑA** Real Decreto Legislativo 3/2011, Publicado En El Boletín Oficial Del Estado De Fecha 16 de noviembre de 2011.

órganos competentes, determinando la forma de extinción de los mismos verificando los límites y alcances de cada uno de ellos

De acuerdo al artículo 316 LCSP, los organismos competentes para contratar son: “Los Ministros y los Secretarios de Estado, Los Presidentes o Directores de los organismos autónomos, El Ministerio de Hacienda a través de la entidad encargada funcionalmente para tal fin y Juntas de Contratación”. Dichos organismos serán los encargados de establecer las bases de licitación así como los diferentes modos, condiciones y plazos que se deben cumplir por parte de los aspirantes al momento de participar en la licitación de una determinada concesión o en un contrato de gestión de servicios públicos.

Por lo que se establecen las formas en las cuales la Administración tendrá por cumplido los contratos a los que se hacen merito, con la finalidad de establecer posibles responsabilidades tanto del concedente; como del co-contratante en caso de existir un conflicto. De este punto se toma el legislador para establecer las diferentes manifestaciones de las cláusulas exorbitantes.

En el caso de la concesión se tendrá por extinguida la obligación por el cumplimiento del contrato y se da cuando el concesionario ha cumplido con la obligación contraída ya sea por el trascurso del tiempo, considerada como la forma normal de terminación del mismo, de acuerdo al artículo 268 numeral 1 LCSP dicho plazo “no podrá exceder de cuarenta años”. Así mismo la otra forma de extinción del contrato, es por la resolución del mismo, en este supuesto el artículo 269 LCSP, establece una serie de causales entre las que se encuentran: la muerte o incapacidad sobrevenida del co-contratante, la declaración de insolvencia de pago, o por mutuo acuerdo.

La institución contratante puede tener por extinguida la obligación en caso de imponer sus prerrogativas, las cuales son facultades exclusivas que posee el concedente en caso de existir conflicto para suplir una deficiencia en determinada prestación, dichas figuras son: el rescate de la explotación de la obra o bien dado en concesión, la supresión de la explotación de la obra, retomadas en esta legislación como formas de extinguir obligación dadas por la ley.

En el caso del contrato de Gestión de Servicio Público se tienen por cumplidas las obligaciones por las mismas causales en las cuales se ha hecho alusión en la concesión, estableciendo el artículo 307 LCSP que el cumplimiento del plazo es la forma ordinaria de extinción de la obligación y así mismo establece en el artículo 286 LCSP, las mismas formas de resolución que la concesión establece y que son retomadas para este tipo de contrato de gestión de servicio público, incluyendo las prerrogativas de la Administración.

De estas formas de extinción se extraen las manifestaciones de las cláusulas exorbitantes como lo son: el rescate, el secuestro y la modificación unilateral del mismo, las cuales son potestades de la institución que contrata con el particular, quien mediante un procedimiento previo, podrá imponer cualquier tipo de sanción o podrá utilizar estas prerrogativas, todo dependerá del juicio de ponderación que se haga tomando en cuenta la gravedad de la infracción, como el daño causado, con la finalidad de dar cumplimiento a los principios lesividad y gradualidad.

Se establece otra manifestación de las cláusulas exorbitantes dirigida al contrato de gestión de servicios públicos, referido a la modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico regulado en el artículo

282 numeral 1 LCSP, que dice: “La Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”. Para proceder con esta prerrogativa es necesario tomar en cuenta el impacto que la prestación de un determinado servicio este ocasionando en los índices económicos y sociales de la región, los cuales son esenciales para proceder a su aplicación.

El tribunal supremo de la Sala de lo Civil establece: “La necesidad de interpretar con una mayor flexibilidad los presupuestos de aplicación de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que se atienda a la propia e inusual gravedad de la crisis económica actual, su carácter imprevisible y extremadamente grave.”²⁹³ Así se reafirma cuáles son los parámetros para proceder a la modificación de determinado contrato público y de esta manera se establece que para la modificación de las cláusulas de los contratos administrativos, la cual permitirá retomar diferentes aspectos de la realidad nacional.

Se hace notar que la legislación en comento tiene un apartado especial acerca del cumplimiento de las obligaciones contraídas, su artículo 222 LCSP, en donde se establecen los elementos que se tomaran en cuenta para determinar la finalización, entre las cuales se encuentran: cuando el contratista haya cumplido con la obligación contraída o cuando se haya concluido el plazo.

La diferencia que se denota del contrato de concesión y el contrato de gestión de servicio público, es que en el primero de ellos, el concesionario

²⁹³ **TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA**, Sala de lo Civil, *Sentencia Definitiva*, con referencia 2992/2012, de fecha 15 de Octubre de 2014, p. 24.

toma todo el control sobre la obra o servicio a ejecutar; en cambio en el otro contrato la Administración sigue manteniendo la dirección y funcionamiento de determinado servicio público, siendo el co contratante un coadyuvante para obtener una mayor eficacia en la prestación.

Respecto a la legislación de cada Estado, se infiere que la regulación salvadoreña subsume en el contrato de concesión una categoría especial denominada concesión de servicio público, generando una relación de género y especie, algo que no es posible establecer en la legislación española dado que el legislador separó los contratos en comento.

CAPÍTULO V

NIVELES DE EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO TERRESTRE DE PASAJEROS

SUMARIO: 5.1. Situación Actual Del Sistema De Transporte. 5.2. Eficacia de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 5.2.1. Eficacia según la aplicación de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 5.2.2. Eficacia según la finalidad de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros. 5.3. Análisis de entrevistas. 5.3.1. Entrevista en UACI. 5.3.2. Entrevista en UNAC. 5.3.3. Entrevista en ACOPATT S.A. DE C.V.

El desarrollo del presente capítulo se centrara en hacer un análisis sobre los niveles de eficacia de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicios, específicamente relativo al servicio público de transporte terrestre de pasajeros, ello para determinar en qué medida son eficaces tales clausulas, desde dos perspectivas, la primera applicativa y la segunda teleológica, así también se hará un vaciado de información de las entrevistas realizadas.

5.1. Situación Actual Del Sistema De Transporte

El transporte colectivo de pasajeros, es un servicio esencial, básico para el desarrollo del país y es obligación de la Administración brindarlo, pero al no poder proporcionarlo con sus propios medios por falta de recursos, El Viceministerio de Transporte delego la prestación del servicio público, autorizando a los particulares mediante permisos, para satisfacer la

necesidad de transporte público terrestre de pasajeros, pero esta autorización como lo establece la Sala de lo Constitucional²⁹⁴ no era la figura idónea para satisfacer el interés público, porque mediante un permiso o licencia “se faculta a un particular a la realización de ciertas actividades que no necesariamente tienen como objetivo potenciar el bien común.”

En la actualidad aún existen personas naturales y jurídicas que prestan el servicio público de transporte terrestre mediante permisos los cuales son autorizaciones otorgadas por el Viceministerio de Transporte. Pero también se han celebrado contratos de concesión para brindar el servicio público, existiendo una vinculación contractual entre la Administración y un particular que se regula conforme a la LACAP y la Ley de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial.

En fecha 8 de abril de 2015 en una entrevista realizada en las oficinas del Ministerio de Obras Públicas en el área de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (UACI) en la cual nos atendió la licenciada Mayra Escobar, quien se desempeña como asesora jurídica; menciono que en los últimos cuatro años se ha empezado a brindar el servicio público de transporte terrestre de pasajeros en general a base del contrato de concesión, previo procesos licitatorios, específicamente en el año 2012 y un segundo proceso licitatorio en el 2014, antes de estos dos procesos licitatorios para celebrar contratos de concesión, se realizaba mediante contratación directa previa declaratoria de urgencia como la emitida en fecha 22 de febrero de 2002 por el Consejo de Ministros.

La Administración a lo que se aspira es a la formalización del sector

²⁹⁴ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con N° de referencia 1099-2002, fecha 14 de Julio de 2004, Considerando III, p. 6.

transporte y a la seguridad de los usuarios, ya que al celebrarse el contrato de concesión de servicio público tal y como lo estableció la Sala de lo Constitucional en el sentido que este tipo de contratos:

*“Tiene ciertas particularidades que lo diferencian de los contratos del ámbito privado, ya que al tratarse de un servicio público en beneficio de la comunidad, éste se enmarca en el derecho público en el cual prima el interés general sobre el interés particular. Es así que en ellos surgen situaciones que caracterizan a las instituciones del Derecho Administrativo, como el llamado ius variandi o el poder de modificación unilateral del objeto del contrato, en la medida que el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque de otro modo sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Esta misma característica es la que configura en los contratos de concesión la posibilidad de la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, es decir, cláusulas que colocan a la Administración Pública en clara ventaja y primacía sobre el particular con quien contrata, a tal grado que aquélla puede incluso "recuperar" o "rescatar" el servicio prestado por éste a fin de garantizar al interés general”.*²⁹⁵

Se busca mediante esta vinculación contractual, la satisfacción de una necesidad pública y proteger mediante las cláusulas exorbitantes el servicio de transporte público terrestre, lo cual no ocurre en un permiso u autorización.

Juan Carlos Cassagne diferencia entre Concesión y licencia como “El

²⁹⁵ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con N° de referencia 1031-2002, fecha 6 de febrero de 2004, Considerando III, p. 7.

modo más típico para la prestación de los servicios públicos continua siendo la figura de la concesión de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar un determinado servicio público con o sin exclusividad. La concesión va acompañada de un régimen jurídico administrativo especial, por lo que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de la prestación a su cargo. A su vez la licencia o permiso es un acto unilateral del Estado que genera relaciones bilaterales con el licenciataria, relaciones que no son preexistentes sino creadas *ex novo* y su objeto es la explotación de un servicio público, en el fondo es una concesión pero no lo es porque una licencia no es un contrato.”²⁹⁶

La Sala de lo Constitucional a través de los diferentes precedentes Jurisprudenciales ha establecido diferencias entre un permiso (o autorización) y una concesión, las cuales son las siguientes:

i) Las concesiones tienen un efecto constitutivo de otorgamiento de derechos ex novo, es decir, son mecanismos creadores de derechos o facultades, lo que las convierte en una fuente de legitimidad para la prestación de un servicio de carácter público. En cambio, las autorizaciones presentan un carácter meramente declarativo y no suponen la transferencia de potestades al particular.

ii) Las autorizaciones son un mecanismo que permite la remoción de límites al ejercicio de facultades que ya correspondían a su destinatario, constituyéndose de esa manera en un requisito previo para la ejecución de una actividad. En otras palabras, las autorizaciones operan sobre actividades propias de la iniciativa

²⁹⁶ **CASSAGNE, Juan Carlos**, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 1º Edición, Palestra Editores, S.C.A. 2010., p. 486.

*privada en la medida en que el Estado no las ha reservado formalmente para sí, mientras que las concesiones son el instrumento por el que los particulares intervienen en ámbitos públicos debido a la titularidad que la Administración se ha reservado sobre determinada actividad. Por tal razón, se considera que las autorizaciones, a diferencia de las concesiones, se desenvuelven en un ámbito menos invasivo de las facultades de ejercicio que tienen los particulares sobre determinada actuación.*²⁹⁷

El contrato de concesión comprende una regulación más estricta y detallada en la LACAP y la Ley de Transporte Terrestre Transito y Seguridad Vial, para establecer seguridad jurídica y una formalización del Sistema de Transporte, pero aún no se han logrado las mejoras esperadas en el servicio público. En ese mismo orden de ideas, en entrevista realizada en fecha 20 de abril de 2015, en las oficinas de ACOPATT S.A de C.V., el licenciado Hugo Ernesto Mayorga Benítez apoderado legal de ACOPATT y de más de 30 concesionarios a nivel nacional entre ellos de la ruta 3 y 9, las cuales están dentro de investigación, nos brindó información acerca de la situación actual del transporte Publico Terrestre de Pasajeros, y sobre ello mencionó que más de mil unidades (de los clientes que el representa) circulan en pésimas condiciones, los conductores de estas no tienen la capacitación necesaria para brindar el transporte público de forma ordenada, no respetando las diferentes paradas autorizadas, los recorridos establecidos y el irrespeto al usuario del servicio. Debido que la Administración no tiene la capacidad económica para satisfacer la necesidad del transporte público, permite (indirectamente) que el servicio público se brinde de esa manera irregular, aunque en el contrato de concesión establezca las prohibiciones a

²⁹⁷ **SALA DE LO CONSTITUCIONAL**, *Sentencia de Amparo*, con N° de referencia 1031-2002, fecha 29 de noviembre de 2013, Considerando III, p.12.

las que están sujetos los co contratantes.

La Administración busca solucionar la deficiente calidad del servicio público del transporte terrestre de pasajeros, con el proyecto del Sistema Integrado del Transporte del Área Metropolitana de San Salvador (SITRAMSS) dándose inicio a una nueva forma de reordenamiento, a la formalización y el control del Sistema de Transporte Terrestre de Pasajeros, en ese sentido el Viceministerio de Transporte con este nuevo Sistema requiere un marco legal y así funcione en consecuencia un cambio estructural en la prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros (a criterio del entrevistado).

5.2. Eficacia de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros

En este apartado no cabe duda que se ha llegado al punto central y medular de la investigación realizada, ya que es aquí donde se miden y se determinan los alcances de los niveles de eficacia tanto a nivel aplicativo como a nivel teleológico, es decir, eficacia de las cláusulas exorbitantes en su aplicación y en cuanto a su finalidad. La eficacia jurídica opera con la finalidad de hacer legítima, real y veraz el orden jurídico existente, ya decía Guillermo Cabanellas que la eficacia del orden jurídico “Consiste en el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden, pero también puede considerarse la eficacia del orden jurídico en relación con la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de aplicarlas, en los casos en que se transgrede el orden vigente”, además

continúa diciendo que “la importancia de la eficacia reside en que un orden jurídico sólo es válido cuando es eficaz, el orden jurídico que no se aplica deja de ser tal, extremo que se evidencia en el reconocimiento que de los distintos órdenes hace el Derecho Internacional”.²⁹⁸

Si se confirma la premisa que plantea que la validez del Derecho depende de la eficacia jurídica, es fácil concluir entonces que las cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la Administración solo serán válidas en tanto sean eficaces, ya que de lo contrario estas cláusulas o prerrogativas serían en la “nada jurídica”, es decir en meros planteamientos ideológicos e ideales que no llegan a su concreción real.

Cabe destacar que normativamente hablando la eficacia tiene su existencia en la estructura lógica de la norma, así por la doctrina se refiere a este tema y en este sentido Carlos Cossio decía que la estructura de la norma se divide en dos, endonorma (normal coherencia entre el hecho y norma) y la perinorma (en caso de no existir coherencia debe haber sanción), esto aplicado a la eficacia de las cláusulas exorbitantes es que en la endonorma será eficaz una norma en tanto su cumplimiento, y así también en la perinorma será eficaz una norma cláusula exorbitante en tanto que ante su incumplimiento se aplique una sanción.

Lo anterior, es ejemplo claro de los dos niveles de eficacia planteados en este trabajo de investigación, radican en dos figuras siendo la endonorma donde se verifica la eficacia en la aplicación de las cláusulas exorbitantes y en la perinorma la eficacia en cuanto a la finalidad de las cláusulas exorbitantes.

²⁹⁸ **CABANELLAS DE TORRES, Guillermo**, *Diccionario Jurídico Elemental*, Edición 2006, p. 171.

El contrato administrativo objeto de la investigación, al respecto puede ser eficaz “en tanto no quedan al descubierto los defectos, vicios u omisiones que invalidan a un acto jurídico, éste se presenta con todo el ropaje de seriedad y eficacia de que se halla provisto cualquier negocio válidamente celebrado,”²⁹⁹ Sin embargo, el hecho de que el contrato administrativo de concesión sea válido, no significa que por ende las cláusulas exorbitantes lo son, afirmarlo sería erróneo, en razón de que si bien es cierto el contrato administrativo está íntimamente ligado a las cláusulas exorbitantes, no tienen dependencia o vinculación entre sí.

5.2.1. Eficacia según la aplicación de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros

Introducido este tema es preciso decir que “aplicar una norma consiste en determinar las conductas en recíproca interferencia que corresponde realizar en una situación dada, mediante una norma de menor generalidad que la aplicada. En otros términos, puede decirse que aplicar una norma jurídica, es reglar la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad, mediante otra norma que encuadre en la aplicada.”³⁰⁰

Normalmente la tarea de aplicar la norma, se dice que es tarea mental de los juzgadores en el caso concreto, sin embargo aplicar la norma no puede limitarse al simple hecho de una actividad jurisdicción, ya que también aplica la norma la Asamblea Legislativa al crear leyes, como un imperativo

²⁹⁹ **SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, *sentencia definitiva*, recurso de casación, Ref.: 1074-2000, veintitrés de junio del año dos mil, p. 5.

³⁰⁰ **TORRE, Abelardo**, *Introducción al Estudio del Derecho*, 14° edición, ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 412.

constitucional, así también la Administración Pública al emitir un acto administrativo, lo hace en concordancia con la norma jurídica, por ende aplicar la norma no puede restringirse solamente por la actividad judicial. También existen posturas en cuanto que aplicar la norma es un “razonamiento deductivo mediato llamado silogismo, en este silogismo jurídico, la premisa mayor es la ley, la premisa menor, el caso a resolver, y la conclusión es la sentencia,”³⁰¹ sin embargo esto también limita la aplicación de la norma a una mera actividad judicial.

Abelardo Torre plantea la aplicación del Derecho desde la perspectiva de varios problemas como por ejemplo:

1. Interpretación "de la ley", o mejor, del Derecho;
2. Integración "de la ley", o más propiamente, del Derecho;
3. Conflicto de normas en el espacio; y
4. Conflicto de normas en el tiempo.”³⁰²

Los problemas de la aplicación de Derecho antes encionados no son taxativos, “es que como ha dicho Kelsen, toda ley es un marco de posibilidades, donde podemos encuadrar varias soluciones”³⁰³ y por ende problemas. Es por ello que la eficacia en la aplicación de las cláusulas exorbitantes que se desarrolla no se encamina a resolver las problemáticas planteadas sino más bien es un análisis más superficial respecto a los

³⁰¹ **TORRE, Abelardo**, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit. p. 412.

³⁰² **KELSEN** citado por **TORRE, Abelardo**, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit. p. 414.

³⁰³ **TORRE, Abelardo**, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit. p. 412-413.

citados, ya que solo interesa en nuestro caso determinar si las cláusulas exorbitantes se aplica al caso concreto o no, es decir que si la respuesta es afirmativa se concluirá que dichas cláusulas son eficaces en su aplicación, sin embargo si la respuesta es negativa la conclusión será que las cláusulas en cuestión no son eficaces en su aplicación (haciendo la valoración solo en este nivel de eficacia primeramente).

Es importante mencionar que una cláusula exorbitante por regla general será aplicada cuando el co contratante no cumpla de manera voluntaria con lo pactado en el contrato administrativo, y excepcionalmente se aplica aun cuando no ocurra esta circunstancia, tal es el caso de las cláusulas exorbitantes de interpretación y de modificación del contrato administrativo; por lo tanto la eficacia de las cláusulas exorbitantes en este caso dependen del sujeto aplicador.

Cabe destacar, para efectos aclaratorios que se aplicara la LACAP cuando se refieran a condiciones literales del contrato como las condiciones de incumplimiento, pero si existe una condición de incumplimiento de las normas establecidas en la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial (en adelante denominada LTTPSV),³⁰⁴ se aplicaría ésta y su reglamento, conforme al procedimiento que se establezca en la misma. En términos simple se puede decir que ante el incumplimiento del contrato administrativo de cualquier naturaleza, ya sea que esté referido o no a la prestación de un servicio público concesionado, debe de aplicarse indudablemente lo dispuesto en cuerpo normativo de la LACAP, en razón de su especial competencia que esta confiere.

³⁰⁴ **LEY DE TRANSPORTE TERRESTRE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL**, emitida por Decreto Legislativo N° 477, de fecha 19 de octubre de 1995, publicado en el Diario Oficial No. 212, Tomo No. 329, del 16 de noviembre del mismo año.

5.2.1.1. Cláusula exorbitante de interpretación del contrato

La aplicación de esta cláusula en el contrato que se desarrolla deriva en un primer momento (como ya se estableció previamente) del artículo 84 LACAP, en donde corresponde a la Administración realizar, ejecutar y aplicar las instrucciones o directrices que se requieran para la interpretación del contrato, es decir, únicamente corresponde a la administración la interpretación auténtica del contrato, siempre que consten tales directrices, ya sea en las bases de licitación, en el contrato de concesión o en un documento anexo al mismo.

Esto lleva a considerar ¿cuál es el procedimiento para aplicar esta cláusula?, de acuerdo a la ley no existe procedimiento alguno, por lo que en su defecto debe o al menos debería dentro del marco del artículo 84 LACAP establecerse ya sea en las bases de licitación, en el contrato de concesión o en documento anexo al mismo. Ahora bien cabe preguntarse ¿qué se debe hacer si tales directrices y su procedimiento de aplicación no se establecen en las bases de licitación, en el contrato de concesión o en documento anexo al mismo?, la respuesta INCORRECTA sería decir que debe basarse en la potestad discrecional de la Administración, ya que de acuerdo a Armando Henrique Mena Castro “debe rechazarse e cualquier interpretación que pretenda otorgar a la Administración una potestad discrecional en la interpretación de los contratos”³⁰⁵, en ese sentido y bajo esa perspectiva la interpretación debe hacerse a través del muto acuerdo y en su defecto en caso de conflicto debe ventilarse judicialmente en la jurisdicción civil (siempre que se refiera a la interpretación propia del contrato, pero si a partir de ese conflicto interpretativo surge un problema de ilegalidad en un acto

³⁰⁵ **MENA CASTRO**, Amando Henrique, op. cit. p. 409.

administrativo la competente será la Sala de lo Contencioso Administrativa), ya que si la Administración realiza una interpretación unilateral, sin previamente haberse establecido las directrices para interpretar caería en una extralimitación de sus potestades discrecionales, es decir, caería en una ilegalidad o mera arbitrariedad.

En la actualidad y respecto al contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros (en su ejecución), ésta cláusula exorbitante se aplica siempre que este expresamente establecido en las bases de licitación, en el contrato de concesión o en documento anexo al mismo, de lo contrario no se aplica como cláusula exorbitante sino como otra figura como el mutuo acuerdo y como ya se establecían en caso de conflicto se ventila judicialmente.

5.2.1.2. Cláusula exorbitante de modificación unilateral del contrato

Esta cláusula exorbitante de modificación unilateral del contrato tiene su reconocimiento legal en el artículo 83-A de la LACAP, el cual de acuerdo a su interpretación establece que la Administración Pública puede modificar unilateralmente cualquier contrato (entiéndase incluido el contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros), siempre que concurren tres requisitos habilitantes, el primero: que la modificación unilateral sea antes del vencimiento del plazo del contrato, el segundo: que ocurran circunstancias imprevistas y el tercero: que tales circunstancias imprevistas sean comprobadas (o al menos comprobables). Esta cláusula exorbitante tiene dos limitantes, la primera: alterar el objeto contractual, el segundo: favorecer situaciones que correspondan a falta o inadecuada planificación de las adquisiciones, o

convalidar la falta de diligencia del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones; tales limitantes previenen que la modificación unilateral carezca de nulidad y que la Administración incurra en responsabilidad.

Respecto a la aplicabilidad de esta cláusula exorbitante de modificación unilateral en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, se evidencia la misma ya que, de acuerdo a la casuística jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la causa 38-2008 en un caso concreto donde impugno resolución de las quince horas y veinte minutos del cuatro de diciembre de dos mil siete, con referencia de expediente 036-814-R1 V-R-06, mediante el cual dio por finalizado el proceso *de rescate* de la Cooperativa de Microbús Eros del Centro Urbano de San Martín, Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada (que puede abreviarse CO-AMCUSAM, R.L.), se dejó sin efecto la medida provisional de suspensión del servicio de transporte público de pasajeros de la referida ruta, en el recorrido entre San Salvador-San Martín-San José Guayabal, y viceversa, y finalmente, se previno a los empresarios de la ruta 121 que dejaran de obstruir la operación de la ruta de microbuses 140, en el recorrido San Salvador San José Guayabal, y se estableció que:

*“... se permite el ejercicio del *ius Variandi*, que en términos generales se entiende como la posibilidad de la Administración Pública para introducir modificaciones al contrato de concesión, las cuales estima necesarias para obtener tanto un óptimo funcionamiento del servicio y, asimismo, mantener la vigencia y actualización de las prestaciones. Sin embargo, esta última facultad tiene como límite la imposibilidad de alterar los derechos adquiridos por el concesionario, tal como figuran en el contrato.*”

Sobre este último aspecto se debe acotar que, si bien se reconoce la potestad de la Administración de modificar los términos de la concesión, no puede afirmarse que tal actividad esté exenta de control, pues la Administración debe motivar y justificar las razones por las cuales se modifican las condiciones pactadas en la concesión y seguir el procedimiento indicado para tal efecto.

En ese sentido, el artículo 84.2 del Reglamento General de transporte Terrestre indica que la modificación de las condiciones concesionadas es un trámite solicitado por el concesionario para lograr que el Viceministerio de Transporte -a través de la Dirección General- autorice modificar las restricciones, derechos, especificaciones y obligaciones en base a las que se le autorizó la ruta o línea de transporte de pasajeros. Aunado a ello, se apunta en especial que se entiende « (...) por modificación de las condiciones de la concesión todos aquellos términos o requisitos de operación que en alguna manera alteren horarios, itinerarios, orígenes, destinos, capacidades, tipos o claves de servicio, rutas y denominaciones».

A efecto de Lograr que tal modificación se realice, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: Primero, aportará en original un croquis detallando la situación actual y los cambios que incluirá la modificación de la ruta. Segundo, se anexará un estudio técnico de ingeniería de transporte y de ingeniería de tránsito sobre la factibilidad del servicio, una vez observada tal situación, la autoridad administrativa --atendiendo el artículo 84 del Reglamento comentado - deberá resolver la petición del concesionario en un plazo de quince días hábiles. (estos requisitos son indispensables para hacer uso de tal modificación)

*Un caso de la revocación de la concesión debe seguirse el procedimiento que se establece en el artículo 188 del Reglamento en estudio. No obstante lo anterior, es preciso tomar en cuenta que la facultad de control y el ejercicio del *ius Variandi* de la Administración no puede ser irrestricto, ya que en el caso que la modificación implique una desmejora o restricción de las condiciones pactadas en el contrato, la Administración debe aplicar un procedimiento en que se garantice al concesionario su derecho de defensa.*³⁰⁶

Esta cláusula exorbitante se encuentra expresamente determinada en el contrato concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros (agregado en los anexos de la presente tesis), tales cláusulas son la “cuarta, séptima y décimo segunda”.

5.2.1.3. Cláusula exorbitante de suspensión del contrato

La cláusula exorbitante de suspensión del contrato tiene una doble modalidad (tal y como ya se estableció), la primera como medida cautelar y la segunda como una sanción

La suspensión de la concesión se regula en los artículos 44 literal “u”, 108 y 147-BIS inciso 3° de la LACAP, respecto a la aplicabilidad de esta cláusula ya existe precedente dictado por la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección de Centro de San Salvador en la causa 235-D-13, resolución que reafirma que la potestad de suspender (como cláusula exorbitante) el contrato corresponde única y exclusivamente a la Administración Pública. Por otro lado y específicamente hablando del

³⁰⁶ **SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, sentencia definitiva, referencia 38-2008, de fecha 23 de noviembre de 2011.

contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, la Sala de lo Contencioso Administrativo en la causa 38-2008 ha establecido que “como medida de interés público se suspendió el servicio de transporte público que tal entidad prestaba desde el Municipio de San Salvador hasta San José Guayabal”, (hablando de la ruta 140)³⁰⁷ y viceversa, y finalmente, se previno a los empresarios de la ruta 121 que dejaran de obstruir la operación de la ruta de microbuses 140,” en el recorrido antes establecido.

5.2.1.4. Cláusula exorbitante de dirección y sanción

En la ejecución del contrato de concesión y en este caso de prestación de servicios público de transporte terrestre de pasajeros, a la Administración le compete aplicar la cláusula exorbitante de dirección y sanción, y por ello debe impulsar, ordenar, verificar y controlar su cumplimiento efectivo, en ese sentido esta cláusula exorbitante puede dar pie a la aplicación posterior de otra clausula exorbitante como consecuencia de aquella, así por ejemplo el caso 38-2008, visto por la Sala de lo Contenciosos Administrativo, se verifica que como consecuencia de la cláusula exorbitante de dirección y sanción se realizó inspección del recorrido de las rutas 140 y 121, para verificar alguna posible anomalía en la prestación del servicio público de transporte terrestre de pasajeros (dirección del contrato de concesión de prestación de servicio público), y que como consecuencia de tal inspección se inició el procedimiento de rescate, que pese a ser una clausula exorbitante y una causal de extinción del contrato, también puede ser vista como una sanción por parte de la Administración al co contratante dado que hay un incumplimiento.

³⁰⁷ **SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, sentencia definitiva, referencia 38-2008, de fecha 23 de noviembre de 2011.

La Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, en la causa 183-ECQCM-12 ha establecido que existen dos tipos de sanciones administrativas, siendo así que: en materia de penalizaciones administrativas, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, por su taxonomía distingue dos tipos de imposiciones:

(i) Sanciones propiamente tales, las cuales son derivadas de la potestad sancionadora de la Administración Pública, encontrando su cobertura en el artículo 14 de la Constitución de la República, que a su letra reza: “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.

(ii) Existe un segundo grupo, que aunque se le haya llamado sanciones, son verdaderas “penalizaciones contractuales”, tiene su origen en una cláusula del contrato, en que las partes han previsto que ante el incumplimiento a las especificaciones de la obra, debidamente acreditadas, se impondrá una multa. Estas por consiguiente, no devienen de la potestad sancionatoria de la administración pública a que se refiere el artículo 14 Cn. ya que son penalizaciones contractuales, que en Derecho Civil las denominamos cláusulas penales del contrato que surge como garantía ante un incumplimiento.

Estas penalizaciones contractuales, no tienen un procedimiento para su imposición, por lo que se debe hacer una aplicación directa de la

Constitución, oyendo al administrado y dando la oportunidad de defensa y prueba en plazos razonables.”³⁰⁸

Esta cláusula exorbitante se encuentra expresamente determinada en el contrato concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros (agregado en los anexos de la presente tesis), tales cláusulas son la “decima numerales nueve, doce y quince, y décima tercera”.

5.2.1.5. Cláusula exorbitante de caducidad del contrato

La cláusula exorbitante de caducidad es también una causal de extinción de los contratos que regula el artículo 93 LACAP, por lo general es la cláusula exorbitante más conocida y con un alto grado de relevancia jurídica en el ámbito de las concesiones. En ese sentido el artículo 94 LACAP establece las causales por las que debe aplicarse la caducidad por parte de la Administración, lo que en resumen deviene de causas legales y de causas contractuales.

La Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, en la causa 183-ECQCM-12 ha establecido que: “... *el artículo 85 LACAP, el cual expresa: “Cuando el contratista incurra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponer el pago de una multa por cada día de retraso, de conformidad a la siguiente tabla. De la norma transcrita, palpable es que existe una prerrogativa, concedida por la ley, para la imposición de la multa, que encuentra su procedimiento en el*

³⁰⁸ **LA CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR**, Sentencia definitiva, con referencia 183-ECQCM-12, de fecha 09 de octubre de 2012.

artículo 160 LACAP, el que a su letra reza: "El procedimiento para la aplicación de las sanciones a particulares establecidas en la presente Ley, se realizará de la siguiente manera: El responsable de la etapa en que se encuentre; remitirá al Titular a través de la UACI de la institución, los informes o documentos en los cuales indicará los incumplimientos y el nombre del contratista a quien se le atribuyere. El Titular comisionará a la Unidad Jurídica o quien haga las veces de ésta, para que inicie el proceso de aplicación de las sanciones establecidas. Para ese efecto el Jefe de la Unidad Jurídica o quien haga las veces de éste, procederá a notificar al contratista el incumplimiento, otorgándole un plazo de tres días hábiles a partir del siguiente a la notificación, para que responda y ejercer su defensa si así lo estima conveniente. Si el contratista no hiciere uso del término para su defensa o haciendo uso de éste aceptare, el asunto quedará listo para resolver por el Titular. Si en su defensa el contratista solicitare la producción de pruebas, la Unidad Jurídica emitirá auto de apertura a pruebas, concediendo un plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación respectiva con el afán de hacer desfilar la prueba que estime pertinente y probar cada una de sus preposiciones fácticas.

Concluido el término probatorio o si la prueba no hubiere tenido lugar, deberá resolverse en definitiva de conformidad a esta Ley. De la resolución sólo podrá interponerse recurso de revocatoria por escrito, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación."

De lo cual indubitablemente aflora, que el procedimiento que culmina con la imposición o no de una sanción, es un "típico" acto administrativo; es decir, un juicio que hace la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria; y como tal, revestido de todas las características que le son propias, entre ellos ejecutividad y ejecutoriedad,

*dable es ante su incumplimiento ejecutarlos mediante el proceso ejecutivo.*³⁰⁹

Esta cláusula exorbitante se encuentra expresamente determinada en el contrato concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros la que deberá ser aplicada una vez llegado el supuesto que el contrato y la misma ley contemplan para tal fin (agregado en los anexos de la presente tesis), tal cláusula es la décimo quinta, lo que representa una clausula natural de esta clase de contratos.

5.2.1.6. Cláusula exorbitante de rescate

Esta cláusula exorbitante es reconocida en nuestro medio jurisdiccional únicamente por la Sala de lo Constitucional (al menos hasta la fecha) en Amparo de referencia 1031-2002, pero ello y bajo el efecto de obligatoriedad general de las resoluciones de dicha sala, debe ser en el derecho salvadoreño una clausula exorbitante con todos los efectos que ello implica.

En el devenir del tiempo, esta cláusula no ha tenido aplicación práctica debido a que cada día el Estado se encuentra imposibilitado de brindar los servicios públicos por sí mismo, a tal grado que cada día concede diferentes servicios para suplir su obligación y el tema de transporte no es la excepción; ya que no se cuentan con los medios ni el personal suficiente para tal finalidad; sin embargo esta facultad le esta concedida para el supuesto en el cual, la Administración ya no necesite seguir ejecutando un determinado contrato con el particular, en ese sentido solo se han realizo

³⁰⁹ **LA CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR**, Sentencia definitiva, con referencia 183-ECQCM-12, de fecha 09 de octubre de 2012.

intentos por aplicar esta cláusula, es decir solo se han iniciado procedimientos de rescate del servicio público pero nunca se han finalizado efectivamente y bajo los efectos del rescate como tal, ya que implica un reto para el Estado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo en la causa 38-2008 ha establecido que: “Con tales antecedentes, la parte demandada ordenó (el día treinta y uno de diciembre de dos mil seis) la realización de inspección para verificar el recorrido de las rutas en pugna y, además, constató la situación de la ruta de microbuses denunciada en el sistema, informático. De los resultados de tal inspección, la parte demandada, decidió iniciar el procedimiento de rescate de la ruta 140, mediante la resolución con referencia 036-088-07/R del diecinueve de enero de dos mil siete, decretando la suspensión de trece unidades de microbuses de la, ruta aludida, mientras finalizara ese procedimiento administrativo por el que el Viceministerio trataba de rescindir la concesión existente,” “ en la cual se realizaron inspecciones en el lugar determinado para la prestación del servicio, el Viceministro de Transporte emitió la resolución de mérito, el cuatro de diciembre de dos mil siete, en la que dio por finalizado el proceso de rescate y dejó sin efecto la medida de suspensión del servicio de transporte colectivo de pasajeros para la ruta 140. Asimismo, previno a los empresarios de buses *de* la ruta 121 para que dejaran prestar el servicio a la ruta de microbuses relacionada.³¹⁰ Tal y como se evidencia esta cláusula de aplica en una prima fase, es decir, hasta la fecha se ha aplicado para iniciar un procedimiento de rescate, pero ese procedimiento no ha culminado eficazmente respecto a aplicar sus efectos, porque el procedimiento tiende a terminar de forma anormal.

³¹⁰ **SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, sentencia definitiva, referencia 38-2008, de fecha 23 de noviembre de 2011.

5.2.2. Eficacia según la finalidad de las cláusulas exorbitantes en la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros

El elemento teleológico de las cláusulas exorbitantes es garantizar la prestación correcta y normal del servicio público, en tanto que no se ha hecho voluntaria tal garantía, es decir, el nivel de eficacia a desarrollar en este caso deriva ante el hecho de que el co contratante no cumpla con sus obligaciones de tal calidad, y partiendo de la idea que ya se aplicó la cláusula exorbitante (ya fue eficaz la cláusula en cuanto a su aplicación), por lo tanto este nivel de eficacia no reside en si en el sujeto aplicador sino en el perjuicio de quien se aplica, es decir el co contratante.

La eficacia finalista de las cláusulas exorbitantes se refleja en la amenaza subjetiva que puede tener el co contratante que refleja a través del cumplimiento y sometimiento de dicha cláusula. Por ello puede decirse entonces que una cláusula exorbitantes será eficaz en cuanto a su finalidad en tanto sea acatada y cumplida por el co contratante, y en consecuencia no lo será si el co contratante no la acata y no la cumple, es decir hace caso omiso de la cláusula aun y cuando sea evidente el actuar de la Administración para su aplicación, o que por el contrario la Administración no reaccione eficazmente ante la omisión en que incurre un particular al momento de la ejecución del contrato.

Las formas (ilegales) en la que el co contratante se vale para no acatar y cumplir las cláusulas exorbitantes pueden ser “la huelga” y “el paro”, por tal razón se establece en el artículo 48 de la Constitución de la República que: “Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la

huelga, salvo en los servicios públicos esenciales determinados por la ley.³¹¹ Para el ejercicio de estos derechos no será necesaria la calificación previa, después de haberse procurado la solución del conflicto que los genera mediante las etapas de solución pacífica establecidas por la ley. Los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que éstos se inicien.”

La legislación secundaria, es decir el Código de Trabajo³¹² nos define la Huelga en el Art. 527. “Huelga es la suspensión colectiva del trabajo, concertada por una pluralidad de trabajadores, con el propósito de obtener una finalidad determinada”, respecto al paro nos dice el Art. 539. “Paro es la suspensión total del trabajo ordenada por un patrono o sindicato de patronos, en una o varias empresas o en uno o varios establecimientos”, además la Ley de Servicio Civil³¹³ en su artículo 55 literal “i”, establece que es una causal de despido el hecho de declararse en huelga lo que trae como consecuencia que se debe cesar esa situación por parte de los intervinientes y regresar a sus actividades.

Es de recalcar también que el artículo 48 de la Constitución de la República no siempre ha estado redactado de esa forma, ya que antes decía únicamente “Los trabajadores tienen derecho a la huelga y los patronos al paro. Para el ejercicio de estos derechos no será necesaria la calificación previa...”, es decir no regulaba nada respecto de los servicios públicos sino hasta la reforma constitucional por Decreto Legislativo número 34 de fecha 27 de mayo de dos mil 2009, publicado en el Diario Oficial número 105, Tomo 383 de fecha 04 de junio de 2009.

³¹¹ Tal como es el servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

³¹² **CÓDIGO DE TRABAJO**, D.L. N° 15 del 23 de junio de 1972, D.O. N° 142, publicado el 31 de julio de 1972.

³¹³ **LEY DE SERVICIO CIVIL**, D. L. N° 507 del 24 de noviembre de 1961, D. O. N° 293, publicado el 27 de diciembre de 1961.

Cabe preguntarse porque el legislador tomo a bien incluir esa salvedad que reza “salvo en los servicios públicos esenciales determinados por la ley”, esto puede parecer algo extraño para los que poco conocen sobre los efectos que causaría la huelga por trabajadores o el paro de los patronos (co contratante), que tienen como actividad la prestación de un servicio público esencial,³¹⁴ servicio público que ha sido concedida mediante un contrato administrativo a su patrono, específicamente contrato de concesión de prestación de servicio público, pero en que en alguna medida depende también del normal funcionamiento de las operaciones laborales de sus trabajadores, así por ejemplo, la prestación del servicio público (esencial) de transporte colectivo, depende tanto de sus motoristas para echar a andar tal prestación, como también es necesaria la voluntad y disposición del patrono (co contratante) para impulsar tal servicio. Ahora bien, para hacer ésta tarea más fácil, se establecerá en pocas palabras que la huelga de trabajadores y el paro patronal que tengan como actividad la prestación servicios públicos esenciales, estará prohibida por las mismas razones que lo está (prohibida) para los trabajadores públicos y municipales, con la diferencia de la calidades de sujetos, pero con identidad de razones restrictivas de este derecho (por sus responsabilidades a su cargo y por los efectos que derivan de su servicio), ello se deriva de la interpretación de los artículos 48 y 221 de la Constitución de la Republica vigente.

Previo a establecer las razones constitucionales por las cuales se prohíbe la huelga para los trabajadores públicos y municipales, se plantearan los puntos de vista doctrinarios al respecto, por ello *“varias razones se han dado para negar la posibilidad de que tales colaboradores estatales recurran a la huelga: a) En primer lugar, al respecto corresponde recordar las*

³¹⁴ Como el del agua potable, transporte colectivo, energía eléctrica, entre otros.

siguientes palabras con que el Consejo de Estado de Francia denegó, a principios de siglo (XX), la procedencia de huelgas por parte de agentes públicos: "Por la aceptación del empleo que se le ha conferido, el funcionario se somete a todas las obligaciones que derivan de las exigencias del propio servicio público, y renuncia a todas las facultades incompatibles con una continuidad esencial a la vida nacional; declarándose en huelga, los agentes encargados de un servicio público, no sólo cometen una falta individual, sino que por una actitud colectiva se colocan fuera del orden jurídico creado para garantizarles el ejercicio de los derechos resultantes del contrato de derecho público que los vincula a la Administración". b) Si un funcionario público o un empleado público deja de cumplir sus obligaciones de tal y no concurre a su trabajo, comete una falta disciplinaria perfectamente caracterizada, puesto que el primer deber de un agente público es el de ejercer sus funciones. Tal deber es la consecuencia inmediata de las obligaciones asumidas al aceptar el nombramiento. Si el funcionario no puede, sin violar la ley de su función, negarse individualmente a cumplir su labor, es obvio que, por lógica consecuencia, la negativa planeada y colectiva de un grupo de funcionarios de cumplir con sus respectivas obligaciones, o sea la "huelga" dispuesta por ellos, constituye una caracterizada violación de la ley del servicio, una grave falta disciplinaria. Dada la índole de sus actividades, los funcionarios y empleados públicos que se declaren en huelga, cometen uno de los más graves atentados a la vida colectiva. c) El objeto de la huelga de funcionarios es influir coactivamente sobre la autoridad o gobernante, paralizando el servicio público y perturbando los intereses generales de la colectividad, para alcanzar mediante ella la finalidad propuesta. d) La huelga es un procedimiento de coacción que se ejerce mediante la cesación en el trabajo, con el fin de obtener determinados beneficios económicos, políticos o jurídicos. Ese procedimiento de coacción aleja todo razonamiento, privándole a la huelga de juridicidad. e) La huelga de los agentes públicos es siempre,

*sean cuales fueren las circunstancias, una falta grave. La huelga es el hecho que subordina la satisfacción de una necesidad general, a los intereses particulares de los agentes. Por respetables que fueren estos intereses particulares, no pueden prevalecer sobre el interés general. f) La huelga contradice la noción de subordinación y de obediencia jerárquicas.*³¹⁵

Ahora bien, en el plano constitucional salvadoreño el artículo 221 Cn. establece que “Se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos”.

La jurisprudencia salvadoreña al respecto ha establecido que (hablando sobre la *prohibición de huelga en los trabajadores públicos y municipales*): “*por una parte, el art. 48 Cn. reconoce el derecho de huelga a los trabajadores sin distinción alguna, es decir, no especifica si se trata de trabajador del sector privado o público; pero, por otra parte, el art. 221 Cn., veda categóricamente el derecho de huelga a los trabajadores públicos y municipales. Para resolver dicha aparente contradicción, es necesario en primer lugar determinar el alcance del concepto de trabajador utilizado en el art. 48 Cn; si se entiende que trabajador es todo aquel que se encuentra vinculado con un patrono en virtud de un contrato de trabajo, y que dicha vinculación puede ser con otro particular o con el Estado, se puede decir que el mencionado artículo constitucional es una norma de carácter general, es decir, una norma que constitucionalmente reconoce el derecho de huelga a todos los trabajadores, quienes se encuentran comprendidos en una relación laboral en virtud de contrato de trabajo. No obstante, cuando se trata*

³¹⁵ **MARIENHOFF, Miguel S**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Contratos de la Administración Pública. Teorías general y de los contratos en particular, Tomo III B, S. Ed., S. E., S. F, pp.149 y ss.

*de los trabajadores del sector público, la situación debe ser analizada con detenimiento, pues la relación laboral de éstos está fundada en la prestación de un servicio de interés general y no particular -como ocurre con el trabajador privado-. La misma situación de prestar servicios al Estado o a cualquier ente descentralizado, la naturaleza de dicha prestación de servicio personal y la calidad del ente para el cual trabaja o despliega su fuerza laboral, hacen improcedente que exista un derecho de huelga para estos trabajadores, ya que, si se admite tal situación, ello implicaría que la función estatal se viera afectada cada vez que los servidores públicos decidan ir a la huelga, trayendo como consecuencia, el entorpecimiento de aquellas funciones de interés general. Por esa razón, en la Constitución vigente no se consideró procedente otorgar el derecho de huelga a los servidores públicos, prohibiéndoles el referido derecho en el artículo 221 (...). Es claro que, desde el punto de vista constitucional no existe el derecho a la huelga para los servidores públicos, pues existe prohibición expresa en dicha normativa -art. 221 Cn.-; esta disposición es de carácter excepcional en relación a la regla general prescrita en el art. 48 Cn., y tal prohibición es extensiva a todo aquel que se encuentre vinculado por un contrato de trabajo con el Estado”.*³¹⁶

Lo anterior planteado por la jurisprudencia también es aplicable al paro patronal, en el sentido que la inactividad del servicio público por disposición de patrono (co contratante), significaría entorpecer la actividad estatal, sobreponiendo el interés particular al general, razón por la cual es prohibida por la Constitución de la República, sin embargo esta es una artimaña que

³¹⁶ **CONSTITUCIÓN CON JURISPRUDENCIA**, creada por las Oficinas de Atención Ciudadana de la Asamblea Legislativa, tomando en este caso de la Sentencia del 20-VI-99, Inc. 4-88, Considerando V 4 D, S. E., S. Ed., S.F., p. 156.

los co contratantes utilizan para hacer caso omiso de la aplicación de una cláusula exorbitante para que la Administración ceda ante las peticiones del co contratante y deje de lado los efectos de tales cláusulas, siendo que la coacción hacia el estado para que ceda a esta alternativa no deriva directamente de la utilización del paro de labores, sino de la presión que la población usuaria del servicio realiza en el Estado para que solucione prontamente el normal desarrollo del servicio público y se continúe prestando, no importando muchas veces para el usuario la calidad del servicio sino que se preste, ya que es mejor que se preste deficientemente a que no se preste el servicio. Se puede retomar lo que se dijo ya anteriormente respecto a que Ley de Servicio Civil en su artículo 55 literal "i", establece que es una causal de despido el hecho de declararse en huelga. Es de hacer notar además la huelga y el paro no son las únicas causas por la que una clausula exorbitante no tiene una eficacia finalista, ya que pueden influir otros factores como la propia voluntad de la Administración, así como al intervención de actividades Jurisdiccionales y legislativas (la ejemplificación de ello se realizará a continuación).

La finalidad de las cláusulas exorbitantes entorpecida en este nivel de eficacia, pero en vista de que lo anterior es aplicable a todas las clausulas exorbitantes ello supondría que no importa la cláusula exorbitante que se haya aplicado, el co contratante puede hacer cualquiera de las artimañas (huelga y el paro) para volver ineficaz el efecto finalista de la cláusula.

La cláusula de interpretación y la de modificación unilateral solo es eficaz si el co contratante está de acuerdo con la misma, aun y cuando existan las directrices para su interpretación y su modificación, en razón de que no existe una coerción real que se pueda ejercer al co contratante para que acepte tales cláusulas, salvo mediante la aplicación de otra clausula

(suspensión, caducidad, rescate) o mediante otro tipo de sanciones administrativas o contractuales, pero vendría a desembocar en el mismo caso de ineficacia, y es que el co contratante estará de acuerdo con la aplicación de la cláusula de interpretación y de modificación unilateral del contrato siempre que cumpla con los intereses económicos del mismo, por lo tanto al final se convierte en simple figura de interpretación o una modificación de mutuo acuerdo; en cuanto a la suspensión un ejemplo típico de ineficacia es el hecho de cuando se aplica la suspensión de línea y/o permisos relativos al transporte colectivo, ya que si bien es cierto se aplica la cláusula, no se quitan las placas y por lo tanto las unidades de transporte circulan de manera normal, ya que la aplicación de la cláusula es insuficiente para cumplir con la finalidad requerida en este caso.

Las cláusulas de las de dirección y sanción, suspensión y caducidad es donde más comúnmente se utilizan las artimañas antes expresadas de paro o huelga, o que exista una intervención legislativa o judicial, así por ejemplo el conflicto que existió entre la viceministerio de transporte y ACOPATT quienes tienen concesionada la ruta 29, en donde se suspendieron los contratos (como medida cautelar) ya que a raíz de las facultades de dirección y sanción se determinó que el co contratante había incumplido al no prestar el servicio, ya que por su solo voluntad decidieron hacer un paro de labores, y por ello estaban en trámite de caducar el contrato, sobre ello los medios de información hicieron una vasta cobertura al respecto, así por ejemplo un encabezado en un medio de comunicación web decía “VMT da por cerrado caso de concesión de permisos a R 29” y su continuación de la noticia decía:

Los trabajadores de ACOPATT solicitan a los diputados que intercedan ante el Ejecutivo para que revoque la decisión de suspender a 73 unidades de al menos tres rutas de la Asociación.

El viceministro de Transporte, Nelson García, aseguró que no hay marcha atrás en el caso de la cancelación de los permisos de línea a 73 unidades del transporte de la ruta 29, que no circulan desde el jueves. Las declaraciones del funcionario fueron durante una entrevista televisiva, esta mañana.

“Las líneas fueron revocadas y es un caso cerrado...Por otra parte, estamos por incorporar otras rutas para que presten el servicio en las zonas afectadas, algunas de ellas serían la ruta 14 y los microbuses de la 29”, acotó García.

El viceministro afirma que los miembros de la Asociación Cooperativa de Pilotos Automovilistas y Trabajadores del Transporte (ACOPATT) incumplieron el contrato que firmaron con el Gobierno (desde 2006), en el cual se estipula que no suspenderían labores por, en el marco de algún paro del sector, y que tampoco incrementarían la tarifa.

García aseguró que las reglas fueron incumplidas, ya que ACOPATT suspendió labores el 13 de diciembre de 2012 y los días 3 y 4 de enero pasado; además de aumentar la tarifa desde el 2 de enero de este año, de acuerdo a lo investigado por la entidad, luego de recibir denuncias ciudadanas, de acuerdo con lo manifestado por el funcionario.

A pesar de la decisión del VMT, los trabajadores de ACOPATT afirmaron ayer, durante una protesta, que seguirán solicitando de manera verbal y mediante escritos a los diputados de la Asamblea Legislativa que intercedan ante el Ejecutivo para que revoque de manera oficiosa la

decisión de suspender a 73 unidades de las rutas 29D, 29Fy 29H.³¹⁷

Otro encabezado decía “Empresarios de autobuses quieren que se revierta la suspensión de permisos”, así la noticia decía en resumen “*Los empresarios y empleados de la Cooperativa de autobuses de la ruta 29 ACOPATT, pidieron la intervención de la Asamblea Legislativa para revertir la suspensión de los permisos para circular con sus unidades y prestar el servicio. Son 73 autobuses a los que el Viceministerio de Transporte (VMT) les suspendió la concesión del Estado para prestar el servicio de transporte público; los empresarios y empleados afectados pidieron a la Asamblea su intervención para que se suspenda la medida del viceministerio. Fueron decenas de personas entre empresarios y empleados quienes llegaron hasta la Asamblea Legislativa para que ésta evite que el viceministerio les quite la concesión que les había sido otorgada de acuerdo a las normativas y regulaciones que en su momento se fijaron para llegar a esta situación jurídica que se manifiesta en diferentes ámbitos de la realidad nacional.*

De hecho, los afectados denuncian que la cooperativa posee 150 unidades, pero que el viceministerio abrió un proceso sancionatorio contra 133 de ellas, en las que ya se incluye la suspensión de la concesión de las 73 antes mencionadas. Los afectados pidieron ante la Asamblea, que se emita un decreto legislativo y con éste se evite que el viceministerio no sólo siga quitando los permisos a los transportistas; sino que también se revierta la medida que ya dejó fuera de circulación a casi el

³¹⁷ VMT da por cerrado caso de concesión de permisos a R29. De fecha 23 de Abril de 2013 a la(s) 7:53 / Por Gabriela Melara, Disponible en www.laprensagrafica.com/VMT-da-por-cerrado-caso-de-concesion, Sitio Web consultado el 01 de junio de 2015.

*50% de la flota de ACOPATT.*³¹⁸

El encabezado “Pleito legal entre VMT y Ruta 29 acabó en la concesión de placas al Sitramss” contiene la culminación del pleito entre ACOPATT y el Viceministerio de transporte, *“El litigio inició en 2013, debido a la sanción que el VMT impuso a Acopatt por participar en una protesta. Al final, a los buseros les quitan las sanciones y estos entregaron placas al Sitramss. El traspaso de placas de unidades de la 29 hacia buses del Sitramss sería el resultado del pleito legal entre el Viceministerio de Transporte (VMT) y la Asociación Cooperativa de Pilotos Automovilistas y Trabajadores del Transporte (Acopatt), Ruta 29, que duró casi año y medio.*

Algunos buses de la asociación, cuyas placas fueron trasladadas, tenían los permisos de línea cancelados y el pago del subsidio estaba suspendido por incumplimiento del contrato de concesión. Una serie de documentos recopilados por El Diario de Hoy muestran cómo ocurrió el proceso para que del litigio legal pasaran al acuerdo de entregar las placas. En enero de 2013, un grupo de buseros salió a las calles en protesta por el impago de subsidio por parte del Gobierno, por lo que paralizaron parcialmente la circulación.

A raíz de haber dejado de prestar el servicio, el VMT inició un proceso para terminar los contratos de concesión para la prestación de servicios de las seis rutas que sumaban un total de 64 unidades, según constan en las resoluciones con referencia número 012, 011, 007, 008 y 010

³¹⁸ **ACOPATT ACUSA A VMT DE QUERERLOS DESAPARECER.** Por Otto Moran, ABRIL DE 2013, 01:53, disponible en: www.lapagina.com.sv/.../Acopatt-acusa-a-VMT-de-quererlos-desaparecer. Sitio Web Consultado 01 de junio de 2015.

proporcionados por la Oficina de Información y Repuesta (OIR) del VMT el pasado 28 de enero.

"Los días 2, 3 y 4 del mes de enero del año 2013, las unidades del transporte correspondiente a la ruta AB029D no prestaron el servicio público de transporte colectivo de pasajeros respectivo", reza uno de los informes realizado por la Unidad de Inspectoría General, a partir del cual el VMT dio por cancelados los contratos en abril de 2013.

El proceso para caducar el contrato inició 27 días después de la protesta. En las resoluciones no se lee que la sanción haya sido por incremento a la tarifa sin autorización, tal y como lo declaró en el viceministro de Transporte, Nelson García, en abril de 2013.

Esa sanción ocasionó que Acopatt interpusiera seis amparos, el 8 de mayo de 2013, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) para revocar la medida del VMT de suspender los permisos de línea. El 12 de junio de ese mismo año, la Sala suspendió provisionalmente la sanción y le ordenó al VMT que incluyera en el sistema de caja única (registro interno de los buses y microbuses que están vigentes) los permisos de línea de 34 buses correspondientes a las rutas 29-C, 29-E y 29-F. Cinco meses después la Sala le reiteró al VMT que cumpliera la medida cautelar decretada.

En noviembre de 2013, el viceministro García dijo que acataría la resolución de las tres demandas admitidas. Pero aún estaba en el limbo la circulación de otro grupo de unidades. Entre mayo de 2013 y marzo 2014, Acopatt llevaba ya 11 meses de tener 64 unidades a las cuales no les podían renovar permisos, aunque sí estaban circulando. Ese

mismo marzo, los miembros de Acopatt llegarían a un acuerdo interno, el cual los llevaría a salir del litigio legal con el VMT.

En uno de los documentos, al que tuvo acceso El Diario de Hoy, la junta directiva de Acopatt convino por unanimidad presentar un recurso de "desestimación de las demandas contenciosas administrativas presentadas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, contra el director general de Transporte del VMT, por sanciones administrativas en contra de la referida sociedad", dice el escrito con fecha 3 de marzo de 2014.

Ocho días después, el 11 de marzo, el VMT revocó las sanciones contra las unidades de Acopatt y autorizó el "goce del beneficio de la compensación", señala la resolución 00017/DGTT/UCU/2014. "Ordene el pago del beneficio de la compensación de los meses que han sido denegados en virtud de este procedimiento, a partir del mes de noviembre del año 2012, hasta el presente año", se lee en el mismo documento. El cuadro anexo a dicha resolución proporcionado por la OIR del VMT, aparece el código, el número de caja única y la placa de las 64 unidades de las rutas 29-C, 29-C2, 29-D, 29-E, 29-F y 29-H, a las cuales se les revocó los efectos de las sanciones.

Razones porque el VMT quitó sanción a Acopatt

"Al preguntar al despacho se nos respondió que por el hecho de tener pocas unidades no pueden cumplir con la frecuencia y dan el servicio con las que tienen. Es de notar que la población está muy molesta por el hecho de que necesita movilizarse y a pesar que el servicio no es gratuito no lo tienen como se lo merecen", dice en uno de los reportes

que la Unidad Técnica del VMT elaboró. En el documento de revocatoria, con fecha 21 de febrero de 2014, las observaciones no varían para cada ruta, todas manifiestan el mal servicio que ofrecían debido a las pocas unidades. A partir de las inspecciones de campo, en cada resolución se detalla que el lugar "requiere" de la flota para dar un buen servicio a la población. Mientras que en un apartado que reza: "Opinión técnica", dice que es "factible" autorizar que las unidades se les permita cubrir la demanda del servicio de la población de forma "eficiente".

"Revóquese en todas sus partes la resolución dictada por este viceministerio (...) En tal sentido, déjese sin efecto la resolución que dio por terminado totalmente el contrato de concesión número 0092/2006", señala el documento emitido para la Ruta 29-D, a la cual se le decomisó 13 permisos de línea. Siete días después de que el VMT resolviera regresar los permisos, la gremial Acopatt acordó realizar "gestiones, coordinaciones, acuerdos, contratos y demás acciones para cumplir los objetivos trazados para la empresa" y para "continuar con el desarrollo de la empresa y su crecimiento", dice el documento al que tuvo acceso El Diario de Hoy que está firmando por al menos 22 accionistas. Según el escrito, para ponerse a la vanguardia del sector transporte y ser "líder" en el Área Metropolitana de San Salvador (AMSS) tendrían que cumplir algunas disposiciones, como por ejemplo, gestionar ante Sipago la compra de acciones que legalmente les corresponden por ser concesionarios del servicio colectivo. De acuerdo con esta disposición, a la gremial le corresponden 133 acciones por tener igual número de concesiones. Además, determinaron iniciar negociaciones con Subes y firmar los contratos correspondientes. Esta empresa actualmente instala los

aparatos lectores de tarjeta en el Sistema Integrado de Transporte del Área Metropolitana de San Salvador (Sitramss) y es la que comercializa la prepago. La semana pasada, Subes informó que más de 6,000 prepagos han sido entradas solo para ese sistema. Otro punto que acordaron para estar a la "vanguardia" en el servicio de transporte público fue que debían solicitar al VMT los cambios de recorridos que sean necesarios en las rutas AB29-C, 29-C1, 29-C2, 29-D 29-E, 29-F y 29-H. Las autoridades han informado que las unidades de Soyapango, Ilopango y San Martín se convertirán en alimentadoras del Sitramss, es por ello que se les recortará recorrido. La junta general de accionistas de Acopatt también se comprometió a realizar la entrega de hasta un máximo de 33 concesiones de líneas para que se implemente el primer tramo del Sitramss. Es decir pasar las placas de sus unidades a las unidades del Sitramss. En la fase uno del plan piloto del Sitramss, que inició el 11 de enero, ocho unidades comenzaron a circular en los carriles exclusivos, tres de las ocho unidades ya portaban placas que correspondían a las rutas 29-D y 29-H.”³¹⁹

Las noticias son un ejemplo claro de la ineficacia de las cláusulas exorbitantes en nivel teleológico, ya que siempre existen formas anormales que hacen que la aplicación de las cláusulas exorbitantes no cumplan con su finalidad, ello más que por las artimañas del co contratante, la intervención judicial o legislativa, se debe en gran manera a la imposibilidad de la Administración en poder prestar por sí mismo el servicio público de transporte terrestre de pasajero.

³¹⁹ **PLEITO LEGAL ENTRE VMT Y RUTA 29 ACABÓ EN LA CONCESIÓN DE PLACAS AL SITRAMSS**, disponible: www.elsalvador.com/.../pleito-legal-entre-vmt-ruta-acabo-concesion. Sitio Web Consultado el 01 de junio de 2015.

La razón lógica de la ineficacia de las cláusulas exorbitantes en este nivel es con el afán de no afectar aún más a los usuarios, ello se esquematiza con un ejemplo: el co contratante ejecuta la prestación del servicio de forma deficiente (pero aun así cubre una necesidad), la Administración ante esa deficiencia aplica una cláusula exorbitante (suspensión, caducidad, rescate u otra) o el mismo co contratante hace uso de la huelga o el paro (para el fin que requiera),

Se intenta solucionar el problema de ineficiencia que hay en el tema de transporte público, pero ello implica que no se preste el servicio de transporte, lo cual hace una afectación directa al usuario, que comprende una gran cantidad de habitantes y de todas las partes del país y estos por ende se quejan de la Administración y de las actuaciones de la misma ya que para ellos es preferible que se preste el servicio de transporte deficientemente a que no se preste, en razón que afecta sus actividades diarias de desplazamiento y provoca una vulneración mayor a la economía personal y familiar porque en casos extremos la imposibilidad de no poderse movilizar provoca que muchas personas sean despedidas de sus puestos de trabajo.

5.3. Análisis de entrevistas

Para cumplir con los objetivos de la presente investigación, se efectuaron diversas entrevistas a diferentes entidades siendo estas la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones, y a ACOPATT S.A. DE C.V., por lo que a continuación se procederá a exponer los datos obtenidos en dichas entrevistas.

5.3.1. Entrevista en UACI

En entrevista realizada a la licenciada Mayra Escobar Asesora Jurídica de la UACI, el día ocho de abril de dos mil quince, en la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional (UACI), que específicamente tal unidad se encuentra adscrita al viceministerio de obras públicas, del Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, se verificó que:

- 1) La UACI solo tiene competencias respecto del trámite o procedimiento de contratación y de la adjudicación del mismo.
- 2) La competencia de sancionar por cualquier incumplimiento del contrato administrativo le compete al Viceministro de Transporte a través de la Dirección General de Transporte Terrestre
- 3) El procedimiento interno de contratación y adjudicación es: a) iniciado el acuerdo que da la autorización para iniciar la concesión; b) se preparan las bases de licitación, el Viceministerio de transporte (VMT) a través de la Dirección General como solicitante, envía solicitud a UACI adjunta las especificaciones técnicas y luego se da el proceso de adecuación de bases; c) cuando se tiene el documento como va salir a la venta para que posibles ofertantes participen, estas son aprobadas por el titular las bases de licitación; d) luego se hace el aviso de publicación en un medio de publicación electrónico; e) se establece un plazo de 10 días para consultas sobre las bases; f) luego un promedio de 20 días para las ofertas, se nombra la comisión valoradora de las ofertas; g) luego la comisión emite su informe de

quienes han cumplido las condiciones de las bases, este se procede a hacer la resolución en donde se adjudican las líneas; h) se elabora el contrato que lleva cláusulas que se retoman de la ley de transporte (Ley General y su Reglamento General de transporte).

- 4) Existen únicamente a la fecha dos procesos de licitación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, el primero en el año de 2012 y el segundo en el 2014. Antes solo se autorizaban los permisos sin seguir ningún procedimiento de licitación conforme a LACAP, se empezó en el 2012 la primera licitación en base a esta normativa, antes solo se daba permiso de líneas sin procedimiento de LACAP, por eso existen pluralidad de rutas. Los que tienen permiso de líneas sin proceso de licitación es mediante un decreto legislativo en el cual les permite ceder. El VMT para iniciar un proceso de licitación lo hace en base de la necesidad de la población, el interés público, en el primera licitación de 2012 solo se permitió únicamente una línea por ruta a los ofertantes, la ley no establece que exista un límite, mas sin embargo así se hizo de forma incorrecta. No se puede modificar el contrato para crear más líneas debe hacerse un nuevo procedimiento de licitación, pero en este segundo proceso de 2014 se dejó abierto el número de líneas, porque muchas cooperativas ofertaban varias líneas y eran diversos propietarios de las unidades y no se les pudo adjudicar en el primer proceso 2012 por ser muy cerrado. El VMT a través de la Dirección General son los competentes de las rutas, tarifas y recorridos. El VMT el que estudia la necesidad si la hay, analiza si es factible iniciar el proceso de licitación pero solo si hay necesidad. Lo que está en la ley de transporte terrestre se establece en las bases de licitación, las características de las unidades y las condiciones.

- 5) Tiempo de concesión actual es de 10 años como máximo, pero se puede prorrogar conforme a LACAP, para concederla debe de ser un concesionario que cumplió de forma correcta el contrato. El procedimiento de prorroga lo lleva el VMT, aunque tiene que tramitarse en la UACI, pero habría de esperar los diez años para saber si se sigue aquí el proceso, en razón de que aún no se ha dado ninguna prorroga puesto que la nadie ha cumplido con los 10 años, y además podría ser que no se de en la UACI, ya que por ejemplo CERTRASEN que fue concesión no se tramito aquí el proceso, solo está la autorización no se siguió el debido proceso y ya estaba vigente la ley.
- 6) En la licitación de 2014, en donde se intentó concesionar 100 rutas a nivel nacional, solo se adjudicaron 60 porque cumplían las especificaciones técnicas conforme a la ley. La ventaja del contrato de Concesión mediante el procedimiento de licitación es mayor transparencia, más competencia, más participación y no en base a privilegios. Fue en la gestión presidencial Mauricio Funes se inició el proceso de licitación por primera vez.
- 7) En la LACAP se puede prorrogar el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, y lo puede solicitar el concesionario. El contrato de concesión se puede prorrogar de forma bilateral a diferencia de otros contratos administrativos.
- 8) Existe procedimiento para modificar el contrato de concesión solo si es bilateral, pero no en modificación unilateral. Para modificarlo la unidad ejecutora debe establecer porque continua la prorroga y solicitarla y nos remitiría el requerimiento de la necesidad de modificarlo se hace

del conocimiento del concesionario la necesidad de modificar el contrato por notificación.

- 9) Si se crean más rutas, más líneas le compete al VMT y si el concesionario no está de acuerdo de la modificación debería someterse porque ya lo estableció en el contrato.
- 10) Si hubiese estado de calamidad y se omitiera el procedimiento de licitación pero en base a decreto legislativo o el ejecutivo de calamidad pública, deberá suplirse con la LACAP en donde establece la contratación directa en una situación de esta naturaleza.

5.3.2. Entrevista en UNAC

En entrevista realizada el día diez de abril de dos mil quince, en oficinas de La Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones ubicadas en el Ministerio de Hacienda, se entrevistó a la Licenciada Jazmín Arteaga, quien es Asesora Jurídica de dicha institución y con ella se verificó que:

- 1) Dicha institución tiene dentro de sus funciones el proponer al Ministerio de Hacienda la política anual de las adquisiciones y contrataciones de las diferentes instituciones pública, con la finalidad de establecer parámetros y directrices que permitan generar una mejor eficacia en la actividad financiera el Estado.
- 2) Dentro de las funciones que tienen énfasis se encuentra la obligación de emitir lineamientos, que vengán a solucionar los diferentes problemas que tienen las instituciones públicas al momento de dirimir

un conflicto que sea resultado del proceso licitatorio;

- 3) Dentro de las diferentes obligaciones que tienen dicha institución se encuentra la función capacitadora que viene a generar una serie de criterios y principios que permitan la plena aplicación de las diferentes instituciones, que se encuentran en la LACAP generando criterios unificadores y que permitan generar precedentes para futuros procesos.
- 4) Con las cláusulas exorbitantes se debe tomar en cuenta que no hay un criterio uniforme para la aplicación de las mismas y por ende dependerá del tipo de prerrogativa para establecer la forma en la cual se debe ejecutar, debiendo la administración respetar los principios básicos del derecho administrativo sancionador para evitar arbitrariedades.
- 5) Cada institución es libre de aplicar una determinada institución jurídica, sin embargo en caso de algún conflicto se tomara en cuenta los lineamientos que se brinde la UNAC para determinar si hay exceso dentro de las competencias que cada UACI tiene dentro de la institución a la cual se encuentra adscrita.

5.3.3. Entrevista en ACOPATT S.A. DE C.V.

En entrevista realizada el día veinte de abril de dos mil quince, en oficinas de ACOPATT S.A. de C.V., se entrevistó al Licenciado Hugo Ernesto Mayorga Benítez, quien es apoderado de la sociedad ACOPATT S.A. de C.V., y de más de 30 concesionarios a nivel nacional entre ellos de la ruta 3 y

9, y en tal entrevista se verificó que:

- 1) El Viceministerio de Transporte desde el año 2002 ha intentado celebrar (firmar) contratos de concesión, pero mediante contratación directa, no se tomaba en cuenta a la UACI del Ministerio de Obras Públicas, no era conforme a la LACAP la contratación.
- 2) Se sigue celebrando contratos de concesión de servicio público mediante contratación directa en el año 2006. Aun no se identificaba la capacidad verdadera y rentabilidad del co contratante, los requisitos ninguno los cumple, pero debido que la Administración no puede brindar el servicio público de transporte permite que así se celebren los contratos de concesión.
- 3) Existen irregularidades en el otorgamiento de las líneas, debido a la falta de marco legal que establezca el número, en los contratos de concesión celebrados en el año dos mil doce, se otorgaron varias líneas para una ruta de un mismo concesionario, pese a ello en las bases y otorgamiento de líneas se establecía que solo se podía otorgar una línea por ruta, generando inseguridad jurídica.
- 4) Otra irregularidad del Viceministerio de Transporte es la resolución 13943-13948-13951-13931/2015. MODICONV-0091/2006/UCT/15, de fecha 7 de Abril de 2015. Se crean nuevas rutas y no hay licitación aumentándose líneas también sin proceso de licitación, es decir no se siguió el proceso conforme a la ley.
- 5) Con respecto a las cláusulas exorbitantes, cláusula de modificación unilateral, no siempre se da la modificación porque el co contratante

mediante su estudio técnico logran demostrar que no es necesario esa modificación, que la unidad técnica que hace estudio para posteriormente la modificación de recorrido no lo hace de forma diligente, ejemplo ruta 252 que recorre de Sonsonate a Acajutla, se decía por parte de la Dirección General que el microbús tenía que ir desde Acajutla a Sonsonate y no entrar al área urbana, sino que dejarlos en la terminal y dar una extensa vuelta, se hace estudio técnico de factibilidad por la parte demandante para determinar la modificación de los recorridos de las rutas, para que los usuarios de Sonsonate puedan entrar por donde debería ser su parada sin tanto recorrido, se hicieron estudios se entrevistaron a usuarios y estos respondían que los dejaran en la entrada y no ir a dar esa vuelta, los estudios técnicos de la Dirección General de Transporte, a veces no son diligentes sin justificar un verdadero interés público y en consecuencia no se modifica el recorrido.

- 6) Se aplica la cláusula de modificación unilateral, por ejemplo modificación unilateral de contrato en lo referente al cambio de recorrido, el concesionario interpone demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo alegando que no se siguió debido proceso por parte de la Dirección General de Transporte para establecer el cambio de recorrido.
- 7) Cuando el concesionario usa el paro porque se les aplica cláusula exorbitante, en años atrás los últimos contratos de concesión que el VMT resolvió terminar fue por paros ya que los concesionarios solicitaban subir tarifas, ante esto se aplicó la cláusula de la caducidad del contrato a los concesionarios y a los permisionarios se les cancelaba el permiso, tanto permisionarios y concesionarios

interpusieron demanda contenciosa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo esta fallo a su favor, porque el procedimiento sancionatorio no era conforme el debido proceso.

8) Al concesionario ACOPATT le han suspendido 72 líneas de 120, más del 50%, de la ruta 29 H le suspenden todas, de la 29 C 1 le suspenden diez, de la C2 quince, de la C3 dieciocho líneas le suspendieron. VMT hizo resolución donde revocaban la concesión de forma parcial. Participaron el 100 % de las unidades en el paro y revoca contrato con 22 líneas y las demás las deja seguir para que continúen brindando el servicio pese a su total participación en paro. La ruta 29 realizo paro porque solicitaba aumento de tarifa, la población se queja por falta de servicio, el concesionario interpone demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo y el VMT suspende las líneas, VMT negocia con el co contratante y pide que retiren las demandas. VMT sabía que la tarifa no era rentable se demostró que el equilibrio económico de la empresa no era suficiente. Que los recorridos eran la clave para establecer proporcionalmente la tarifa. Se retiró las demandas. Ahora ACOPATT tiene 6 rutas nuevas sin licitación luego de ese problema, dándoles las unidades que se les suspendieron, más las 6 rutas nuevas, por ese acuerdo se retiró demanda, la ley y el contrato de concesión no se cumple, nuevas líneas otorgadas sin licitación.

9) Las cláusulas exorbitantes como la caducidad y suspensión se aplican, pero no de forma general y no cumplen su finalidad. Ejemplo: Cada ruta otorgada a un concesionario comprende un recorrido, un horario, paradas autorizadas, las tarifas, estas condiciones son de carácter obligatorio para el concesionario, estableciéndose en el

contrato de concesión como infracciones y las sanciones respectivas, hasta darse por terminado el contrato por caducidad debido al incumplimiento del concesionario, pero observamos que en la realidad las diferentes unidades no cumplen recorridos, paradas autorizadas, por eso el caos vehicular, la cláusula exorbitante puede estar escrita pero poco sirve aunque se prohíba algo, el VMT no puede retirar rutas ni líneas en general, a sabiendas que la mayoría que brinda el servicio incumple sus obligaciones el ente contralor debe ceder porque no tiene capacidad para brindar el servicio público de transporte y satisfacer esa necesidad.

- 10) La eficacia no existe en estas cláusulas porque si suspendes las líneas, permisos, pero no quitan las placas, el bus sigue circulando, el policía solo te multa y te sigue multando en muchos casos, ejemplo de la ruta 3 sancionaron a 20 por las placas y de esos veinte más de la mitad anda allí circulando el policía solo los multa. Nadie cumple los requisitos completos para contratar, ni lo pactado en el contrato. El Estado siempre termina cediendo.
- 11) A ACOPATT se le han otorgado rutas mediante concesión, pero muchas por contratación directa.
- 12) Las cláusulas exorbitantes en conclusión según el licenciado Hugo Ernesto Mayorga Benítez, en lo referente a la eficacia en su aplicación, si se ejercen pero de manera relativa; interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, la Dirección General las aplica en casos de cambios de circunstancias en la necesidad publica de la población por ejemplo cuando se crea una nueva urbanización, colonia donde antes no llegaban unidades de

transporte hoy se requiere una modificación de recorrido, cuando se necesita que las unidades de transporte cambien su programación de horarios para brindar el servicio porque la población así lo demanda en base a una necesidad insatisfecha, en ese sentido son las condiciones susceptibles a las que se refiere el contrato de concesión, refiriéndose a que las necesidades públicas son cambiantes.

- 13) En lo referente a la cláusula exorbitante de dirección y sanción se aplica de acuerdo a los mecanismos de vigilancia o supervisión en la prestación del servicio público cuya competencia es de la unidad de inspectoría que establece el Art 25 del RGTT; también las cláusulas conocidas como sanciones, la suspensión y caducidad se aplican sin embargo su ejecución se limita fundamentándose en la imposibilidad del Estado de brindar dicho servicio público por carecer de recursos y satisfacer la necesidad pública, y es que todos los días los delegados para prestar el servicio por medio de los motoristas de las unidades de transporte incumplen lo establecido en el contrato de concesión como el plan técnico operativo que es el sistema en que se determina las paradas autorizadas, los recorridos y las tarifas.
- 14) Respecto a la eficacia en lo que se refiere a la finalidad de las cláusulas exorbitantes, las cláusulas no cumplen su finalidad, porque si se aplica la cláusula de modificación unilateral el concesionario en todos los casos se opone a la modificación ya sea en cambio del recorrido o la misma tarifa, alega que tendrá pérdidas o comúnmente que no se siguió el debido proceso y en base a su negativa de acatar la modificación unilateral interpone demanda ante la Sala de CA.
- 15) En el caso de la cláusula de Dirección y sanción el concesionario

jamás aceptara como buena la aplicación de una multa y aunque se le sanciona continua brindado un servicio público de manera irregular. En ese mismo orden de ideas también cláusulas como la suspensión el concesionario siempre brinda el servicio público como ya se mencionó porque a sus unidades de transporte no se les retira la placa, no se les secuestra la unidad y los agentes de tránsito imponen solo multas. Y con respecto a la caducidad del contrato, no es ajeno a la Dirección General de transporte que casi todos los concesionarios incumplen el contrato de concesión y la respectiva normativa de regulación de este servicio de las cuales ya mencionamos anteriormente, sin embargo aunque se conoce toda la irregularidad en la prestación del servicio, no queda más que permitir ciertas anomalías en la forma como se brinda el servicio público y es que como se ha venido mencionando el Estado no tiene los recursos para satisfacer la necesidad pública de transporte terrestre de pasajeros.

Después de realizar el análisis de resultados se obtiene la comprobación de las diferentes hipótesis que se plantearon en el anteproyecto de esta investigación y para sus conclusiones se hace necesario remitirse al siguiente capítulo en donde se hacen las valoraciones correspondientes del proyecto.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

SUMARIO: 6.1. Conclusiones. 6.2. Recomendaciones.

La tarea investigativa del conocimiento ha sido interesante partiendo desde lo básico, es decir, las raíces y fundamentos de la actividad contractual del Estado, los servicios públicos, y así sucesivamente hasta llegar a las temáticas más específicas como el contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros y su análisis de eficacia jurídica en dos planos o dimensiones, tales son la aplicación y la finalidad, para ello se ha dotado la investigación mediante insumos doctrinarios de las más alta gama de reconocidos autores, enfática jurisprudencia y los parámetro de legalidad establecidos iniciando la Constitución de la República, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su respectivo reglamento, y todo únicamente para enriquecer y dotar de certeza jurídica la información aquí impregnada. En tal sentido se elaboran a continuación las conclusiones y recomendaciones que se consideran pertinentes.

6.1. Conclusiones

- 1) Las cláusulas exorbitantes como potestades propias de la administración pública dadas por ley y reconocidas a nivel Constitucional; a través de la modernización de la tecnología y de la implementación de políticas de transparencia institucional, han

alcanzado un carácter de notoriedad por las diferentes resoluciones emitidas por el ente jurisdiccional; así como el ente administrativo que ha sido del conocimiento de las diferentes personas entre ellas los estudiosos del derecho, lo que ha permitido que sean reconocidas en un nivel técnico dado sus diferentes efectos que trae aparejado tanto a las partes contratantes, así como a la población en general.

- 2) La Administración, previo a celebrar el contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, debe realizar un estudio técnico de viabilidad para contratar, esto es así porque tiene que tener conocimiento de lo que en realidad necesita la población, identificar una necesidad y como puede suplirse esa necesidad; para ello necesita una calificación técnica y de calidad, además seguir los mecanismos de selección del co contratante, principal y esencialmente el procedimiento de licitación pública en razón de ser el procedimiento más transparente y adecuado cuando se trata de servicios públicos de transporte terrestre de pasajeros, para así elegir a la persona idónea sea esta natural o jurídica, para que brinde de mejor manera el servicio público y así satisfacer la necesidad pública, además aunque se delegue la prestación del servicio público al co contratante siempre la Administración tendrá la dirección y control, ya que la sola prestación de un servicio público no es suficiente, ya que si estos no se garantizan y se brindan de forma correcta, el ente contralor deberá aplicar sus prerrogativas exorbitantes con la única finalidad de proteger el interés público.
- 3) Las prerrogativas de la Administración o cláusulas exorbitantes estarán siempre presentes de forma implícita o explícita en el contrato administrativo de concesión de servicio público de transporte terrestre

de pasajeros, porque su objeto es de utilidad pública y el ente contralor (Administración Pública a través de la unidad de inspección), en la ejecución de contrato debe garantizar el interés público, mas sin embargo, deben siempre provenir de la ley, a fin de evitar el uso de las potestades discrecionales que puedan desencadenar en un acto de arbitrariedad al momento de aplicar una cláusula exorbitante.

- 4) En las diferentes legislaciones analizadas a nivel comparativo, tales como España, Chile y Argentina, las prerrogativas de la Administración están siempre presentes, es así porque de igual manera que en nuestra legislación, el Estado está obligado a proteger el interés público, velar por satisfacer las necesidades públicas mediante la prestación de los servicios públicos, siendo la aplicación de las prerrogativas por el mismo ente contralor (la Administración Pública) sin importar sobre que contrato administrativo se hace referencia.
- 5) Las cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la Administración son un elemento esencial para los contratos administrativos, por su incuestionable carácter excepcional del Derecho Civil, por lo que estas cláusulas son útiles para el normal desarrollo y cumplimiento del contrato, así como también para garantizar la prestación de los servicios públicos encargados mediante el contrato administrativo de concesión, por ello su importancia en la vida práctica de la actividad contractual del Estado.
- 6) En la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, las cláusulas exorbitantes pueden ser vistas desde dos niveles de eficacia, la eficacia en su

aplicación y la eficacia en su finalidad.

- 7) A la Administración, no le queda más que ceder con su poder, ante las presiones del co contratante y del usuario, porque no puede brindar el servicio de forma directa o por la vía del rescate, en tal sentido la misma permite que el servicio siga siendo ineficiente y la colectividad no reciba un servicio integral, de calidad como debería brindarse un servicio público de transporte de pasajeros, porque el servicio solo lo puede brindar el particular, en razón de la falta de recursos del Estado, en consecuencia la Administración permite las ineficiencias en la prestación del servicio en comento.

- 8) En la ejecución del contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros, las cláusulas exorbitantes tienen una eficacia relativa, enfocándolo desde los dos niveles de eficacia planteados, es decir, en su aplicación y en su finalidad; entonces las cláusulas exorbitantes son eficaces en cuanto a su aplicación, refiriéndose en este caso a todas las manifestaciones de las mismas,³²⁰ ya que todas tienen aplicación práctica en la ejecución del contrato administrativo (cuando corresponden), por lo que se ha verificado que las cláusulas de interpretación, de modificación, de suspensión, de dirección y sanción, de caducidad y de rescate se aplican y por lo tanto el nivel aplicativo de eficacia se cumple, no obstante, todas las manifestaciones de las cláusulas exorbitantes no son eficaces en cuanto a su finalidad por si mismas, y eso es porque la aplicación finalista se ve turbada cuando el co contratante utiliza artimañas (huelga, paro u otras ilegalidades), así como la intervención

³²⁰ Tales son las cláusulas exorbitantes de Interpretación, modificación unilateral, suspensión, extinción del contrato, dirección y sanción.

legislativa y judicial, para desviar responsabilidades contractuales y legales, por ello serán eficaces las cláusulas exorbitantes en aquellos casos en que no se afectan los intereses del co contratante, en ese sentido son ineficaces en cuanto a su finalidad las cláusulas exorbitantes que no vayan de contra de los intereses particulares del co contratante.

- 9) Con lo anterior se comprueban las diferentes objetivos e hipótesis que se plantearon en el anteproyecto de investigación, ya que se comprobó que la eficacia de las cláusulas exorbitantes estará restringida dependiendo de los niveles a los cuales se haga alusión, entendiéndose a la aplicación y a la finalidad que persigue cada una de ellas, siendo eficaz en la primera e ineficaz en la segunda.

6.2. Recomendaciones

- 1) El servicio público de transporte terrestre de pasajeros, necesita una regulación especial que determine los límites y competencias de cada institución que se relaciona con el tema, dando mayores facultades fiscalizadoras del mismo y permitiendo que otras instituciones del Estado verifiquen el exacto cumplimiento de los contratos de concesión de servicio público.
- 2) Que todos los particulares (personas naturales o jurídicas), formalicen el brindar el servicio público de transporte terrestre de pasajeros, mediante contrato de concesión de forma obligatoria, para una verdadera seguridad jurídica, ya que muchos aún tienen permisos o autorizaciones (cuya naturaleza y efecto son diferentes). Con relación

a la "autorización", se tiene que a través de ésta se faculta a un particular para la realización de ciertas actividades sobre las cuales existe una prohibición general previa, actividades que no necesariamente tienen como objetivo potenciar el bien común de la población, la concesión parte de la base de que la Administración Pública tiene, en principio, la exclusividad o monopolio de la titularidad para realizar ciertas actividades de interés público, por tal razón debe establecerse de obligatorio cumplimiento la formalización contractual

- 3) Para que se cumpla la finalidad de las cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión de transporte público terrestre de pasajeros, la Administración debe buscar una solución en aquellos casos donde el co contratante se le suspenda el prestar el servicio público, y así el usuario no se vea afectado en la necesidad de transportarse, de igual manera cuando se declare la extinción unilateral del contrato, ya que es común que el co contratante guarde las unidades y deje prestar el servicio, ante ello debe existir una solución a corto y largo plazo, por parte del ente contralor y así no afectar el interés público el cual es la finalidad de las cláusulas exorbitantes. La solución podría ser ampliar recorridos de otras rutas para que abarquen el recorrido de otras unidades, dándoles incentivos a los co contratantes, pero para ello, la Administración deberá limitar gastos innecesarios en otras carteras de Estado, valorando parámetros proporcionales de acuerdo a la necesidad, siempre que exista un control fiscalizador eficaz en todos los ámbitos.
- 4) Al analizar el procedimiento para aplicar las cláusulas exorbitantes, en los contratos administrativos, se observa que no hay un procedimiento uniforme para las mismas, amparándose que cada una tienen las

misma finalidades, pero son de aplicabilidad diversa, por lo que se hace necesario establecer un procedimiento uniforme para la aplicación de las mismas, en donde se determinen las formas de dar inicio y el seguimiento que debe tener el mismo y sus formas de finalización, ya sea de manera normal o de manera anormal, estableciendo los diferentes supuestos sobre los cuales recaerá la resolución que se intente estimar.

- 5) La creación de un procedimiento uniforme es posible y necesario ya que de esta manera se podrá reducir la discrecionalidad de la Administración, al ejecutar una determinada prerrogativa ya que el aplicador tendrá que seguir principios y directrices objetivas al momento de argumentar y fundamentar la resolución, en la cual sean impuestas, ello en razón de que no basta la sola directriz de que deben aplicarse los mismo principios y garantías del derecho penal al derecho administrativo, al menos debería aplicarse un procedimiento uniforme análogo al regulado en el artículo 81 RELACAP.
- 6) Se necesita la creación de una entidad especializada en el tema de transporte público terrestre de pasajeros, que se encuentre equipada tanto a nivel técnico; así como con el personal idóneo para determinar si las unidades que prestan el servicio son capaces de cumplir con las exigencias de seguridad tanto en su estructura como en su sistema.

Actualmente, el VMT si bien tiene dentro de sus funciones la fiscalización del sistema del transporte público terrestre de pasajeros; no cuenta con el personal ni con los mecanismos que permitan ejercer contraloría de manera directa y específica sobre este sector del transporte, porque tiene dentro de sus funciones la supervisión de los

demás tipos de transporte lo que provoca un exceso de trabajo, ya que deberían de verificarse periódicamente las condiciones del servicios, de las unidades de transporte y las condiciones contractuales.

- 7) Para generar una mayor transparencia a la forma en la cual se contrata al concesionario, se necesita que se le cumplimiento al principio de transparencia para garantizar a la Administración como a los ofertantes que se encuentran en una condición igualitaria, por lo que se hace imprescindible que existan una contraloría jurídica, social y publica, para poder concesionar este tipo de servicio público, con el afán de beneficiar a la colectividad y que el servicio sea prestado por aquel co contratante capaz y aceptado por la población usuaria.
- 8) El Viceministerio de Transporte, a través de sus dependencias debe de secuestrar las unidades de transporte, en aquellos casos donde aplica la cláusula exorbitante de la Suspensión provisional, porque de lo contrario esas unidades de transporte continúan circulando y siempre están a disposición del concesionario.
- 9) Que exista publicación general de las resoluciones que declaran por extinguido el contrato de concesión por parte del VMT, primordialmente cuando se da por terminado al aplicarse la cláusula de la caducidad, con el objetivo que se tenga conocimiento de toda la población acerca de cómo la administración pública protege el servicio público de transporte terrestre de pasajeros.
- 10) Para efectos de buscar una mayor eficacia de las cláusulas exorbitantes, se hace necesario tener como referentes a países que

posean niveles aceptables tanto a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo, para establecer la forma en la cual estas prerrogativas sean eficaces tanto en su aplicación como en su finalidad y de esta manera satisfacer el interés público, evadiendo o superando las artimañas de las que se vale el co contratante, para volver ineficaz teleológicamente las cláusulas exorbitantes en los contratos de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BACACORZO, Gustavo Tratado De Derecho Administrativo, Tomo I, S.E., editorial Gaceta Jurídica 2002

BALBIN, Carlos .F, Manual de Derecho Administrativo, S. Ed., Editorial La Ley S.A.E.C.I., Buenos Aires, Argentina, 2011.

BARTOLOME A, FIORINI, Manual de Derecho Administrativo, S.Ed., S.E., Buenos Aires, Argentina, 1968.

CAETANO, Manual de Derecho Administrativo, S.Ed., Editorial Lisboa 1965.
CALAFELL, Jorge E, Teoría General de la Concesión, en Jurídica No. 26, anuario 1996 de derecho, Universidad Iberoamericana, México.

CANASI, José, Derecho Administrativo, Volumen II, Parte Especial, Los Servicios Públicos, El Acto Administrativo, Contratos Administrativos, S.E., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.

CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, 1° Edición, Palestra Editores, S.C.A. 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, 3ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2009.

CASTEJÓN PAZ, Benito y Emilio RODRIGUEZ ROMAN, Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, S.Ed., Editorial Marqués del Duero, Madrid, 1969.

DIEZ, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, 2ª Edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, 1980.

DIEZ, Manuel María, Manual de Derecho Administrativo, Tomo III, S. Ed., S.E., S.F.

DE CORES, Carlos Andrés, El Concepto de Interés Público y su incidencia en la Contratación administrativa, S.E., S. Ed

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 7ª edición, S.E., Ed. De Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina, 1998.

FIORINI citado por BACACORZO, Gustavo Tratado De Derecho Administrativo, Tomo I, S.E., editorial Gaceta Jurídica 2002.

FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, 3ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 1944.

GRANILLO MELARA, Romeo, Servicios Públicos, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1975

GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, parte general, tomo I, 8va edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2003.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo I, Parte General, 1º Edición, Fundación de Derecho Administrativo Buenos Aires, año 2013.

GORDILLO, Agustín, Tratado De Derecho Administrativo, tomo II, La Defensa del Usuario y del Administrado, 8a edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, 2006.

GUÍA DE ESTUDIO. DESARROLLADO DE LA MATERIA ADMINISTRATIVA, nueva edición, Editorial Estudio S.A de C.V. Argentina, 2005.

GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto, Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano, S.Ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

HERNANDEZ, Carlos Ernesto, *“Propuesta de un Modelo de Mercadeo Estratégico para las Empresas de Transporte Terrestre de Carga en el Área Metropolitana de San Salvador,”* Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1995

KURI DE MENDOZA, Silvia Lizette, Manual de Derecho Financiero, 1ed, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Impreso en El Salvador, San Salvador, 1993.

LANCIS, Antonio y SANCHEZ, Derecho Administrativo, La Actividad Administrativa y sus Manifestaciones, 3ª edición, editorial cultural S.A., LA Habana, S.F.

LAPARRA, M, GAVIRIA M y AGUILAR M, Iniciativas locales comunitarias en la lucha contra la Exclusión, S. Ed., S. E., S. F, Madrid España, 1995.

MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, Contratos de la Administración Publica. Teoría general y de los contratos en particular, Tomo III, S. Ed., S. E., S. F.

MARIENHOFF, Miguel S, Derecho Administrativo, Contratos Públicos. Teoría general y los contratos en particular, Tomo III B, S. Ed., S. E., S. F.

MARIENHOFF, Miguel S, Tratado de Derecho Administrativo, S.Ed., Tomo III-A, Edición Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, S.F.

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Servicios públicos. Actos de la Administración Pública. S. Ed. S.E., S. F.

MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán, tomo IV, Editorial de palma, Buenos Aires, Argentina, 1982.

MENA CASTRO, Armando Henrique, La Contratación Pública en El Salvador: Un repaso sobre sus aspectos fundamentales, S. Ed., S.E.

MENDOZA TORRES, Arnaldo, Los Contratos de la Administración Pública, Ediciones Uninorte, Colombia, 2004.

OLIVERA Toro, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, 7° edición, editorial Porrúa, México 1997.

OSORNIO CORRES, Francisco Javier, Aspectos jurídicos de la Administración Financiera en México, Universidad Autónoma de México, 1992.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, citado por Alexander OSPINA GARCÍA, en: El Contrato de Concesión y la Licencia, Instrumentos Jurídicos para la Explotación y Desarrollo de Actividades Económicas, Bogotá, Colombia, 2011.

PALACIO HINCAPIE, Juan Joel, La Contratación de las Entidades Estatales, S. Ed., S.E., Bogotá, Colombia, 2004.

PINEDA, ARGUETA, Hugo Dagoberto, Monografía de Derecho Administrativo en El Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2013.

REYES JIMENEZ María de Lourdes, y NAJERA MARTINEZ Alejandro, Apuntes acerca del Derecho Fiscal, Instituto Tecnológico Regional de Estudios Superiores Multidisciplinario del Oriente del Estado de México, México, 2006.

RODRIGUEZ R., Libardo, Derecho Administrativo: General y colombiano, 15ª edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2007.

RODRIGUEZ, ARTURO ALESSADRI, De los Contratos, S. Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago Chile, S.F.

SABLICH HUMANI, Charles Alexander, Derecho Financiero una Visión Actual del Perú, Fundación Universitaria Andaluza, Perú, 2012.

SUAZO ÁLVAREZ, Mauricio, Derecho Administrativo, Imprenta de la Universidad de Playa Ancha, Chile, 2008.

SUTO, Félix y otros, Renegociación de los Contratos de Concesión, 1 edición, Universidad ESAN Lima, Perú, 2013.

TORRE, Abelardo, Introducción al Estudio del Derecho, 14º edición, ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

VERA COLINA Mary A, Finol Romero LORAYNE URDANETA José Gregorio, Fundamentos de Economía y Finanzas Publicas, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Zulia, Venezuela, 2009.

VILLEGAS Héctor B, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 7a edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2001.

TESIS

AGUILAR CARCAMO Guillermo Antonio, CASTELLANOS HERNANDEZ José Abel y CARCAMO RIVAS José Edwin, La Actividad Financiera Estatal, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2007.

ARGUETA, Francisco Javier, “La Concesión”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2004.

CALDERON CONTRERAS, Sonia Eugenia, Exoneración Tributaria como Beneficio Fiscal y su Regulación Legal, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006.

GRANILLO MELARA, Romeo, Servicios Públicos, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1975.

HERNANDEZ, Carlos Ernesto, “Propuesta de Modelo de Mercadeo Estratégico para Empresas de Transporte Terrestre de Carga en el Área

Metropolitana de San Salvador,” Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1995.

SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos, Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en Aras de su Estructuración en Función de los Intereses Públicos.” Tesis De Doctorado, Departamento De Derecho Público De Estado, Universidad Carlos III DE Madrid, España, 2010.

VERA COLINA Mary A, Finol Romero LORAYNE URDANETA José Gregorio, Fundamentos de Economía y Finanzas Publicas, Tesis de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Zulia, Venezuela, 2009.

LEGISLACION NACIONAL

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, D.O.N 234, Tomo N 281, del 16 de diciembre de 1983.

LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, D. L. N° 868, del 5 de abril de 2000, D.O. N° 88, Tomo 347, publicado el 15 de mayo de 2000.

LEY DE TRANPORTE TERRESTRE Y SEGURIDAD VIAL, D.L.N 477, del 19 de octubre de 1995, D.O.N 212, Tomo N 329, publicado 16 de noviembre de 1995.

CÓDIGO CIVIL, Decreto Ley del 23 de Agosto de 1859, reformada por D.L. N° 512, del 11 de Noviembre del 2004, publicado en el D.O. N° 236, del 17 de Diciembre de 2014.

LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO, D.L.N 516, de 23 de Noviembre de 1995, D.O N 7, Tomo 330, del 11 de Enero de 1996.

CÓDIGO TRIBUTARIO, D.L.N. 230, del 14 de Diciembre del 2000, D.O.N 241, Tomo 349, del 22 de Diciembre de 2002.

CÓDIGO DE TRABAJO, D.L. N° 15 del 23 de junio de 1972, D. O. N° 142, publicado el 31 de julio de 1972.

LEY DE SERVICIO CIVIL, D. L. N° 507 del 24 de noviembre de 1961, D. O. N° 293, publicado el 27 de diciembre de 1961.

CÓDIGO ADUANERO UNIFORME CENTRO AMERICANO, Resolución No 223-2008 (COMIECO-XLIX), del 25 de abril de 2008, D. O. No. 95, Tomo N 379, publicado el 23 de mayo de 2008.

LEY ORGÁNICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS, D. L. N 903, del 14 de diciembre de 2005 D. O. N.8, Tomo 370, publicado el 12 de enero de 2006.

LEY DEL RÉGIMEN ADUANERO DE LAS TIENDAS LIBRES, D. L. N 373, del 5 de abril del 2000, D. O. N 81, Tomo N 351, publicado el 2 de mayo de 2001.

LEY ESPECIAL PARA SANCIONAR INFRACCIONES ADUANERAS, D.L.N 551, del 20 de Septiembre de 2001, D. O. N 204, Tomo N 353, publicado el 29 de octubre de 2001.

LEY DE ALMACENAJE, D. L. N 638 del 29 de noviembre de 1990, D. O. N 285, Tomo No 309, publicado el 19 de diciembre de 1990.

REFORMAS A LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. D. L .N 868, del 15 de mayo de 2011, D.O.N 88, Tomo N 347, del 18 de mayo de 2011.

REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, D No 53, D. O. No 71, Tomo No 399, publicado el 19 de abril de 2013.

REGLAMENTO GENERAL DE TRANSPORTE TERRESTRE, D.E.N 84 del 1 de diciembre de 2014, D.O.N 224, Tomo 405, publicado el 1 de diciembre de 2014.

REGLAMENTO INTERNO DEL ORGANO EJECUTIVO, D.E.N 24, de 18 de Abril de 1989, D.O.N 70, Tomo 303, del 18 de Abril de 1989, y su posterior reforma según D.E.N. 8, de fecha 24 de Junio de 2009, D.O.N. 117, Tomo 383 del 25 de junio de 2009.

REGLAMENTO DEL CODIGO ADUANERO UNIFORME CENTROAMERICANO RESOLUCION N224-2008(COMIECO-XLIX), D.O.N 95, Tomo N 379, publicado el 23 de mayo de 2008.

LEGISLACION EXTRANJERA

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE CHILE, D.C Nº 1.150 del 21 de octubre de 1980, D. O. Nº 30.798 del 24 de octubre de 1980

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, vigente desde el 22 de Agosto de 1994

LEY 18996 de Chile reformada. D.O.N. 28601, 22 de noviembre de 2012.

LEY 13981, Emitida por D.L No. 477 del año 2009, Ley provincial de Buenos Aires Argentina.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO, Real Decreto Legislativo 3/2011, Publicado En El Boletín Oficial Del Estado De Fecha 16 de noviembre de 2011.

DECRETO EN QUE SE REGLAMENTA EL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, D.L.N 170, del 5 de febrero de 2001, D.O.N 44.318, publicado el 5 de febrero de 2001.

FUENTES HISTORICAS

LEY DE SUMINISTROS, D. L N. 100, de 27 de diciembre 1939, D. O. N. 3, Tomo N. 128, publicado el 4 de enero de 1940.

LEY DE SUMINISTROS, D.L N. 280 del 19 de diciembre de 1945, D.O N.283, Tomo 139, publicado el 26 de Diciembre 1945.

LEY DE SUMINISTRO DE OBRAS PUBLICAS, D.L.N. 316 del 11 de julio de 1951, D.O.N. 136, Tomo 152 publicado el 23 de julio de 1951.

LEY DE SUMINISTRO PARA EL RAMO DE FOMENTO DE OBRAS PUBLICAS D.L.N.976 del 27 febrero de 1953, el D.O. N. 42, Tomo 158, publicado el 3 de marzo de 1953.

LEY DE SUMINISTROS PARA EL RAMO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL .D. L.N.1083, del 14 de abril de 1982, D. O.N. 67, Tomo. 275 publicado el 14 de abril de 1982.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional Amparos 2011, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con N° de referencia 1031-2002, fecha 29 de noviembre de 2013, Considerando III,

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia No. 912-99, de fecha 3 de abril de 2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia No. 912-99, de fecha 3 de abril de 2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia No 28-2008, de fecha 26 de Junio de 2012.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia Numero 55-2003, de 2 de Septiembre de 2009.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con Referencia 69-2006/90-2006, de fecha 3 de julio de 2008.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia Numero 23-99, de 14 de Enero de 2003.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con N° de referencia 1099-2002, fecha 14 de Julio de 2004.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con N° de referencia 1031-2002, fecha 6 de febrero de 2004.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con N° de referencia 351-2011, fecha 29 de noviembre de 2013.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2003, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2004.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2010, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 8-T-92, de fecha 27 de febrero de 1998.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 87-P-99, de fecha 15 de diciembre del 2000.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 37-G-95, de fecha 25 de septiembre de 1998.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. de fecha 3 de abril de 2001.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 140-2005, de fecha 16 de marzo de 2009.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia No. 55-F-2002, de fecha 3 de enero del 2005.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, referencia No.231-2008, de fecha 27 de mayo de 2010.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia Definitiva, con referencia N° 367-2009, de fecha 30 de noviembre de 2012.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia definitiva, de fecha 23 de febrero de dos mil nueve, con referencia 231-2008.

SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia definitiva, referencia 38-2008, de fecha 23 de noviembre de 2011.

SALA DE LO CIVIL.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2005*, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.

SALA DE LO CIVIL Sentencia Definitiva con Referencia 1486 S.S. San Salvador, con fecha 21 de diciembre de 2002.

SALA DE LO CIVIL, sentencia definitiva, recurso de casación, Ref.: 1074-2000, veintitrés de junio del año dos mil.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, con referencia N 329 SM, de fecha 16 de diciembre de 2003.

SALA DE LO CIVIL, de la corte suprema de justicia, sentencia definitiva, recurso de casación, Ref.: 1074-2000, veintitrés de junio del 2000.

CAMARAS DE LO CIVIL

LA CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Sentencia definitiva, con referencia 183-ECQCM-12, de fecha 09 de octubre de 2012.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Definitiva, con referencia N° 2181-2010, de fecha 27 de enero de 2010.

TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Definitiva, con referencia N° 810-2009, de fecha 23 de diciembre de 2011, Considerando.

FALLOS DE LA SUPREMA CORTE, voto del doctor Carlos S. Fayt, vistos los autos en RECURSO EXTRAORDINARIO: DULCAMA S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones sobre cobro de pesos, Buenos Aires, 29 de marzo de 1990.

TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA, Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, con referencia 2992/2012, de fecha 15 de Octubre de 2014.

REVISTA

BALDRICH, Jorge, “Efectos Macroeconómicos de los Gastos Extrapresupuestarios y de los Recursos Asignados”, en Revista Colectivo Económico, Publicado el 28 de Julio de 2011, Disponible en: <http://colectivoeconomico.org/>, sitio consultado el 27 de Septiembre de 2014.

ORREGO, GERARDO, Las Clausulas Exorbitantes en los Contratos Estatales, Universidad de Medellín, Colombia, 2001, disponible en: <http://clausulasexorbitantes.over-blog.es/>, sitio consultado el 29 de agosto de 2014.

PUBLICACIONES INSTITUCIONALES

CONSTITUCIÓN CON JURISPRUDENCIA, creada por las Oficinas de Atención Ciudadana de la Asamblea Legislativa, tomando en este caso de la Sentencia del 20-VI-99, Inc. 4-88.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DEL REINO DE ESPAÑA, Contratación Administrativa II, S. Ed., Ed. Mateu Cromo, S.A. Madrid, 1997, p. 136.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, El Salvador, Congreso Internacional De Derecho Administrativo 2011 (X Foro Iberoamericano De Derecho Administrativo El Salvador 2011), Juan Pablo Cajarville Peluffo, Prerrogativas De La Administración En La Actividad Contractual, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.

Fundación de estudios para la aplicación del Derecho FESPAD, El Salvador y la convención interamericana contra la corrupción, FESPAD Ediciones, San Salvador, El Salvador, 2004.

GARRIDO FALLA Fernando Y otros, citado por Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES, "Consecuencias jurídicas de la sentencia que modifica el régimen de concesiones", boletín 140, Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador, 2012.

OFICINA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PUBLICOS, La calidad en los servicios públicos, Secretaria de la Función Pública, Secretaria General de la Gobernación de Salta.

DICCIONARIOS

DE TORRES, Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, edición actualiza, corregida y aumentada, 1997, duodécima edición, editorial Heliasta.

NICOLIELLO, Nelson, Diccionario del Latín Jurídico, S.E., editorial “B de F,” reimpresión 2004.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edición 2006.

SITIOS WEB

MENA CASTRO, Armando Enrique, La Contratación Pública en El Salvador VII, p. 19, disponible en ww.difusionjuridica.com.bo/, sitio consultado el 24 de junio de 2014.

LICITACIONES, disponible en <http://www.licitacion-es.com.mx/definicion-de-licitaciones.html>, sitio consultado el 11 de Agosto de 2014.

VMT DA POR CERRADO CASO DE CONCESIÓN DE PERMISOS A R29. De fecha 23 de Abril de 2013 a la(s) 7:53 / Por Gabriela Melara, Disponible en www.laprensagrafica.com, Sitio Web consultado el 1 de junio de 2015.

PLEITO LEGAL ENTRE VMT Y RUTA 29 ACABÓ EN LA CONCESIÓN DE PLACAS AL SITRAMSS, disponible: www.elsalvador.com/.../pleito-legal-entre-vmt-ruta-acabo-concesion. Sitio Web Consultado el 01 de junio de 2015.

Anexo 1. Contrato de concesión de prestación de servicio público de transporte terrestre de pasajeros

Ministerio de Obras Públicas,
Transporte y Vivienda y
Desarrollo Urbano

EL SALVADOR 2012

CONTRATO No. 12012
LICITACIÓN PÚBLICA No. 09/2012

"CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO PÚBLICO DE PASAJEROS EN DIFERENTES RUTAS DEL PAÍS"

NOSOTROS: MANUEL ORLANDO QUINTEROS AGUILAR conocido por GERSON MARTINEZ, mayor de edad, Empleado, del domicilio de Santa Tecla, Departamento de La Libertad, portador de mi Documento Único de Identidad número cero dos millones doscientos setenta y un mil seiscientos nueve-uno, y número de Identificación Tributaria cero ochocientos siete-ciento veintidós mil cincuenta y uno-ciento uno-cela; actuando en nombre y representación del Estado y Gobierno de El Salvador, en el Ramo de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, en mi calidad de **MINISTRO**, con número de Identificación Tributaria número cero seiscientos catorce-cero diez mil ciento cince-cero cero ocho-uno; Institución que en lo sucesivo se denominará **"EL MINISTERIO"** o **"EL CONCEDENTE"**; y

_____, mayor de edad, comerciante en pequeño, del domicilio
Departamento de _____, portador del Documento Único de Identidad número _____ y Tarjeta de Identificación Tributaria número _____, en adelante me denominaré **"EL CONCESIONARIO"**, y en el carácter dicho manifestamos: que hemos acordado otorgar el presente Contrato de Concesión, que se regirá por las siguientes cláusulas:

CLAUSULA PRIMERA: DOCUMENTOS CONTRACTUALES: Forman parte integrante del presente CONTRATO los siguientes documentos: a) Resolución de Adjudicación número 059/2012 de fecha 15 de junio de 2012; b) Bases de Licitación Pública número 09/2012 aprobadas mediante nota número MOP-UACI0174/2012 de fecha 8 de febrero de 2012; c) Adendas y Aclaraciones si las hubiere; d) Plan General Operativo; Anexo I: Plan Técnico - Operativo y su Apéndice 1, Anexo II: Características de las Unidades Autorizadas con sus respectivos apéndices 1 y 2, estos dos últimos suscritos y autorizados por el Director General de Transporte Terrestre y Anexo III: Procedimiento a seguir en relación a los derechos de concesión cuando se haya solicitado un financiamiento de cualquier tipo, constituyendo garantía prenda sobre una o más unidades autorizadas para la prestación del servicio concesionado o que se haya constituido un arrendamiento financiero; e) La oferta técnica económica; f) la orden de inicio; g) Todos aquellos documentos que sean derivados del presente contrato; y h) Resolución Razonada de Recurso de Revisión de fecha diecisiete de octubre de dos mil once. Estos documentos forman parte integral del contrato y lo plasmado en ellos es de estricto cumplimiento para las partes. El presente contrato

1

prevalecerá en caso de discrepancia, entre los documentos antes mencionados. **CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESION:** El concedente otorga al concesionario la administración y explotación del servicio público denominado "CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO PUBLICO DE PASAJEROS EN DIFERENTES RUTAS DEL PAIS", de carácter **INTERURBANO** con la obligación de cumplir con la normativa que contribuye al ordenamiento en materia de Transporte Terrestre, a fin de que el servicio público sea prestado por cuenta y riesgo del concesionario, quien garantiza el estricto cumplimiento del servicio con observancia de la universalidad, seguridad, calidad, continuidad, regularidad, generalidad y libertad de competencia de la prestación del servicio público, en igualdad de condiciones de conformidad a los documentos contractuales. Por tratarse de la prestación de servicio público para satisfacer necesidades e intereses generales de la población y bajo la vigilancia y control del concedente, se establecen en el presente contrato, las regulaciones y obligaciones especiales que como consecuencia del presente, recaen sobre el Concesionario y que más adelante se relacionan. **CLAUSULA TERCERA: ASIGNACION DE RUTA Y LINEA:** Para la consecución del objeto del presente CONTRATO de concesión para la prestación del servicio de transporte colectivo público de pasajeros, el **CONCEDENTE**, autoriza al **CONCESIONARIO**, el derecho de explotación de **UNA** línea en la ruta identificada con el código **AB** cuyo recorrido se encuentra establecido en el numeral 3 de la Parte IV de las Bases de Licitación, cuyo horario, frecuencia y demás aspectos técnicos, se determinan en el Anexo I de este CONTRATO. **CLAUSULA CUARTA: PLAN TÉCNICO - OPERATIVO:** Constituye el sistema mediante el cual el concesionario se obliga a operar la línea dentro de la ruta autorizada para suplir la demanda de la población usuaria del servicio, por tanto determina: la capacidad técnica, el itinerario, recorrido, frecuencia y horario de cada ruta. Así mismo establece las paradas autorizadas, puntos de retorno y terminales. Este plan podrá ser modificado en cualquier momento por el **CONCEDENTE**, previa las consideraciones técnicas emanadas de la Dirección General de Transporte Terrestre mediante la correspondiente resolución y cuando así se requiera por la necesidad de preservar la funcionalidad y operatividad del Servicio de Transporte Público Colectivo de Pasajeros. Para dar cumplimiento al Plan Técnico Operativo, el concesionario podrá agruparse u organizarse con otros concesionarios autorizados para la explotación del servicio público dentro de la misma ruta, bajo los sistemas de operación legal que deberá hacer del conocimiento del concedente por escrito. **CLAUSULA QUINTA: CANTIDAD DE UNIDADES AUTORIZADAS:** Para la prestación del servicio público concesionado por medio de este instrumento, el concesionario ha sometido a aprobación del **CONCEDENTE**, **UNA (1)** línea con la que el concesionario prestará dicho servicio, cuya acreditación y titularidad se ha establecido mediante los documentos correspondientes, en el cual se describen, entre

otros, las características básicas de la unidad, la cual deberá ser utilizada exclusivamente para la prestación del servicio público colectivo de pasajeros en la ruta autorizada. **CLAUSULA SEXTA: PLAZO:** El presente CONTRATO de Concesión tendrá una vigencia de **DIEZ AÑOS** calendario, contados a partir del día de la fecha de suscripción del presente contrato; el plazo contractual podrá prorrogarse de conformidad con el artículo 83, 83-A, 83-B y 92 inc. 2 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. **CLAUSULA SEPTIMA.- TARIFA APLICABLE:** La retribución de concesionario por la prestación del servicio estará a cargo de los usuarios a través del pago de la tarifa autorizada. En la prestación del servicio público concesionado, el concesionario se sujetará a las tarifas autorizadas por la autoridad competente, de acuerdo a la normativa legal vigente, debiendo acatar cualquier modificación que se disponga a través de la entidad correspondiente en los sistemas de percepción tarifaria tendientes a lograr una mayor eficiencia en beneficio del usuario y del sector en general, lo que se realizará a través de los respectivos procedimientos legales. **CLAUSULA OCTAVA SUBSIDIOS:** La aplicación de subsidios a la prestación del servicio de transporte colectivo público de pasajeros, se sujetará a lo establecido en las Leyes, Decretos o normas que para tal efecto fueren emitidas y tuviere vigencia dentro del periodo que dure el contrato de concesión otorgado para la explotación del servicio. **CLAUSULA NOVENA.- DERECHOS DEL CONCESIONARIO:** El **CONCESIONARIO** tendrá los siguientes derechos: 1) Agruparse operativamente para la ejecución del presente contrato o fusionarse con otras personas naturales o jurídicas, con arreglo al ordenamiento legal para el mismo fin; 2) Solicitar al Viceministerio de Transporte a través de la Dirección General de Transporte Terrestre, las modificaciones de la concesión en los términos y requisitos de operación que en alguna manera alteren horarios, itinerarios, orígenes, destinos, capacidades, tipos o clases de servicio, rutas y denominaciones; previo estudio técnico y cuando la Ley así lo permita. 3) A la gratuidad cuando la Ley no estipule lo contrario, celeridad, oportunidad y transparencia de los trámites relacionados con las modificaciones a los términos y estipulaciones de la concesión otorgada por medio del presente instrumento; 4) Cobrar y recibir, de los usuarios, la tarifa establecida legalmente para la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros; 5) Denunciar, ante el concedente, las violaciones a los derechos derivados de la concesión objeto del presente contrato; 6) Contratar libremente el personal operativo y administrativo para la prestación del servicio público concesionado por medio de este instrumento; y 7) En caso de fallecimiento del concesionario, sus herederos podrán presentar al Viceministerio de Transporte la solicitud para que se les concesione el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, en cuyo caso, el concedente, previa resolución razonada, resolverá la modificación del contrato conforme la ley, tomando en cuenta las medidas administrativas y legales que garanticen la no interrupción del servicio público. **CLAUSULA DECIMA.-**

OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: el CONCESIONARIO se obliga a: 1) Cumplir con los términos y estipulaciones establecidas en el presente contrato y sus anexos, así como cumplir la normativa jurídica vigente y sus plazos; 2) Cumplir con los requerimientos expresos señalados en el Art. 136 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: a) Ejecutar el servicio público con estricta sujeción a las características establecidas en el presente contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, b) Prestar el servicio público en forma continua y universal, sujetándose a las tarifas aprobadas; c) Cuidar del buen funcionamiento y mantenimiento del servicio público y de cubrir la demanda del mismo, sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la institución; y, d) Indemnizar por cualquier daño ocasionado a los usuarios por negligencia imparcial o mala fe debidamente comprobadas. Todo sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley. 3) Cumplir con los requerimientos expresos señalados en el Art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en este contrato de concesión, evitando las causales que originen molestias, inconvenientes o peligro a los usuarios, salvo que la alteración del servicio obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación; b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de las facultades de supervisión, vigilancia y control del concedente; c) indemnizar los daños que causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo de la obra o servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables al Estado o a la Municipalidad; y, d) Velar por el cumplimiento exacto de las normas y reglamentos sobre el uso y conservación del servicio concedido. 4) Respetar y cumplir el régimen tarifario legalmente establecido; 5) Presentar a la autoridad competente y dentro del plazo que le fueren requeridos, los estudios referentes a la operación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros, de rentabilidad o cualquier otro que la autoridad respectiva considere pertinente; 6) Prestar el servicio de transporte público colectivo de pasajeros en la ruta autorizada, cumpliendo en forma irrestricta los horarios, itinerarios, recorridos, flota, frecuencia, paradas de buses, uso de terminales y demás especificaciones definidas en el Plan General Operativo anexo a este CONTRATO; 7) Exhibir permanentemente el valor de la tarifa vigente, en un lugar visible dentro de cada una de las unidades autorizadas para operar el servicio en la ruta asignada, del tal manera que los usuarios puedan conocerla; 8) Cumplir con el plan técnico - operativo establecido para la ruta, ya sea que ésta haya sido concesionada a una sola persona natural o jurídica, y/o que existan diversos concesionarios dentro de la misma ruta; 9) Contar con dos puntos de despacho o terminales como mínimo, uno al principio y otro al final de los recorridos definidos para cada ruta, con el objeto de llevar el control de frecuencias y recorrido de la unidad, según lo establecido en el Anexo I, sin menoscabo

de proveerse de los sistemas de control que le requiera el Concedente, con el fin de regular la frecuencia y recorrido de la unidad autorizada; 10) Comportarse con el usuario y terceros en forma respetuosa y con el debido decoro; 11) Respetar el origen y destino del recorrido certificado en la ruta por autoridad competente y la unidad autorizada según los Anexos I y II. 12) Cumplir con las decisiones y lineamientos operativos que emita el CONCEDENTE, con miras a la reformulación e integración de la red de transporte, mediante el establecimiento de nuevos recorridos, cambios de códigos de ruta, agrupamientos de rutas, supresiones y/o modificaciones de los existentes y cualquier otra medida necesaria para la eficiencia en la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros. 13) Cumplir con las obligaciones asumidas con relación a la unidad autorizada, y el acatamiento de las directrices y decisiones del CONCEDENTE, con relación a la cantidad y condiciones básicas mínimas (físicas y mecánicas) de las mismas; 14) Presentar declaración jurada a la autoridad competente, cuando se modifiquen las características básicas de la unidad del transporte público, entendiéndose éstas, el número de motor y otros para su autorización, e inscribir dichos cambios en el Registro Público de Vehículos, de conformidad a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 15) Permitir las tareas de vigilancia, control, y fiscalización que ejerza el CONCEDENTE, suministrando toda la información requerida por éste y facilitando su acceso a instalaciones y archivos; 16) Velar que los conductores asignados a la prestación de los servicios, cuenten con la licencia vigente correspondiente al tipo de unidad y la autorización para conducir vehículos del transporte público colectivo de pasajeros; 17) Llevar un registro de los conductores de las unidades que prestan el servicio de transporte público colectivo de pasajeros, con los datos que permitan su identificación y ubicación; 18) Si fuere requerido por el concedente, presentar posteriormente a la firma del CONTRATO de concesión la unidad autorizada y comprendida en el mismo para la inspección de las condiciones básicas mínimas (Físicas y Mecánicas), características (Números de Chasis Vin, Chasis grabado, Número de Motor, etc.); por unidad de transporte según su tipo y clase de servicio. 19) Presentar el vehículo para inspección cuando fuere requerido por el Administrador del Contrato mientras este se encuentre vigente; 20) Dar cumplimiento específicamente a lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento en armonía con la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial y sus respectivos Reglamentos, así como de toda normativa legal aplicable y vigente. **CLAUSULA DECIMA PRIMERA - PROHIBICIONES PARA EL CONCESIONARIO:** Al CONCESIONARIO se le prohíbe realizar cualquiera de las actividades siguientes: 1) Ceder a cualquier título los derechos derivados de esta concesión; 2) Transferir, a cualquier título, los permisos de operación o de línea, que se hayan otorgado con base en esta concesión; 3) Utilizar para la prestación del servicio concesionado, unidades que no cuenten con la previa autorización del Concedente;

4) Participar o promover, directa o indirectamente, desórdenes en la vía pública; 5) Interrumpir el servicio concesionado, en violación a la legislación vigente; 6) Incurrir en forma reiterada en las infracciones contempladas en el Artículo Ciento Diecinueve-G de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. 7) El cometimiento de las infracciones graves a que se refiere el Art. 147 Bis de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública aplicables a esta concesión y consistentes en las siguientes: a) La no iniciación de los servicios en un plazo superior a seis meses contados a partir del día de la aprobación de la concesión, b) La suspensión injustificada por parte del concesionario del servicio por un plazo superior a seis meses; c) Si de la ejecución del servicio a cargo del concesionario se derivaran perturbaciones graves y no reparables por otros medios en el servicio público, imputables al concesionario; d) No permitir a los usuarios el libre uso del servicio público, cuando sea utilizado para los fines establecidos en el presente contrato; e) Suministrar un servicio de inferior condición o calidad del concesionario; f) Producir una destrucción parcial del servicio, de modo que se haga inviables su utilización en un periodo de tiempo; y 8) Todas las contempladas en el ordenamiento jurídico vigente.

CLAUSULA DECIMA SEGUNDA.- DERECHOS DEL CONCEDENTE: EL CONCEDENTE tendrá los siguientes derechos: 1) Modificar los anexos del contrato respecto de su Plan General Operativo de forma oficiosa en satisfacción a la demanda de la población: los recorridos, frecuencias, horarios, capacidad técnica y en general el Plan General Operativo de la ruta a través de resolución de procedencia emitida por la Dirección General de Transporte Terrestre y debidamente razonada, quien emitirá los nuevos anexos para ser agregados a su respectivo contrato tomando como base los estudios técnicos y la legislación vigente, cuando así se necesite para asegurar la eficiencia en la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros, modificaciones que deberá notificar al concesionario por escrito, con quince días de anticipación a la entrada en vigor de las mismas. 2) Dar por terminado el presente contrato, en forma total o parcial por el incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas y obligaciones. 3) Aplicar y/o Conocer de los procesos sancionatorios administrativos, establecidos según la normativa correspondiente.

CLAUSULA DECIMA TERCERA.- OBLIGACIONES DEL CONCEDENTE: El CONCEDENTE en este mismo acto se obliga a lo siguiente: 1) Evitar actividades de competencia desleal dentro de los términos y estipulaciones del presente contrato y proteger de las mismas al concesionario 2) Ejecutar en forma oportuna y eficiente los estudios técnicos relacionados con la modificación de las condiciones de la presente concesión; 3) Atender en forma gratuita (cuando la Ley no indique lo contrario), celeramente y oportuna las solicitudes presentadas por los concesionarios; 4) Inspeccionar, controlar y vigilar el cumplimiento por parte del Concesionario de sus obligaciones en la prestación del servicio concesionado; 5) Aplicar la normativa legal, reglamentaria y demás providencias legales emitidas por las autoridades

competentes, relativas a la prestación de los servicios, así como la de los aspectos vinculados al control y fiscalización de los mismos; 6) Supervisar la prestación del servicio concesionado por medio del personal que designe, quien tendrá las facultades de inspección y control. 7) Velar por la observancia de los principios de continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los Servicios Públicos de Transporte de pasajeros a precios justos y razonables, asegurar la protección del medio ambiente y la seguridad, y a la vez brindar la información y el asesoramiento que resulten de utilidad para los usuarios del sistema. 8) Previo estudio técnico por parte del Viceministerio de Transporte y cuando la Ley así lo permita, se podrán realizar modificaciones del contrato que correspondan. En el evento que el Viceministerio de Transporte aprobare el reajuste de la cantidad de unidades autorizadas a favor de la concesionaria para la prestación del servicio, previa resolución razonada resolverá conforme la Ley, a fin de que posteriormente se sigan los procesos legales establecidos para la asignación de las nuevas concesiones, tomando en cuenta las medidas administrativas y legales que garanticen la no interrupción del servicio público. **CLAUSULA DECIMA CUARTA.- INTERVENCIÓN DEL SERVICIO CONCESIONADO:** En caso de incumplimiento del presente contrato que derive en perturbación del servicio público, el concedente intervendrá el servicio concesionado según la regulación del artículo 148 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. **CLAUSULA DECIMA QUINTA.- CESACION Y EXTINCION DEL CONTRATO DE CONCESION:** De acuerdo al Art. 92 de la LACAP, el presente contrato cesará en sus efectos por la expiración del plazo pactado para su ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades de los mismos y podrá extinguirse en sus efectos de conformidad a lo establecido en el artículo 93 de la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública: i) La caducidad Art. 94 LACAP; ii) Por mutuo acuerdo de las partes contratantes Art. 95 LACAP; iii) Por revocación Art. 96 LACAP; iv) Por rescate Art. 98 LACAP; y v) Por las demás causas que se determinen contractualmente las cuales a continuación se detallan: a) Cuando se compruebe falsedad de los datos o de la información suministrada en virtud de la suscripción del presente contrato que tengan carácter de declaración jurada, y/o que hubiesen sido determinantes para resolver su otorgamiento; b) Si se declara la quiebra del CONCESIONARIO; c) Si no se hubiere dado cumplimiento a las obligaciones o plazos fijados en el presente contrato o en la normativa general, referentes a la garantía de cumplimiento de contrato, características básicas mínimas (físicas y mecánicas) de la unidad vehicular, así como el incumplimiento reiterado del plan técnico – operativo comprendidas en el Anexo I del presente contrato; d) Cuando tuviese lugar la efectiva interrupción del servicio público referido a la misma, como consecuencia de un paro patronal o de cualquier otra medida de acción directa emanada de quien detenta la prestación del servicio; e) Cuando se haya trabado embargo sobre las unidades autorizadas para la prestación del servicio concesionado, o en caso de incumplimiento

del contrato de arrendamiento financiero; f) No modificar oportunamente en la unidad concesionada el Código de la ruta cuando el concedente así lo determine; y g) Cuando violente el ordenamiento legal vigente, siempre y cuando se haya comprobado tal violación mediante la respectiva imposición de sanciones o el respectivo juicio según sea la naturaleza de la trasgresión cometida y que ésta afecte directa o indirectamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato a cargo del concesionario. h) Cuando incumpliere cualesquiera de las obligaciones pactadas en presente contrato alterando el ordenamiento legal y la calidad del servicio prestado al usuario. Todo lo anterior siempre y cuando no concurra caso fortuito. En caso de terminación del presente contrato, por ser un servicio público que debe prestarse de manera regular, universal y continua, el Concedente determinará de manera inmediata, la forma en que se le dará cobertura a las rutas que resultaren no cubiertas, pudiendo dictar las medidas administrativas que estime necesarias para la continuidad o restablecimiento del servicio.

CLAUSULA DECIMA SEXTA.- TERMINACIÓN VOLUNTARIA DEL CONTRATO: De conformidad a lo dispuesto en el artículo noventa y cinco de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, las partes podrán acordar de manera mutua y voluntaria, la extinción de las obligaciones contractuales de conformidad a lo dispuesto en la ley respectiva. **CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.-**

GARANTIA: Para asegurar el cumplimiento del presente CONTRATO, el CONCESIONARIO deberá otorgar a favor del Estado y Gobierno de El Salvador en el ramo de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano y presentar en la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, garantía de cumplimiento de contrato para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato por un monto de UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$1,890.00) por cada unidad autorizada en el presente contrato. La vigencia de esta garantía excederá en sesenta días calendario al vencimiento del plazo del contrato y de sus prórrogas si las hubiere. El concesionario deberá presentar la garantía de cumplimiento de contrato, dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la firma del presente contrato y deberá ser acreditada su vigencia antes de su vencimiento cada año durante el tiempo que se encuentre vigente el plazo del contrato y sus prórrogas si las hubiere. Esta garantía se hará efectiva cuando el concesionario incumpla alguna de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión o cuando tuviere lugar alguna de las causales determinadas por la Ley. **CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR:** La

prestación del servicio por el concesionario es a cuenta y riesgo de la misma. Cuando la interrupción del servicio ocurriere por caso fortuito o fuerza mayor, deberá ser notificado a la Dirección General de Transporte Terrestre, dentro de los TRES días hábiles siguientes al acontecimiento, a fin de que se emitan las providencias necesarias según el art. 85 del Reglamento General de Transporte Terrestre según el

caso, tomando en consideración la aplicación del art. 100 de la misma normativa; en todo caso si el servicio no pudiere ser restablecido dentro del periodo prudencial y debidamente razonado por la Dirección General de Transporte Terrestre, previo el proceso correspondiente, la Ley y el Reglamento aplicable, el concedente procederá con la revocatoria de la concesión según el Art. 96 lit. d) LACAP. Esto con el objeto de evitar la suspensión del servicio el cual debe ser prestado de manera continua para no afectar al usuario. Si se diere la revocatoria de la concesión, el Concedente determinará de manera inmediata, la forma en que se le dará cobertura a las rutas que resultaren no cubiertas, pudiendo dictar las medidas administrativas que estime necesarias para la continuidad o restablecimiento del servicio. **CLAUSULA DECIMA NOVENA: CONDICION RESOLUTIVA ESPECIAL APLICABLE EN CASO DE FINANCIAMIENTOS AL CONCESIONARIO:** En caso que el concesionario solicite financiamiento de cualquier tipo, ante cualquier persona natural o jurídica, y constituya garantía prendaria sobre la unidad de transporte destinada para el cumplimiento del objeto del presente contrato, o en el caso de arrendamiento financiero y que de conformidad a la certificación extendida por el contador del acreedor, respecto de los estados de cuenta de aquí, estuviere en mora en el pago de cualquier obligación a cargo del concesionario, ésta **ACEPTA EXPRESAMENTE** que se le aplicará, sin excepción, la normativa establecida en el ANEXO III denominado "PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO DE FINANCIAMIENTO", el cual es de su conocimiento y forma parte íntegra de este contrato. **CLAUSULA VIGESIMA. CONTROL Y VIGILANCIA.** Corresponde al Viceministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Terrestre en coordinación con la Unidad de Inspectoría del Viceministerio de Transporte, o las entidades que se designen para tal fin: la inspección, control y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones en la explotación del servicio concesionado, así como de la aplicación de la normativa legal, reglamentaria o providencias que emanen del Viceministerio relativas a la prestación de los servicios. El concesionario deberá permitir y posibilitar las tareas de control y de fiscalización que ejerza el concedente, suministrando toda la información requerida por éste y facilitando su acceso a instalaciones, archivos y unidades si fuere necesario. El Cedente podrá designar administradores del presente contrato, las personas que tendrán las responsabilidades a que se refiere el Artículo 82 bis de la LACAP. **CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- DOMICILIO ESPECIAL Y COMPETENCIA JUDICIAL:** a) **CONDICIONES ESPECIALES:** Las partes señalan como domicilio contractual el de esta ciudad, a la competencia de cuyos tribunales se someterá; b) **RELACIÓN CONTRACTUAL:** El presente CONTRATO no genera relación de trabajo entre el personal de conducción, administrativo, profesional y de ninguna otra categoría que se encuentre afectado o vinculado a la prestación del servicio por parte del **CONCEDENTE** y del **CONCESIONARIO**. **CLAUSULA VIGÉSIMA**



SEGUNDA. de conformidad al Acuerdo Ejecutivo 832 de fecha 15 de agosto de 2011, publicado en el Diario Oficial número 152 del Tomo número 392 de fecha 18 de agosto de 2011, emitido por el Estado y Gobierno de El Salvador en el ramo de Hacienda, el concesionario deberá cancelar en concepto de servicios por gastos administrativos para el otorgamiento del contrato de concesión por unidad la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA mediante depósito en la cuenta "Dirección General de Tesorería – Fondo de Actividades Especiales – Subcuenta Venta de Productos y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano".

VIGESIMA TERCERA: NOTIFICACIONES. Todas las notificaciones referentes a la ejecución de este Contrato, serán válidas y tendrán efecto a partir de su recepción solamente cuando sean hechas por escrito a las direcciones que las partes contratantes han señalado, así: El Ministerio en Alameda Manuel Enrique Arzujo, Kilómetro Cinco y Medio, Carretera a Santa Tecla, Plantel La Lechuzca, Frente al Estado Mayor, San Salvador y el concesionario en sus oficinas situadas en Caserío Las Cañas, Cantón Potrero Sula, casa sin número, Municipio de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango. Tanto El Ministerio como El concesionario podemos cambiar nuestra dirección, quedando obligados a notificarlo en un plazo no mayor de cinco (5) días calendario posterior a dicho cambio; mientras tanto el domicilio señalado o el último notificado, será válido para los efectos legales. Así nos expresamos los comparecientes, quienes enterados y conscientes de los términos y efectos legales del presente Contrato por convenir así a los intereses de nuestros representados, ratificamos su contenido y lo firmamos. De común acuerdo se suscribe el presente contrato, en la ciudad de San Salvador a los trece días del mes de julio del año dos mil doce.



GERSON MARTÍNEZ
MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS,
TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y
DESARROLLO URBANO
"EL MINISTERIO"

EL CONCESIONARIO



En la ciudad de San Salvador, a las _____ horas con _____ minutos del día _____ de _____ del año dos mil doce. Ante Mí, BLANCA ESTER AMAYA ALEGRIA, Notario, de este domicilio, COMPARECEN: MANUEL ORLANDO QUINTEROS AGUILAR, conocido por GERSON MARTINEZ, de cincuenta y siete

Blanco
NOTARIO

años de edad, Empleado, del domicilio de Santa Tecla, Departamento de La Libertad, a quien conozco e identifico por medio de su Documento Único de Identidad número cero dos millones doscientos setenta y un mil seiscientos nueve-uno, actuando en nombre y representación del Estado y Gobierno de El Salvador, en el Ramo de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, en su calidad de **MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO**, personería que doy fe de ser legítima y suficiente por haber tenido a la vista: el Acuerdo Número Uno de fecha uno de junio de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial Número noventa y nueve, Tomo trescientos ochenta y tres de fecha uno de junio de dos mil nueve, mediante el cual el Señor Presidente de la República, don Carlos Mauricio Funes Cartagena, en uso de sus facultades constitucionales concedidas por el artículo ciento sesenta y dos de la Constitución de la República de El Salvador y de conformidad al artículo veintiocho del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, acordó nombrar Ministros, entre los cuales aparece que el compareciente fue nombrado en el cargo de **MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE, Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO**, institución que en lo sucesivo se denominará **"EL MINISTERIO"** o **"EL CONCEDENTE"**; y el señor de _____ años de edad, comerciante en pequeño, del domicilio _____, Departamento de _____ a quien no conozco pero identifico portador del Documento Único de Identidad número _____ y Tarjeta de Identificación Tributaria número _____

en adelante se denominará **"EL CONCESIONARIO"**, Y ME DICEN: Que con el objeto de darle valor de instrumento público me presentan el Contrato que antecede suscrito este mismo día; ii) Que reconocen como propias las firmas puestas al pie del mismo en el orden y carácter con que comparecen, el cual se registrará por las siguientes declaraciones y cláusulas: *******CLAUSULA PRIMERA: DOCUMENTOS CONTRACTUALES:** Forman parte integrante del presente CONTRATO los siguientes documentos: a) Resolución de Adjudicación número 069/2012 de fecha 15 de junio de 2012; b) Bases de Licitación Pública número 09/2012 aprobadas mediante nota número MOP-UACI0174/2012 de fecha 8 de febrero de 2012; c) Adendas y Aclaraciones si las hubiere; d) Plan General Operativo; Anexo I: Plan Técnico - Operativo y su Apéndice 1, Anexo II: Características de las Unidades Autorizadas con sus respectivos apéndices 1 y 2, estos dos últimos suscritos y autorizados por el Director General de Transporte Terrestre y Anexo III: Procedimiento a seguir en relación a los derechos de concesión cuando se haya solicitado un financiamiento de cualquier tipo, constituyendo garantía prendaria sobre una o más unidades autorizadas para la prestación del servicio concesionado o que se haya constituido un arrendamiento financiero, e) La oferta técnica económica; f) la orden de inicio; g) Todos aquellos

documentos que sean derivados del presente contrato; y h) Resolución Razonada de Recurso de Revisión de fecha diecisiete de octubre de dos mil once. Estos documentos forman parte integral del contrato y lo plasmado en ellos es de estricto cumplimiento para las partes. El presente contrato prevalecerá en caso de discrepancia, entre los documentos antes mencionados. **CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESION:** El concedente otorga al concesionario la administración y explotación del servicio público denominado "CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO PUBLICO DE PASAJEROS EN DIFERENTES RUTAS DEL PAIS", de carácter **INTERURBANO** con la obligación de cumplir con la normativa que contribuye al ordenamiento en materia de Transporte Terrestre, a fin de que el servicio público sea prestado por cuenta y riesgo del concesionario, quien garantiza el estricto cumplimiento del servicio con observancia de la universalidad, seguridad, calidad, continuidad, regularidad, generalidad y libertad de competencia de la prestación del servicio público, en igualdad de condiciones de conformidad a los documentos contractuales. Por tratarse de la prestación de servicio público para satisfacer necesidades e intereses generales de la población y bajo la vigilancia y control del concedente, se establecen en el presente contrato, las regulaciones y obligaciones especiales que como consecuencia del presente, recaen sobre el Concesionario y que más adelante se relacionan. **CLAUSULA TERCERA: ASIGNACION DE RUTA Y LINEA:** Para la consecución del objeto del presente CONTRATO de concesión para la prestación del servicio de transporte colectivo público de pasajeros, el **CONCEDENTE**, autoriza al **CONCESIONARIO**, el derecho de explotación de **UNA** línea en la ruta identificada con el código **AB** cuyo recorrido se encuentra establecido en el numeral 3 de la Parte IV de las Bases de Licitación, cuyo horario, frecuencia y demás aspectos técnicos, se determinan en el Anexo I de este CONTRATO. **CLAUSULA CUARTA: PLAN TÉCNICO - OPERATIVO:** Constituye el sistema mediante el cual el concesionario se obliga a operar la línea dentro de la ruta autorizada para suplir la demanda de la población usuaria del servicio, por tanto determina: la capacidad técnica, el itinerario, recorrido, frecuencia y horario de cada ruta. Así mismo establece las paradas autorizadas, puntos de retorno y terminales. Este plan podrá ser modificado en cualquier momento por el **CONCEDENTE**, previa las consideraciones técnicas emanadas de la Dirección General de Transporte Terrestre mediante la correspondiente resolución y cuando así se requiera por la necesidad de preservar la funcionalidad y operatividad del Servicio de Transporte Público Colectivo de Pasajeros. Para dar cumplimiento al Plan Técnico Operativo, el concesionario podrá agruparse u organizarse con otros concesionarios autorizados para la explotación del servicio público dentro de la misma ruta, bajo los sistemas de operación legal que deberá hacer del conocimiento del concedente por escrito. **CLAUSULA QUINTA: CANTIDAD DE UNIDADES AUTORIZADAS:** Para la prestación del servicio público

Blanca



concesionario por medio de este instrumento, el concesionario ha sometido a aprobación del **CONCEDENTE, UNA (1)** línea con la que el concesionario prestará dicho servicio, cuya acreditación y titularidad se ha establecido mediante los documentos correspondientes, en el cual se describen, entre otros, las características básicas de la unidad, la cual deberá ser utilizada exclusivamente para la prestación del servicio público colectivo de pasajeros en la ruta autorizada. **CLAUSULA SEXTA: PLAZO:** El presente CONTRATO de Concesión tendrá una vigencia de **DIEZ AÑOS** calendario, contados a partir del día de la fecha de suscripción del presente contrato; el plazo contractual podrá prorrogarse de conformidad con el artículo 83, 83-A, 83-B y 92 Inc. 2 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. **CLAUSULA SEPTIMA- TARIFA APLICABLE:** La retribución de concesionario por la prestación del servicio estará a cargo de los usuarios a través del pago de la tarifa autorizada. En la prestación del servicio público concesionado, el concesionario se sujetará a las tarifas autorizadas por la autoridad competente, de acuerdo a la normativa legal vigente, debiendo acatar cualquier modificación que se disponga a través de la entidad correspondiente en los sistemas de percepción tarifaria tendientes a lograr una mayor eficiencia en beneficio del usuario y del sector en general, lo que se realizará a través de los respectivos procedimientos legales. **CLAUSULA OCTAVA SUBSIDIOS:** La aplicación de subsidios a la prestación del servicio de transporte colectivo público de pasajeros, se sujetará a lo establecido en las Leyes, Decretos o normas que para tal efecto fueren emitidas y tuvieran vigencia dentro del período que dure el contrato de concesión otorgado para la explotación del servicio. **CLAUSULA NOVENA- DERECHOS DEL CONCESIONARIO:** El **CONCESIONARIO** tendrá los siguientes derechos: 1) Agruparse operativamente para la ejecución del presente contrato o fusionarse con otras personas naturales o jurídicas, con arreglo al ordenamiento legal para el mismo fin; 2) Solicitar al Viceministerio de Transporte a través de la Dirección General de Transporte Terrestre, las modificaciones de la concesión en los términos y requisitos de operación que en alguna manera alteren horarios, itinerarios, orígenes, destinos, capacidades, tipos o clases de servicio, rutas y denominaciones, previo estudio técnico y cuando la Ley así lo permita. 3) A la gratuidad cuando la Ley no estipule lo contrario, celeridad, oportunidad y transparencia de los trámites relacionados con las modificaciones a los términos y estipulaciones de la concesión otorgada por medio del presente instrumento; 4) Cobrar y recibir, de los usuarios, la tarifa establecida legalmente para la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros; 5) Denunciar, ante el concedente, las violaciones a los derechos derivados de la concesión objeto del presente contrato; 6) Contratar libremente el personal operativo y administrativo para la prestación del servicio público concesionado por medio de este instrumento; y 7) En caso de fallecimiento del concesionario, sus herederos podrán presentar al Viceministerio de Transporte la solicitud para que se les concesione el

servicio público de transporte colectivo de pasajeros, en cuyo caso, el concedente, previa resolución razonada, resolverá la modificación del contrato conforme la ley, tomando en cuenta las medidas administrativas y legales que garanticen la no interrupción del servicio público. **CLÁUSULA DECIMA.- OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:** el CONCESIONARIO se obliga a: 1) Cumplir con los términos y estipulaciones establecidas en el presente contrato y sus anexos, así como cumplir la normativa jurídica vigente y sus plazos; 2) Cumplir con los requerimientos expresos señalados en el Art. 136 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: a) Ejecutar el servicio público con estricta sujeción a las características establecidas en el presente contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, b) Prestar el servicio público en forma continua y universal, sujetándose a las tarifas aprobadas; c) Cuidar del buen funcionamiento y mantenimiento del servicio público y de cubrir la demanda del mismo, sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la institución; y, d) Indemnizar por cualquier daño ocasionado a los usuarios por negligencia impericia o mala fe debidamente comprobadas. Todo sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley. 3) Cumplir con los requerimientos expresos señalados en el Art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en este contrato de concesión, evitando las causales que originen molestias, inconvenientes o peligro a los usuarios, salvo que la alteración del servicio obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación; b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de las facultades de supervisión, vigilancia y control del concedente; c) Indemnizar los daños que causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo de la obra o servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables al Estado o a la Municipalidad; y, d) Velar por el cumplimiento exacto de las normas y reglamentos sobre el uso y conservación del servicio concedido. 4) Respetar y cumplir el régimen tarifario legalmente establecido; 5) Presentar a la autoridad competente y dentro del plazo que le fueren requeridos, los estudios referentes a la operación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros, de rentabilidad o cualquier otro que la autoridad respectiva considere pertinente; 6) Prestar el servicio de transporte público colectivo de pasajeros en la ruta autorizada, cumpliendo en forma irrestricta los horarios, itinerarios, recorridos, flota, frecuencia, paradas de buses, uso de terminales y demás especificaciones definidas en el Plan General Operativo anexo a este CONTRATO; 7) Exhibir permanentemente el valor de la tarifa vigente, en un lugar visible dentro de cada una de las unidades autorizadas para operar el servicio en la ruta asignada, de tal manera que los usuarios puedan conocerla; 8) Cumplir con el plan técnico - operativo establecido para la ruta, ya sea que ésta haya sido concesionada a una sola persona natural o jurídica, y/o que existan

Bla... [Signature]



diversos concesionarios dentro de la misma ruta; 9) Contar con dos puntos de despacho o terminales como mínimo, uno al principio y otro al final de los recorridos definidos para cada ruta, con el objeto de llevar el control de frecuencias y recorrido de la unidad, según lo establecido en el Anexo I, sin menoscabo de proveerse de los sistemas de control que le requiera el Concedente, con el fin de regular la frecuencia y recorrido de la unidad autorizada; 10) Comportarse con el usuario y terceros en forma respetuosa y con el debido decoro; 11) Respetar el origen y destino del recorrido certificado en la ruta por autoridad competente y la unidad autorizada según los Anexos I y II. 12) Cumplir con las decisiones y lineamientos operativos que emita el CONCEDENTE, con miras a la reformulación e integración de la red de transporte, mediante el establecimiento de nuevos recorridos, cambios de códigos de ruta, agrupamientos de rutas, supresiones y/o modificaciones de los existentes y cualquier otra medida necesaria para la eficiencia en la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros. 13) Cumplir con las obligaciones asumidas con relación a la unidad autorizada, y el acatamiento de las directrices y decisiones del CONCEDENTE, con relación a la cantidad y condiciones básicas mínimas (físicas y mecánicas) de las mismas; 14) Presentar declaración jurada a la autoridad competente, cuando se modifiquen las características básicas de la unidad del transporte público, entendiéndose éstas, el número de motor y otros para su autorización, e inscribir dichos cambios en el Registro Público de Vehículos, de conformidad a la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 15) Permitir las tareas de vigilancia, control, y fiscalización que ejerza el CONCEDENTE, suministrando toda la información requerida por éste y facilitando su acceso a instalaciones y archivos; 16) Velar que los conductores asignados a la prestación de los servicios, cuenten con la licencia vigente correspondiente al tipo de unidad y la autorización para conducir vehículos del transporte público colectivo de pasajeros; 17) Llevar un registro de los conductores de las unidades que prestan el servicio de transporte público colectivo de pasajeros, con los datos que permitan su identificación y ubicación; 18) Si fuere requerido por el concedente, presentar posteriormente a la firma del CONTRATO de concesión la unidad autorizada y comprendida en el mismo para la inspección de las condiciones básicas mínimas (Físicas y Mecánicas), características (Números de Chasis Vin, Chasis grabado, Número de Motor, etc.); por unidad de transporte según su tipo y clase de servicio. 19) Presentar el vehículo para inspección cuando fuere requerido por el Administrador del Contrato mientras este se encuentre vigente; 20) Dar cumplimiento específicamente a lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento en armonía con la Ley de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial y sus respectivos Reglamentos, así como de toda normativa legal aplicable y vigente. **CLAUSULA DECIMA PRIMERA - PROHIBICIONES PARA EL CONCESIONARIO:** Al CONCESIONARIO se le prohíbe realizar cualquiera de las actividades siguientes:

1) Ceder a cualquier título los derechos derivados de esta concesión; 2) Transferir, a cualquier título, los permisos de operación o de línea, que se hayan otorgado con base en esta concesión; 3) Utilizar para la prestación del servicio concesionado, unidades que no cuenten con la previa autorización del Concedente; 4) Participar o promover, directa o indirectamente, desórdenes en la vía pública; 5) Interrumpir el servicio concesionado, en violación a la legislación vigente; 6) Incurrir en forma reiterada en las infracciones contempladas en el Artículo Ciento Diecinueve-G de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. 7) El cometimiento de las infracciones graves a que se refiere el Art. 147 Bis de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública aplicables a esta concesión y consistentes en las siguientes: a) La no iniciación de los servicios en un plazo superior a seis meses contados a partir del día de la aprobación de la concesión, b) La suspensión injustificada por parte del concesionario del servicio por un plazo superior a seis meses; c) Si de la ejecución del servicio a cargo del concesionario se derivaren perturbaciones graves y no reparables por otros medios en el servicio público, imputables al concesionario; d) No permitir a los usuarios el libre uso del servicio público, cuando sea utilizado para los fines establecidos en el presente contrato; e) Suministrar un servicio de inferior condición o calidad del concesionario; f) Producir una destrucción parcial del servicio, de modo que se haga inviables su utilización en un período de tiempo; y g) Todas las contempladas en el ordenamiento jurídico vigente.

CLAUSULA DECIMA SEGUNDA.- DERECHOS DEL CONCEDENTE: EL CONCEDENTE tendrá los siguientes derechos: 1) Modificar los anexos del contrato respecto de su Plan General Operativo de forma oficiosa en satisfacción a la demanda de la población: los recorridos, frecuencias, horarios, capacidad técnica y en general el Plan General Operativo de la ruta a través de resolución de procedencia emitida por la Dirección General de Transporte Terrestre y debidamente razonada, quien emitirá los nuevos anexos para ser agregados a su respectivo contrato tomando como base los estudios técnicos y la legislación vigente, cuando así se necesite para asegurar la eficiencia en la prestación del servicio de transporte público colectivo de pasajeros, modificaciones que deberá notificar al concesionario por escrito, con quince días de anticipación a la entrada en vigor de las mismas. 2) Dar por terminado el presente contrato, en forma total o parcial por el incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas y obligaciones. 3) Aplicar y/o Conocer de los procesos sancionatorios administrativos, establecidos según la normativa correspondiente.

CLAUSULA DECIMA TERCERA.- OBLIGACIONES DEL CONCEDENTE: El CONCEDENTE en este mismo acto se obliga a lo siguiente: 1) Evitar actividades de competencia desleal dentro de los términos y estipulaciones del presente contrato y proteger de las mismas al concesionario 2) Efectuar en forma oportuna y eficiente los estudios técnicos relacionados con la modificación de las condiciones de la presente concesión; 3) Atender en forma gratuita (cuando la Ley no indique lo contrario),

H. Blanes



céiere y oportuna las solicitudes presentadas por los concesionarios; 4) Inspeccionar, controlar y vigilar el cumplimiento por parte del Concesionario de sus obligaciones en la prestación del servicio concesionado; 5) Aplicar la normativa legal, reglamentaria y demás providencias legales emitidas por las autoridades competentes, relativas a la prestación de los servicios, así como la de los aspectos vinculados al control y fiscalización de los mismos; 6) Supervisar la prestación del servicio concesionado por medio del personal que designe, quien tendrá las facultades de inspección y control. 7) Velar por la observancia de los principios de continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los Servicios Públicos de Transporte de pasajeros a precios justos y razonables, asegurar la protección del medio ambiente y la seguridad, y a la vez brindar la información y el asesoramiento que resulten de utilidad para los usuarios del sistema. 8) Previa estudio técnico por parte del Viceministerio de Transporte y cuando la Ley así lo permita, se podrán realizar modificaciones del contrato que correspondan. En el evento que el Viceministerio de Transporte aprobare el reajuste de la cantidad de unidades autorizadas a favor de la concesionaria para la prestación del servicio, previa resolución razonada resolverá conforme la Ley, a fin de que posteriormente se sigan los procesos legales establecidos para la asignación de las nuevas concesiones, tomando en cuenta las medidas administrativas y legales que garanticen la no interrupción del servicio público. **CLAUSULA DECIMA CUARTA.- INTERVENCIÓN DEL SERVICIO CONCESIONADO:** En caso de incumplimiento del presente contrato que derive en perturbación del servicio público, el concedente intervendrá el servicio concesionado según la regulación del artículo 146 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. **CLAUSULA DECIMA QUINTA.- CESACION Y EXTINCION DEL CONTRATO DE CONCESION:** De acuerdo al Art. 92 de la LACAP, el presente contrato cesará en sus efectos por la expiración del plazo pactado para su ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades de los mismos y podrá extinguirse en sus efectos de conformidad a lo establecido en el artículo 93 de la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública: i) La caducidad Art. 94 LACAP; ii) Por mutuo acuerdo de las partes contratantes Art. 95 LACAP; iii) Por revocación Art. 96 LACAP; iv) Por rescate Art. 98 LACAP, y v) Por las demás causas que se determinen contractualmente las cuales a continuación se detallan: a) Cuando se compruebe falsedad de los datos o de la información suministrada en virtud de la suscripción del presente contrato que tengan carácter de declaración jurada, y/o que hubiesen sido determinantes para resolver su otorgamiento; b) Si se declara la quiebra del CONCESIONARIO; c) Si no se hubiere dado cumplimiento a las obligaciones o plazos fijados en el presente contrato o en la normativa general, referentes a la garantía de cumplimiento de contrato, características básicas mínimas (físicas y mecánicas) de la unidad vehicular, así como el incumplimiento reiterado del plan técnico - operativo comprendidas en el Anexo I del presente contrato; d) Cuando tuviese lugar la efectiva interrupción del



[Handwritten signature]



servicio público referido a la misma, como consecuencia de un paro patronal o de cualquier otra medida de acción directa emanada de quien detente la prestación del servicio; e) Cuando se haya trabado embargo sobre las unidades autorizadas para la prestación del servicio concesionado, o en caso de incumplimiento del contrato de arrendamiento financiero; f) No modificar oportunamente en la unidad concesionada el Código de la ruta cuando el concedente así lo determine; y g) Cuando viole el ordenamiento legal vigente, siempre y cuando se haya comprobado tal violación mediante la respectiva imposición de sanciones o el respectivo juicio según sea la naturaleza de la trasgresión cometida y que ésta afecte directa o indirectamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato a cargo del concesionario. h) Cuando incumpla cualesquiera de las obligaciones pactadas en presente contrato alterando el ordenamiento legal y la calidad del servicio prestado al usuario. Todo lo anterior siempre y cuando no concorra caso fortuito. En caso de terminación del presente contrato, por ser un servicio público que debe prestarse de manera regular, universal y continua, el Concedente determinará de manera inmediata, la forma en que se le dará cobertura a las rutas que resultaren no cubiertas, pudiendo dictar las medidas administrativas que estime necesarias para la continuidad o restablecimiento del servicio.

CLAUSULA DECIMA SEXTA.- TERMINACIÓN VOLUNTARIA DEL CONTRATO: De conformidad a lo dispuesto en el artículo noventa y cinco de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, las partes podrán acordar de manera mutua y voluntaria, la extinción de las obligaciones contractuales de conformidad a lo dispuesto en la ley respectiva. **CLAUSULA DECIMA SEPTIMA.-**

GARANTIA: Para asegurar el cumplimiento del presente CONTRATO, el CONCESIONARIO deberá otorgar a favor del Estado y Gobierno de El Salvador en el ramo de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano y presentar en la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, garantía de cumplimiento de contrato para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato por un monto de UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$1,890.00) por cada unidad autorizada en el presente contrato. La vigencia de esta garantía excederá en sesenta días calendario al vencimiento del plazo del contrato y de sus prórrogas si las hubiere. El concesionario deberá presentar la garantía de cumplimiento de contrato, dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la firma del presente contrato y deberá ser acreditada su vigencia antes de su vencimiento cada año durante el tiempo que se encuentre vigente el plazo del contrato y sus prórrogas si las hubiere. Esta garantía se hará efectiva cuando el concesionario incumpla alguna de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión o cuando tuviere lugar alguna de las causales determinadas por la Ley. **CLAUSULA DECIMA OCTAVA.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR:** La

prestación del servicio por al concesionario es a cuenta y riesgo de la misma. Cuando la interrupción del

servicio ocurriere por caso fortuito o fuerza mayor, deberá ser notificado a la Dirección General de Transporte Terrestre, dentro de los TRES días hábiles siguientes al acontecimiento, a fin de que se emitan las providencias necesarias según el art. 85 del Reglamento General de Transporte Terrestre según el caso, tomando en consideración la aplicación del art. 100 de la misma normativa; en todo caso si el servicio no pudiere ser restablecido dentro del periodo prudencial y debidamente razonado por la Dirección General de Transporte Terrestre, previo el proceso correspondiente, la Ley y el Reglamento aplicable, el concedente procederá con la revocatoria de la concesión según el Art. 96 lit. d) LACAP. Esto con el objeto de evitar la suspensión del servicio el cual debe ser prestado de manera continua para no afectar al usuario. Si se diere la revocatoria de la concesión, el Concedente determinará de manera inmediata, la forma en que se le dará cobertura a las rutas que resultaren no cubiertas, pudiendo dictar las medidas administrativas que estime necesarias para la continuidad o restablecimiento del servicio. **CLÁUSULA DECIMA NOVENA: CONDICION RESOLUTIVA ESPECIAL APLICABLE EN CASO DE FINANCIAMIENTOS AL CONCESIONARIO:** En caso que el concesionario solicite financiamiento de cualquier tipo, ante cualquier persona natural o jurídica, y constituya garantía prendaria sobre la unidad de transporte destinada para el cumplimiento del objeto del presente contrato, o en el caso de arrendamiento financiero y que de conformidad a la certificación extendida por el contador del acreedor, respecto de los estados de cuenta de aquí, estuviere en mora en el pago de cualquier obligación a cargo del concesionario, ésta **ACEPTA EXPRESAMENTE** que se le aplicará, sin excepción, la normativa establecida en el ANEXO III denominado 'PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CASO DE FINANCIAMIENTO', el cual es de su conocimiento y forma parte íntegra de este contrato. **CLÁUSULA VIGESIMA. CONTROL Y VIGILANCIA.** Corresponde al Viceministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Terrestre en coordinación con la Unidad de Inspectoría del Viceministerio de Transporte, o las entidades que se designen para tal fin: la inspección, control y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones en la explotación del servicio concesionado, así como de la aplicación de la normativa legal, reglamentaria o providencias que emanen del Viceministerio relativas a la prestación de los servicios. El concesionario deberá permitir y posibilitar las tareas de control y de fiscalización que ejerza el concedente, suministrando toda la información requerida por éste y facilitando su acceso a instalaciones, archivos y unidades si fuere necesario. El Cedente podrá designar administradores del presente contrato, las personas que tendrán las responsabilidades a que se refiere el Artículo 82 bis de la LACAP. **CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA.- DOMICILIO ESPECIAL Y COMPETENCIA JUDICIAL:** a) **CONDICIONES ESPECIALES:** Las partes señalan como domicilio contractual el de esta ciudad, a la competencia de cuyos tribunales se someten; b) **RELACIÓN**

CONTRACTUAL: El presente CONTRATO no genera relación de trabajo entre el personal de conducción, administrativo, profesional y de ninguna otra categoría que se encuentre afectado o vinculado a la prestación del servicio por parte del **CONCEDENTE** y del **CONCESIONARIO**. **CLAUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.** - de conformidad al Acuerdo Ejecutivo 832 de fecha 15 de agosto de 2011, publicado en el Diario Oficial número 152 del Tomo número 362 de fecha 18 de agosto de 2011, emitido por el Estado y Gobierno de El Salvador en el ramo de Hacienda, el concesionario deberá cancelar en concepto de servicios por gastos administrativos para el otorgamiento del contrato de concesión por unidad la cantidad de **DOSCIENTOS CINCUENTA DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA** mediante depósito en la cuenta "Dirección General de Tesorería - Fondo de Actividades Especiales - Subcuenta Venta de Productos y Servicios del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano".

VIGESIMA TERCERA: NOTIFICACIONES. Todas las notificaciones referentes a la ejecución de este Contrato, serán válidas y tendrán efecto a partir de su recepción solamente cuando sean hechas por escrito a las direcciones que las partes contratantes han señalado, así: El Ministerio en Alameda Manuel Enrique Araujo, Kilómetro Cinco y Medio, Carretera a Santa Tecla, Pínel La Lechuza, Frente al Estado Mayor, San Salvador y el concesionario en sus oficinas situadas en Caserío Las Cañas, Cantón Potrero Sula, casa sin número, Municipio de Nueva Concepción, Departamento de Chalatenango. Tanto El Ministerio como El concesionario podemos cambiar nuestra dirección, quedando obligados a notificarlo en un plazo no mayor de cinco (5) días calendario posterior a dicho cambio; mientras tanto el domicilio señalado o el último notificado, será válido para los efectos legales. Yo la suscrita Notario Doy Fe de ser **AUTENTICAS** las firmas que aparecen al calce del referido documento por haber sido puestas por los comparecientes a mi presencia. Así se expresaron los comparecientes, en los caracteres indicados, a quienes expliqué los efectos legales de esta acta notarial que consta de seis hojas y leída que se la hubo íntegramente en un solo acto, sin interrupción manifiestan su conformidad, ratifican su contenido y firmamos. **DOY FE.**

