

068794



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

T-UES
342.06
C746C

JOSE ANTONIO CALDERON MARTINEZ

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

NOVIEMBRE 1974



DEDICO ESTA TESIS:

A MIS PADRES: JOSE ANTONIO MARTINEZ TORRES y
CONCEPCION CALDERON.

A MI ESPOSA: VILMA RUBIO DE CALDERON.

A MI HIJA: VILMA RAQUEL.

A MIS HERMANOS: MARIA ELENA,
JOSEFINA,
ORLANDO y demás familia.

+++++

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Carlos Alfaro Castillo

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Manuel Atilio Hasbún.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

Dr. Luis Domínguez Parada

SECRETARIO:

Dr. Pedro Francisco Vanegas Cabañas

TRIBUNALES QUE PRACTICARON EXAMENES GENERALES PRIVADOSMaterias Procesales y Leyes Administrativas

Presidente: Dr. Carlos Ferrufino
Primer Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio
Segundo Vocal: Dr. Roberto López Munguía

Materias Civiles, Penales y Mercantiles

Presidente: Dr. José Ernesto Criollo
Primer Vocal: Dr. Manuel Arrieta Gallegos
Segundo Vocal: Dr. Oscar Lacayo Rosales

Ciencias Sociales, Constitución y Legislación Laboral

Presidente: Dr. Ronoldy Valencia Uribe
Primer Vocal: Dr. Salvador Martínez Lovo
Segundo Vocal: Dr. Luis Nelson Segovia

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS

Presidente: Dr. Jorge Alberto Gómez Arias

Primer Vocal: Dr. Carlos Rodolfo Meyer

Segundo Vocal: Dr. Jacinto Humberto Coto Alfaro

ASESOR DE TESIS

Dr. Roberto Oliva



I N D I C E

	<u>Pag.</u>
CAPITULO I .- <u>INTRODUCCION.</u>	2
1.- Nociones generales.	
2.- Existencia de los contratos de derecho público.	
3.- Contratos civiles y contratos administrativos. Criterios diferenciadores.	
a) Nociones generales.	
b) Criterio del objeto y del contenido del contrato.	
c) Doctrina y jurisprudencia francesa.	
CAPITULO II.- <u>DEFINICION - ELEMENTOS - CARACTERES.</u>	21
1.- Definición.	
2.- Elementos.	
3.- Caracteres.	
4.- Clases de contratos.	
CAPITULO III.-<u>REQUISITOS.</u>	33
1.- Nociones generales.	
2.- Consentimiento: Vicios del consentimiento.	
3.- Capacidad.	
a) De la Administración.	
b) De los particulares.	
4.- Objeto.	
5.- Causa.	
6.- Forma.	
CAPITULO IV.- <u>PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL.</u>	46
1.- Nociones generales.	
2.- Formación de la voluntad administrativa.	
3.- Elección del cocontratante.	
a) Nociones generales.	
b) Licitación.	
4.- Licitación pública.	
a) Nociones generales.	
b) Terminología: Licitación pública -subasta-concurso.	
c) Principios fundamentales: Oposición o concurrencia - publicidad - igualdad.	
d) Desarrollo de la licitación pública.	
5.- Libre gestión o trato directo.	

CAPITULO V.- EFFECTOS.

- 1.- Nociones generales.
- 2.- Respecto a la Administración Pública.
 - a) Su fundamento.
 - b) Derecho a exigir el cumplimiento de lo convenido.
 - c) Poder de dirección y control.
 - d) Poder de modificar el contrato.
 - e) Poder de interpretación.
- 3.- Respecto al contratante.
 - a) Su fundamento.
 - b) Derecho a exigir el cumplimiento.
 - c) Derecho al precio.
 - d) Derecho a la suspensión.
 - e) Derecho al resarcimiento.
- 4.- Respecto a terceros.

CAPITULO VI.-EXTINCION.

- 1.- Nociones generales.
- 2.- Principales causas de extinción:
 - a) Revocación.
 - b) Nulidad.
 - c) Mutuo consentimiento.
 - d) Rescate.
 - e) Renuncia.
 - f) Rescisión.

* * * * *

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

INTRODUCCION.

He seleccionado el tema "Los Contratos Administrativos", - consciente de la importancia que ellos encierran en el desempeño de la creciente actividad estatal, cual es, el de lograr mediante convenios, la prestación de bienes y servicios personales, que inciden directamente en el cumplimiento de los fines - que le han sido encomendados a la Administración Pública.

En el desarrollo de este trabajo, trataré en primer lugar, sobre la existencia de dichos contratos, las diversas opiniones que se han suscitado al respecto y su diferenciación de los Contratos civiles; a continuación, los aspectos más generales del tema, incluyéndose en un capítulo especial lo relacionado al -- procedimiento contractual, para concluir en un enfoque breve sobre las principales causas de extinción.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPITULO I

- 1) Nociones generales.
- 2) Existencia de los contratos de derecho público.
- 3) Contratos civiles y contratos administrativos.
Criterios diferenciadores.
 - a) Nociones generales.
 - b) Criterio del objeto y del contenido del contrato.
 - c) Doctrina y jurisprudencia francesa.

1- NOCIONES GENERALES.-

La Administración Pública, en el cumplimiento de sus atribuciones, dicta actos administrativos, que son declaraciones unilaterales que producen efectos jurídicos con relación a terceros; por otra parte, celebra convenios, que son los denominados contratos de la Administración; de manera que en este sentido la Administración puede actuar como sujeto en las relaciones jurídicas de derecho privado realizando CONTRATOS CIVILES, cuando los actos celebrados no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y no se altere la satisfacción de las necesidades de la comunidad, debido a que en ellos el Estado no hace uso de los medios que le autoriza su régimen especial. En igual forma, en el ejercicio de sus potestades administrativas puede formalizar los contratos de derecho público, en donde se ubican los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, cuando el objeto o la finalidad que persiguen estén íntimamente relacionados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de modo que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la ejecución de las obligaciones contractuales.

Cabe recordar, que el Estado al actuar como persona de derecho público celebra además, con otros Estados, Tratados o Convenciones Internacionales, que son equivalentes a los contratos de derecho privado.

2- EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PUBLICO.-

La celebración de los contratos entre entidades públicas que convienen en el desarrollo de determinadas funciones o la gestión de ciertos -- servicios públicos no ofrece dificultad alguna.

El problema del contrato de derecho público se presenta al analizar los actos que a simple vista son el resultado de un concurso de dos voluntades, una de las cuales es un ente público y la otra un particular, que generan derechos y obligaciones para ambas partes.

Así, las objeciones que se han formulado para negar la existencia de los contratos de derecho público, se basan: primero, en LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES, por considerarse que siendo el Estado una entidad soberana no se concibe que se vincule contractualmente supeditando el interés público a un interés privado, agregándose que aún cuando existiere igualdad, la relación contractual tendría carácter civil y no administrativo. Con relación a esto, la doctrina italiana sostiene que dicha desigualdad impediría aquella equivalencia jurídica de las voluntades que es condición indispensable para que estas puedan unirse y constituir un único acto jurídico; de ahí que no se admitan otros actos jurídicos bilaterales entre los entes públicos y los administrados, que no sean contratos de mero derecho privado, en el que las partes aparecen situadas en pie de igualdad;

sin embargo, esta misma doctrina admite la realización de contratos entre los entes públicos menores y el Estado aún cuando hubiere desigualdad entre ellos, por lo que se aprecia que esta doctrina no está claramente definida. A esta objeción se ha respondido diciendo que si bien no existe plena igualdad jurídica entre los contratantes, esto no implica la inexistencia de los contratos administrativos, por la circunstancia que la desigualdad a que se alude no radica precisamente en las voluntades de las partes, sino en los intereses que persiguen los contratantes: el cocontratante ¹⁾ persigue la satisfacción de su propio interés, mientras que la Administración Pública persigue la satisfacción del interés público o general. Muy excepcionalmente, el contrato administrativo se realiza para satisfacer el interés privado del ~~co~~contratante, lo que sucede en la concesión del uso del dominio público. Por otra parte, es de considerar que la situación de privilegio o preeminencia de uno de los contratantes, no es sólo patrimonio de la Administración, puesto que este estado de cosas lo encontramos en el derecho estrictamente privado, en los contratos puramente civiles, que en principio se caracterizan por la igualdad de las partes, como sucede en los arrendamientos rústicos y urbanos, con todas las modalidades de privilegio para el arrendatario y en las relaciones laborales con un conjunto de normas de protección para el obrero.

Se trata, pues, de un fenómeno que no se presenta de modo exclusivo en la actividad de la Administración, sino que lo observamos siempre que se ofrece un interés general, o mejor dicho, social, que debe prevalecer sobre el puramente privado y cuyas ramificaciones penetran en lo más característico y genuino del derecho civil.

1) Por "cocontratante" debe entenderse que es el "particular" que contrata con la Administración Pública.

Respecto a la desigualdad de las partes, cabe mencionar la opinión de ciertos autores: Tito Prates de Fonseca, jurista brasileño, puntualizó que lo característico del contrato público hállase en la finalidad de la convención y en la igualdad proporcional, y no cuantitativa, aritmética, de los derechos de las partes. Jurídicamente, escribió Hauriou- no es indispensable que los contratantes se hallen en pie de igualdad. Las situaciones contractuales pueden tender así a la igualdad, pero no le implican necesariamente; el contrato está fundado en el consentimiento, pero - se puede consentir en ser inferior y desigual.

De todo lo expuesto, se puede decir, que es más apropiado hablar de superioridad pactada en lugar de desigualdad de las partes.

Una segunda objeción se basa en LA FALTA DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, por el hecho de que el cocontratante privado se limita simplemente a aceptar las cláusulas o condiciones impuestas, manifestando así la Administración, su preponderancia con respecto a la otra parte. Aceptar tal argumento, significaría una subestimación del valor de la voluntad del administrado en la existencia y formación del contrato y que solamente traería a la memoria aquellas concepciones del pasado, donde el Estado era todo y el individuo, nada, donde la personalidad del hombre hallábase absorvida por el Estado omnipotente, poderoso. Es de considerar que todo contrato sea de derecho privado o público, es siempre un acto voluntario; si no hay voluntad recíproca, no hay contrato; este constituye un principio básico y elemental de derecho.

Ahora bien, la expresión de voluntad de las partes intervinientes,

sucede de dos maneras: éstas elaboran en común el contenido y las particularidades de su convenio, mediante una libre discusión; de otra manera, y en atención al interés público de la Administración, la conjunción de voluntades generalmente se opera adhiriéndose el administrado-cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos. En tales circunstancias, el acuerdo de voluntades se opera por adhesión, es decir, sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado que se limita a aceptarlas. Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, dicha voluntad puede ser -- idóneamente expresada por adhesión, pues este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la Administración Pública. De modo que si el administrado-cocontratante queda vinculado por el contrato es por así haberlo querido, ya que su voluntad no es ajena a la formación del contrato; resultando parte interesada porque aceptó las proposiciones pertinentes.

En el derecho privado también sucede lo mismo, quienes aceptan la -- eficacia de la adhesión para obtener el acuerdo de voluntades.

Sintetizando, la pretendida falta de autonomía de la voluntad no altera en absoluto la existencia de los contratos administrativos.

Una tercera objeción se fundamenta en LA INCOMERCIABILIDAD DEL OBJETO DEL CONTRATO, derivada de lo que en algunas legislaciones se enuncia: que no pueden ser objeto de contrato los bienes que no están en el comercio-1). Nuestra legislación lo pone de manifiesto en el artículo 1335 del Código Civil: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: lo. De las cosas

1) Toda vez que ello implique enajenación.

que no están en el comercio.....". El argumento anterior no ha prosperado debido a que el contenido de dicha regulación concierne exclusivamente a los contratos de derecho privado, sin extenderse al derecho público, porque como se sabe, los bienes y servicios propios de la Administración están fuera del comercio de los particulares por estar imposibilitados éstos de ejercer los derechos de dominio y posesión, reservándose el Estado el derecho de disponer de ellos. El artículo 1552 del Código Civil sanciona con nulidad absoluta la contravención a lo dispuesto en el artículo citado.

La doctrina francesa ha opuesto al contenido del contrato administrativo la noción de acto condición, que consiste en aplicar a un individuo determinado una situación jurídica previamente establecida en la Ley o el reglamento; lo cual no puede aceptarse por la razón de que los derechos adquiridos por el particular no pueden ser desconocidos por la Administración, sin existir antes la indemnización correspondiente, por constituir esos contratos "lex inter partes"; en cambio, en el caso del acto condición, los derechos del particular surgen de una reglamentación anterior, que se aplica al caso concreto, con la consiguiente posibilidad -- que tal reglamentación pueda ser modificada, derogada y aún sustituida -- por otra, que muy bien puede ser de mayor o menor beneficio que la anterior, sin existir de parte de la Administración, obligación a indemnización alguna, ya que por el acto condición no se crea ninguna situación jurídica.

La doctrina alemana estuvo fundamentada inicialmente en los actos -

administrativos unilaterales, que para producir sus efectos necesitaban el sometimiento del particular. Fue Otto Mayer el precursor de esta doctrina, quien denominó a esos hechos como "actos administrativos de sumisión", colocando de esa manera, la actividad estatal como el centro de gravedad del concepto. Contra esta consecuencia se creó una nueva categoría jurídica que significó una evidente aproximación a la idea contractual: "el acto administrativo bilateral", sustentada desde 1925 por W. Jellinek. Se sostenía que para la validez del acto administrativo, la cooperación del interesado es tan importante como el mismo obrar del Estado; si falta dicha cooperación, el acto administrativo es nulo.

Esta denominación ha llevado a la reflexión, en tanto que se encuentra en contradicción con la naturaleza del acto administrativo que necesariamente es unilateral, por lo que la doctrina más reciente habla, en su lugar, de los "actos administrativos necesitados de coadyuvante."

La doctrina italiana considera que la cuestión tendría que resolverse en base a los principios de derecho positivo, llegando a concluir que los denominados contratos administrativos son simples actos unilaterales del Estado, como consecuencia de que éste asume la posición de acto principal y por sí mismo operativo de la relación, mientras que el particular tiene la función subordinada de constituir una simple condición de eficacia del primero. Esta posición se ha rechazado en el sentido de que la situación no debe resolverse de acuerdo al derecho positivo, puesto que ello implica someterse al arbitrio legislativo que muchas veces hallase en pugna con los postulados de la ciencia jurídica; sino de acuer

do a la lógica jurídica y a los principios de orden general. Por otra parte se sostiene que la determinación unilateral de las condiciones del contrato no influye en la naturaleza del acto contractual, en el que es siempre necesario contar con el consentimiento de la otra parte que se obliga, cosa que sucede en los contratos de derecho privado llamados de adhesión. De manera que si el Estado, conforme al ordenamiento jurídico no puede unilateralmente obligar a los particulares, es lógico que para obtener una prestación de ellos, tendría que solicitarla.

De todo lo anteriormente expuesto se concluye que no hay razón alguna, desde el punto de vista jurídico objetivo, que se oponga a la existencia de los contratos celebrados entre la Administración Pública y el administrado o particular, situación diferente será lo relativo a la aceptación de esta categoría contractual por una legislación positiva determinada.

La existencia de los contratos administrativos está, pues, supeditada al acuerdo de voluntades creadora de derechos y obligaciones que se producen por la concurrencia de la voluntad del Estado con la del particular; derechos y obligaciones que cesan únicamente por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales.

3- CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- CRITERIOS DIFERENCIADORES.

a) Nociones generales.- Los contratos que celebra la Administración, como ya se dijo anteriormente, pueden ser civiles y administrativos. La distinción de ellos ha originado diversos criterios, entre los cuales, -

Los más discutidos son el criterio del objeto y el del contenido del contrato, que serán tratados oportunamente.

Se ha considerado que, a primera vista, la distinción de estos contratos no ofrecería mayor problema, si se recurriera al hecho de ser el Estado una de las partes contratantes, ya que en este caso dichos contratos estarían investidos de una naturaleza especial, traducida en lo referente a la competencia de la Administración y de sus agentes, que se regula por leyes constitucionales y administrativas y no por la ley civil; y por otra parte en la exigencia de las primeras, de ciertos requisitos y solemnidades peculiares distintos de las leyes civiles y finalmente, - porque las leyes que le son aplicadas a la Administración señalan serias restricciones en cuanto al objeto que puede ser materia de contratación.

Si se analiza detenidamente las circunstancias expresadas, se nota que en el fondo constituyen simples peculiaridades, que no bastan por si solas para impedir que el contrato celebrado quede excluido al régimen contractual del derecho civil.

Lo mismo se observa con todas las personas morales o jurídicas cuyo campo de aplicación está sujeto, en cuanto a capacidad, objeto y representación, a estipulaciones especiales determinadas por las leyes vigentes y por lo que la escritura constitutiva y sus estatutos les señalan.

Se llega así a concluir que no existe incompatibilidad entre la existencia de un contrato de naturaleza civil y la circunstancia de que la capacidad o competencia, el objeto y los requisitos y formalidades se deter

minen por una ley diferente o un acto especial. Lo que verdaderamente interesa para conservar la naturaleza civil del acto es que los efectos que produce, la regulación de los derechos y obligaciones que origine y la interpretación de sus cláusulas queden regulados bajo el imperio del derecho civil.

Resumiendo, se ha llegado a afirmar que no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica del contrato, debe buscarse algún otro elemento que indique de manera efectiva la distinción de los contratos que el Estado celebra. Ante esta expectativa, surgió la noción de que los contratos administrativos únicamente pueden justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil. En efecto, dicha noción se constituyó en un criterio preciso para distinguir las dos categorías de contrato que puede celebrar la Administración: los contratos civiles, sujetos al régimen de derecho civil aplicables a las relaciones privadas y los contratos administrativos sujetos a ese régimen jurídico exorbitante.

Síntesis

b) Criterio del objeto y del contenido del contrato - El régimen jurídico exorbitante encuentra su justificación en el criterio del objeto y del contenido del contrato.

Así, se ha expresado que el contrato es administrativo porque versa sobre un objeto peculiar, el servicio público, y de ahí, el porque de estar regulados por ese régimen especial de derecho público, en donde el -

cocontratante no estaría obligado únicamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con relación a otro particular, sino que debe interpretarse en el sentido que sus obligaciones se extienden a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. La Administración por su parte, estará obligada a indemnizar al cocontratante por los perjuicios provenientes - de la ampliación de esas obligaciones y que no podían preverse al momento de contratar.

* Resulta que es el servicio público lo que legitima y justifica el comportamiento del cocontratante y por ende, del contrato administrativo en el que impera el interés general, contrario a los contratos civiles - en donde impera el interés privado; otros señalan que dicha considera--ción debe ser completada mediante el criterio del régimen especial típico de los contratos administrativos que se manifiesta en la existencia - de las cláusulas exorbitantes que le configuran como distinto del contrato civil y que significa una superación del criterio del servicio público por la razón de que existen contratos administrativos sin haber tenido como objeto la ejecución de un servicio público y por otra parte, en el entendido que no todo contrato relativo al servicio público es un contrato administrativo, pues la Administración puede conseguir esa finalidad mediante un procedimiento de derecho privado; la finalidad del servicio público resulta, entonces, un criterio insuficiente.

Se encuentra una posición intermedia que considera que el criterio del servicio público y de las cláusulas exorbitantes no son contrapuestos entre sí, sino que complementarios, por lo que el contrato surge cuando -

ambos caracteres aparecen conjuntamente, es decir, se está en presencia de dos elementos del contrato. el servicio público, que es el objeto, - y la cláusula exorbitante, que se refiere al régimen jurídico, como consecuencia de que el concepto versa sobre un servicio público.

En tal sentido se ha pronunciado De Laubadere, al analizar la jurisprudencia francesa- "el análisis de la jurisprudencia demuestra que la definición que adopta el contrato administrativo reposa sobre la configuración de dos criterios, el criterio del servicio público y el criterio de la cláusula exorbitante. Para que un contrato concluido por la Administración sea un contrato administrativo es necesario a la vez que se refiera a la organización o funcionamiento de un servicio público y que contenga una o varias cláusulas exorbitantes del Derecho común."

García Oviedo, al referirse al criterio de las cláusulas exorbitantes del derecho común, consideró que dicho criterio es de carácter instrumental y de valoración relativa. Instrumental, porque la cláusula contractual no es, sino un modo de concretar y configurar un determinado aspecto del acuerdo de voluntades de las partes y como consecuencia mientras el contrato esté vigente, ese acuerdo no puede imponerse y si se dá para conceder los privilegios que de las cláusulas derivan, es por la concurrencia de un factor psico-sociológico: la común aceptación de que ese privilegio sirve a un interés administrativo, un interés social prevalente, - unido a un fin administrativo, fundamentalmente obras y servicios públicos. De valoración relativa, porque la aceptabilidad de determinadas - -

1) Citado por Manuel María Díez. Derecho Administrativo. Tomo II.

cláusulas de privilegio, variará a consecuencia de factores sociales, no sólo respecto a la intensidad de esos privilegios, sino incluso, en cuanto a posibles casos de admisión en la esfera de las relaciones entre particulares. De esta consideración concluyó que la concurrencia de cláusulas exorbitantes, será un posible medio de determinación de un contrato celebrado por la Administración, pero que en el fondo no significa que lo caracteriza totalmente, pues la ausencia de tales cláusulas en los contratos celebrados por la Administración, no denota el rechazo absoluto de ellos, ya que para ser considerados como contratos administrativos bastará con la aseguración de que su objeto satisfaga un interés social prevalente público y por ende, la Administración entraña al menos cierta superioridad de posibilidades sobre las del otro contratante.

Es del caso señalar lo expuesto por Garrido Falla al tratar este punto, en el que manifiesta que en el caso de tener que elegir entre los dos criterios señalados se inclinaría por el criterio del objeto del contrato o del servicio público, en el entendido que al hablar de este último debe dársele a esta expresión el sentido más amplio posible, esto es, entendiendo que es contrato administrativo todo aquél en el que el interés público esté, en cierta manera, directamente implicado.

c) Doctrina y jurisprudencia francesa.- Por contener la doctrina y jurisprudencia francesa enunciados de fondo referentes a la diferenciación entre contratos civiles y administrativos, se ha considerado conveniente hacer un breve análisis de ella.

La doctrina francesa señala que la distinción entre los contratos civiles y administrativos es una de las características del principio general del derecho administrativo, según el cual, las colectividades públicas en la realización de sus actividades jurídicas, emplean paralelamente, tanto el procedimiento de la gestión pública como el de la gestión privada.

De modo que la competencia no es la misma para ambos contratos, - pues los contratos administrativos son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y los civiles, de la jurisdicción de los tribunales judiciales, y las reglas de fondo aplicables a los dos tipos de contrato son también diferentes. Las de los contratos de derecho civil son, en principio, las del código civil, mientras que las que rigen los contratos administrativos son reglas de derecho público - derivadas de la jurisprudencia de los tribunales administrativos.

Tal criterio de distinción ha sido criticado por algunos autores, así, Garrido Falla ¹⁾ manifiesta que "Para que los contratos administrativos constituyan una verdadera categoría jurídica sustantiva no basta con afirmar una determinada competencia jurisdiccional: habría que admitir al mismo tiempo que ella no es sino la mera consecuencia de una diferencia de naturaleza." Por su parte, Fernández de Velasco, ²⁾ expresa que "La jurisdicción no afecta a la esencia de los contratos ni muda su naturaleza- es observación lógica y hasta baladí. Y esto es cier

1) Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II.

2) Recaredo Fernández de Velasco. Los Contratos Administrativos.

to no sólo cuando la competencia jurisdiccional se da por atribución de la ley, sino cuando deriva de una cláusula contractual que somete las posibles incidencias a conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa."

En cuanto a que las reglas de aplicación son diferentes para las dos clases de contrato, se ha observado, sin embargo, que en el derecho civil se han desarrollado muchos principios que son en realidad principios generales del derecho que los desarrolló el civil por ser de una formación más antigua, y estos principios son también aplicables a los contratos administrativos, ya que constituyen los elementos de una teoría general de los contratos, y no habrá razón para excluir su aplicación al campo de los contratos administrativos.

En Francia la primitiva distinción entre los contratos civiles y los administrativos que celebra la Administración, se sustentó en la diferencia de los actos de autoridad y los actos de gestión. En el acto de autoridad, la Administración obra como titular del poder público y de ahí que se trate de un verdadero sujeto de derecho público sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa; en los actos de gestión, se despoja de su imperio y actúa con el mismo título que los sujetos privados, en igualdad de condiciones con ellos quedando sometida al derecho y a la jurisdicción ordinaria.

Admitía, al mismo tiempo, que todos los contratos concluidos por las personas públicas eran actos de gestión y dado que la Administración no actuaba como autoridad, estaban sometidos al derecho privado y a la

competencia judicial, exceptuándose aquellos contratos en los que por virtud de la ley atribuía el conocimiento en lo contencioso a la jurisdicción administrativa. Esta teoría fue aceptada en ese país en el siglo XIX hasta principios del siglo XX y desechada posteriormente.

De la jurisprudencia contenida en la serie de resoluciones que dictó el Consejo de Estado francés, nació la doctrina que caracterizaba a los contratos administrativos como aquellos que se realizaban con el objeto de la organización o del funcionamiento de los servicios públicos.

En este sentido, y conforme a la jurisprudencia francesa, se distinguen dos periodos: el anterior al año de 1956 y el posterior a esa fecha, en el que se dictó el arret "Epoux Bertin" el 20 de Abril de 1956,

En el primer período lo que caracterizaba un contrato administrativo era la existencia de dos condiciones esenciales: que tuviera por objeto la organización y funcionamiento de un servicio público y la presencia de una cláusula exorbitante del derecho civil. De manera, que la primera condición debe estar presente para que la segunda pueda aparecer y como consecuencia, la utilización del procedimiento exorbitante del derecho común, únicamente se justificaba si tenía por finalidad alcanzar un servicio público; entendiéndose que en ausencia de cualquiera de las dos condiciones, el contrato era de derecho común. Dentro de este mismo período cabe reconocer que en un principio la condición del servicio público aparecía como predominante y suficiente para caracterizar el contrato administrativo; más adelante se agregó en pie de igualdad, la condición de la cláusula exorbitante del derecho privado, que posteriormente resul

tó ser la más importante, al grado de preguntarse- si la condición de servicio público no está en vías de ser absorbida por la de la cláusula exorbitante.

Estas cláusulas consisten en el otorgamiento de prerrogativas a la Administración, como las que le otorgan la facultad de terminar unilateralmente el contrato en el momento que lo crea conveniente, de controlar excepcionalmente la ejecución del contrato, o bien el contratante respecto a terceros, como el derecho de cobrarse tasas por la prestación del servicio, o que le otorgan el privilegio de la exclusividad.

Asimismo son cláusulas exorbitantes, aquellas estipulaciones que no serían legales en los contratos de derecho privado por ser contrarios al principio de igualdad de las partes, que es la base de éstos.

Resumiendo, se dice que surge el contrato administrativo cuando la Administración se reserva ciertos privilegios, o los concede al particular contratante y que no pueden ser pactados en los contratos de los particulares por ser contrarios al principio de igualdad de las partes, o de que el contrato es ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento.

El segundo período tuvo su inicio con la resolución del Consejo de Estado francés, plasmada en el arret "Epoux Bertin" (esposos Bertin) -- del 20 de Abril de 1956, que significaba un retorno al criterio inicial del servicio público; el supuesto de dicha resolución se refería al contrato verbal que el matrimonio Bertin había celebrado con el jefe de un

centro de repatriación de refugiados soviéticos, por el que aquellos - se obligaban a suministrar alimentos a los refugiados por el precio de treinta francos por hombre-día, posteriormente se convino en el aumento de la ración con el consiguiente aumento de precio que no se canceló, lo cual dio origen a dicha resolución.

El contenido de la resolución se sintetiza en el pasaje siguiente:
1) "...que el citado contrato tiene por objeto confiar a los interesados - la ejecución misma del servicio público..., que esta circunstancia es - suficiente por sí sola para imprimir al contrato de que se trata el carácter de un contrato administrativo..., sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común."

A partir de esta resolución llegó a concluir que el criterio jurisprudencial diferenciador de los contratos civiles y administrativos era de carácter alternativo, en el que se aceptaba como primer criterio el de las cláusulas exorbitantes.

Aplicando el criterio anterior se resolvió que el contrato se consideraba administrativo:

a) Siempre que tuviere inserta alguna cláusula que no se encontrase en los contratos concluidos entre particulares, hace presumir que - la Administración entendía recurrir al procedimiento de derecho público.

1) Manuel María Díez. Derecho Administrativo. Tomo II.

Por el contrario, el contrato civil es aquél que no contiene sino cláu
sulas análogas a aquellas que se encuentran habitualmente en los contra
tos privados.

b) En ausencia de cláusulas exorbitantes, la jurisprudencia decide que existen contratos administrativos desde que éstos comportan una par
ticipación directa del cocontratante en la gestión misma del servicio, vale decir, que es el propio objeto del contrato lo que lo hace adminis
trativo; objeto que es por sí mismo exorbitante, es decir, no conocido en los contratos entre particulares.

Esta solución jurisprudencial ha sido criticada en el sentido de - que si aceptare como elemento diferenciador de esos contratos la noción de servicio público, haciendo caso omiso de las cláusulas exorbitantes del derecho común, habría que desestimar los casos de gestión privada de los servicios públicos, lo que no puede aceptarse.

Si se analiza la contratación administrativa en nuestro medio a la luz de las leyes aplicables, se nota la influencia del carácter del servicio público y de la cláusula exorbitante, lo cual queda evidenciado - al interpretar el artículo 149 de la Constitución Política: "En toda -- concesión que otorgue el Estado para el establecimiento de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de servicio público, deberá estipularse como condición esencial, que después de transcurrido cier
to tiempo, no mayor de 50 años, tales obras pasarán por ministerio de - Ley, en perfectas condiciones de servicio, al dominio del Estado, sin in
dennización alguna." Nótese que la señalada condición esencial, se consi
dera como una auténtica cláusula exorbitante.

CAPITULO II- DEFINICION - ELEMENTOS - CARACTERES.

- 1.- Definición.
- 2.- Elementos.
- 3.- Caracteres.
- 4.- Clases de contratos. Conceptos.

1.- DEFINICION.

Recordando, el Estado en el cumplimiento de sus finalidades públicas, puede como persona de derecho público, contratar con otro Estado o con cualquier otra persona de derecho público o privado; en tal caso, - surgen los denominados Tratados o Convenciones Internacionales, cuyo estudio corresponde al derecho internacional público y los contratos de derecho público.

A este género pertenece el contrato administrativo y que el trata-
1)
dita Rafael Bielsa, define como "el que la Administración Pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene - por objeto una prestación de utilidad pública."

2.- ELEMENTOS.

De la definición anterior se concluye que los elementos característicos esenciales que deben concurrir en el contrato administrativo son:

1) Rafael Bielsa. Derecho Administrativo. Tomo II.

1º) Dos sujetos de derecho, por lo menos, uno de ellos ha de ser la Administración Pública, obrando en su carácter de persona de derecho público y no como ente patrimonial o privado, caso en el cual el contrato tendría carácter civil, y

2º) El objeto del contrato que estará constituido siempre por una prestación de utilidad pública, es decir, un servicio público y no de aprovechamiento privado.

Como elementos no esenciales o secundarios pueden mencionarse, las condiciones establecidas por la Administración como acto unilateral de imperio; la aceptación voluntaria del particular, de donde procede el carácter bilateral del acto.

3.- CARACTERES.

Los contratos administrativos se caracterizan por la exigencia de formalidades especiales que deben cumplirse para su realización, que en nuestro medio se encuentran determinadas por leyes especiales aplicables a los contratos administrativos, en los que predomina la voluntad de la Administración, lo cual permite a las entidades consignar en los pliegos de condiciones un conjunto de cláusulas realmente inadmisibles en la contratación civil y que a la otra parte únicamente le queda la posibilidad de rechazar o de adherirse a las condiciones fijadas de antemano, lo que demuestra que son verdaderos contratos de adhesión.

La situación preponderante de la Administración no está determinada solamente por el derecho de fijar, de modo unilateral, la Ley del Con

trato. Existe un conjunto de preceptos legales que establecen diversas situaciones de excepción para las entidades públicas con respecto a -- los particulares con quienes contrata, siendo algunos de ellos:

1) El carácter unilateral de las fianzas que garantizan los contratos, las cuales benefician exclusivamente a la Administración. Artículos 29 Ley de Suministros, ¹⁾ 19 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

2) La facultad de suspender la licitación, prorrogar el plazo de la misma y aún negar la adjudicación cuando a juicio del Proveedor General, del Proveedor Específico o del Comité de Adjudicaciones en su caso, así convenga a los bien entendidos intereses del Estado. Artículos 16 Ley de Suministros, 14 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

3) El privilegio unilateral de la imposición de multas y en algunos casos, el reclamo de daños y perjuicios al suministrante por el simple retardo en el cumplimiento de su obligación. Artículos 18 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas, 7 del Reglamento de la Ley de Suministros, ¹⁾ 139 Ley de Presupuesto General.

4) Inembargabilidad de los bienes del Estado.

5) El derecho de modificar unilateralmente los contratos.

En cuanto a su ejecución, la Administración Pública se reserva facultades para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de la otra

1) Al mencionar -Ley de Suministros o Reglamento de la Ley de Suministros, debe entenderse que se refiere a la Ley de Suministros y al Reglamento de la Ley de Suministros de la Proveduría General de la República.

parte contratante y aún más, de modificar unilateralmente las condiciones del contrato cuando lo exijan imperiosos motivos determinados por el interés público.

Las características mencionadas se fundamentan en el principio de la continuidad del servicio público y constituyen una excepción al principio clásico del derecho civil de que los contratos son ley para las partes.

4.- CLASES DE CONTRATOS.

En vista de que en el desarrollo de este trabajo se hará referencia a los principales contratos administrativos para ejemplificar determinadas situaciones, se ha considerado necesario expresar el concepto de ellos.

a) Contrato de Suministros.- No existe acuerdo entre los autores al expresar el significado de este contrato; sin embargo, en sus exposiciones se nota ciertos caracteres comunes de donde se puede llegar a precisar un concepto del contrato de suministros, diciendo que es aquél por el cual la Administración Pública, mediante el pago de un precio, se provee de cosas muebles necesarias para el servicio público, mediante entregas de una sola vez o en períodos sucesivos a cuenta y riesgo del contratista.

En doctrina se ha expresado que tal contrato se configura únicamente cuando la entrega de la cosa se realiza en períodos sucesivos, porque si se efectúa de una sola vez, exista una simple compraventa regida - - - por el derecho civil. Esta apreciación no desnaturaliza el contrato de -

suministros por el hecho de que la entrega de la cosa se realice de una sola vez, más bien se trata de una simple apreciación de tiempo en cuanto a esas entregas; lo importante estriba en las normas singulares que lo regulan, es decir, normas administrativas, que es precisamente lo que hace diferenciarlo de la compraventa privada.

La prestación del interés público que constituye su objeto, así como el régimen público de su formalización y cumplimiento, es lo que da a este contrato su carácter de público.

Nuestra legislación considera el suministro como la "provisión de mercaderías que se necesitan para el servicio de la Administración Pública." Artículo 1 Ley de Suministros.

El contrato de suministros puede comprender no sólo el suministro de cosas sino también el suministro de servicios.

Partiendo de la noción al principio expresada, se considera como elementos esenciales que lo caracterizan: que el suministro o provisión debe ser de cosas muebles o servicios, se realiza a cuenta y riesgo del suministrado; la entrega puede ser de una sola vez o en períodos sucesivos; y por último, la remuneración por parte de la Administración debe hacerse en dinero.

1)

b) Contrato de obra pública.- "Puede definirse como el contrato que la Administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio."

1) Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II.

Nótese que tal definición encierra solamente la posibilidad de que el contratista sea una empresa, por lo que se considera más completa -
1)
la que lo define diciendo: "Que es aquél por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra vale decir, el Estado."

Esta noción corresponde a la idea general del contrato de obra pública, pues en ciertas ocasiones, no siempre el contrato conlleva la ejecución de una obra, como sería el caso de que se contrate la preparación de un proyecto, planos y presupuesto, como medio previo a la construcción posterior de una determinada obra pública.

Pueden señalarse como elementos esenciales: la Administración Pública como parte principal; la otra denominada contratista como ejecutora de la obra, que generalmente es un particular, porque puede ocurrir que un ente público contrate con otro ente de la misma naturaleza la ejecución de una obra pública; el objeto del contrato, como ya se dejó anotado es precisamente la ejecución de tal obra pública; lo que redundará en una compensación al contratista mediante un precio determinado.

Esta figura contractual no debe confundirse con la concesión de obra pública, pues son completamente diferentes; en el contrato de obra pública, la relación contractual se establece entre la Administración y el par

1) Manuel María Díez. Derecho Administrativo. Tomo III.

ricular sin vincular a los administrados a ninguna obligación; mientras que en el contrato concesión de obra pública, el vínculo se establece, además del que une a la Administración, entre el concesionario y los administrados, pues estos últimos pagan el valor de la obra mediante tasas o impuestos determinados. De ahí que pueda decirse que en la concesión de obra pública priva la idea de gestión de un servicio público, o más bien de explotación del servicio; en el contrato de obra pública sobresale el concepto de ejecución de una obra destinada al servicio público con independencia de la explotación continuada de tal servicio.

1)

Para Gastón Jéze, el contrato de obra pública se caracteriza por los siguientes elementos: es administrativo, tiene por objeto la ejecución de una obra inmueble, se remunera en dinero y porque los riesgos son del contratista.

c) Contrato concesión de obra pública. - En virtud de este contrato, la Administración concede a una persona y por cuenta y riesgo de ésta, la construcción de cierta obra pública, ocupando el concesionario el lugar de la Administración concedente respecto a las relaciones jurídicas y económicas con los administrados, lo que se traduce fundamentalmente en la facultad de explotar el servicio a que esa obra está destinada cobrando determinadas sumas de dinero a quienes la utilicen y por el plazo que se señala, debiendo a su término entregar a la Administración concedente las obras y servicios de acuerdo con las bases establecidas.

1) Gastón Jéze. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo III.

El concepto anterior señala por sí mismo la diferencia que existe con el simple contrato de ejecución de obra pública, en el que la Administración no concede nada al contratista, pues las relaciones jurídicas bilaterales son exclusivamente entre la Administración y el particular y de ninguna manera, entre éste último y los administrados.

Los elementos fundamentales que integran la concesión de obra pública son: la construcción de la obra por el concesionario a su cuenta y riesgo y la financiación de la obra misma es a cargo de los usuarios mediante el pago de una suma de dinero. Esto último distingue claramente la concesión de la obra pública con el contrato de obra pública. En el contrato de obra pública la retribución del contratista consiste en un precio que paga la Administración, mientras que en la concesión de obra pública, la retribución del concesionario se realiza, como ya se dijo, por las sumas que pagan los usuarios.

Este sistema no es muy utilizado en los países latinos por predominar el criterio de que las obras públicas deben entregarse al libre uso de la colectividad.

d) Contrato concesión de servicios públicos.- Por medio de este contrato la Administración concede temporalmente a una persona la facultad de explotar un servicio público bajo su vigilancia y control pero por cuenta y riesgo del concesionario, transmitiéndole a éste ciertos poderes jurídicos. Es por ello que puede decirse que la concesión es otorgada por la Administración, es decir, por un ente estatal actuando en función administrativa; el beneficiario puede ser una persona física o jurídica, privada o pública; tiene como objeto conferir a dicha persona

la explotación de un servicio público.

Mediante la concesión, se transfieren al concesionario determinados poderes que son característicos de la Administración Pública y sin los cuales la ejecución del servicio se vería seriamente entorpecida: poder de expropiación, de establecer servidumbres, etc.

La explotación del servicio se efectúa bajo la vigilancia y control de la Administración; esto es así, porque el concesionario actúa en el campo propio de la Administración y ésta debe asegurarse que el concesionario cumpla a cabalidad el servicio público.

Por otra parte, la prestación del servicio debe ser desarrollado por cuenta y riesgo del concesionario.

Finalmente, las concesiones son siempre temporarias, lo que significa que no puede concederse una concesión sin plazo puesto que implicaría que la Administración enajene una parte de su competencia, lo cual no es admisible.

De manera que lo característico de la concesión de servicios públicos es la explotación de un determinado servicio, constituyendo su objeto y no las construcciones que haya demandado para ponerlo en funcionamiento aunque como expresa Jáze sucede frecuentemente que el contrato de concesión de servicio público sea subsiguiente a otro de obra pública. De esto se origina la confusión de la concesión de obra pública con la concesión de servicio público, a tal grado que se estimaba que la primera comprendía la explotación del servicio para la cual estaba destina-

da. Actualmente la pretendida confusión ha sido descartada y se distingue claramente ambas concesiones debido, principalmente, al desarrollo de la noción de servicio público y por otra parte, de la constatación de que existen algunas concesiones de servicios públicos que no necesitan de obra alguna, como sucede por ejemplo en la concesión para servicio de transporte de pasajeros en autobús.

Conviene precisar ^a la diferenciación entre el contrato de obra pública, ^b la concesión de obra pública ^c y la concesión de servicio público.

En el contrato de obra pública, el contratista simplemente ejecuta la obra encomendada y recibe el precio; ^b en la concesión de obra pública, el concesionario construye una obra y luego, durante un tiempo, tiene a su cargo la percepción de los derechos por su utilización; finalmente en ^c la concesión de servicio público, el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando sea necesario la construcción de una obra para ello, ésta es solamente un aspecto secundario de la concesión del servicio público. De ahí que la concesión de obra pública existirá cuando el simple uso de la obra sea el elemento esencial y por tanto se requiere únicamente que el concesionario la mantenga en condiciones de ser utilizada; en cambio en la concesión de servicio público, se necesita que el concesionario desarrolle una actividad más compleja, es decir, organizar el servicio como prestación al usuario, por lo que la obra no es más que un medio para poder realizar dicha prestación, lo que sucede en los servicios de ferrocarril.

e) Contrato de empréstito público.- Se ha pretendido vincularlo al contrato común de préstamo o mutuo, en que una de las partes recibe y

Resumen de obra pública y concesión de obra pública y concesión de servicio público

la otra dá cierta cantidad de dinero, con la condición de devolverla - dentro de un plazo estipulado, satisfaciendo una cantidad adicional sobre el valor principal, por concepto de interés. Sin embargo debe observarse que en los empréstitos no siempre se devuelve lo recibido como sucede efectivamente en los empréstitos perpétuos o a fondo perdido, en los que el Estado se obliga solamente a pagar los intereses respectivos cable también la posibilidad de que cuando el empréstito se coloca debajo del valor nominal, el Estado tiene que devolver una suma de dinero mayor que la recibida.

De manera que el contrato de empréstito público tiene su tipicidad administrativa innegable, que se deriva de su prestación de utilidad pública y por ser una o ambas partes sujetos de derecho público; además de otras circunstancias específicas como son la emisión de bonos, las garantías públicas, los sistemas de conversión, amortización, etc. que no se expresa en los contratos comunes de préstamo. Debe agregarse a ello el hecho de que para celebrarse se necesita de la expresa aprobación del órgano legislativo, en tal sentido, debe admitirse que el empréstito más que nada es un acto de soberanía que crea una obligación unilateral de derecho público.

De lo expresado, deben considerarse como elementos constitutivos de tal contrato: los sujetos, los cuales deben ser capaces, entendiendo que la capacidad referida a un sujeto de derecho público se expresa con el término competencia; el objeto, que por regla general se traduce en dinero y la causa, que es el interés público que mueve al Estado a realizarlo.

Puede decirse que el contrato de empréstito público es aquél por el cual las entidades estatales obtienen dinero o medios económicos destinados al cumplimiento de sus fines.

Conviene agregar que al referirse a los contratos de esa naturaleza debe comprenderse solamente a los empréstitos voluntarios y no a los forzosos, pues en éstos no existe la voluntad libre de contratar que -- constituye el presupuesto ineludible de todo contrato.

CAPITULO III- REQUISITOS. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 1.- Nociones generales.
- 2.- Consentimiento: Vicios del consentimiento.
- 3.- Capacidad.
 - a) De la Administración.
 - b) De los particulares.
- 4.- Objeto.
- 5.- Causa.
- 6.- Forma.

1.- NOCIONES GENERALES.-

La relación contractual exige la presencia de ciertos requisitos esenciales sin los cuales no habrá contrato.

El Código Civil en el artículo 1316 determina las circunstancias referidas: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- 1o.) Que sea legalmente capaz;
- 2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4o.) Que tenga una causa lícita. ..."

Este mínimo de requisitos del contrato civil no es suficiente para que pueda considerarse existentes los de carácter administrativo. A ellos habría que agregarse la forma, que es la observancia de aquellos trámites esenciales que establece la legislación administrativa como - garantía de los intereses de la colectividad.

Tomando como base las disposiciones del derecho civil se pueden - considerar como requisitos esenciales del contrato administrativo: 1) consentimiento, 2) capacidad, 3) objeto, 4) causa y 5) forma.

2.- CONSENTIMIENTO.-

Este requisito denota la presencia del elemento subjetivo contractual, constituido por una entidad administrativa (que en nuestro medio puede ser la Administración Pública, un organismo descentralizado, o un municipio) y un particular, ya sea persona natural o jurídica.

La palabra consentimiento viene del Latín "consensus", que significa el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo asunto. El consentimiento constituye la base esencial del contrato, puesto que éste existe cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común. Habrá en consecuencia una declaración de voluntad de la Administración y otra del particular. Siendo que el contrato supone la existencia y coincidencia de dos contratantes, resulta ser - que el consentimiento, más que una condición de validez del contrato, es una condición para su existencia misma.

En lo referente a la Administración Pública, el consentimiento se expresa en una aplicación de procedimiento y de competencia y en cuanto al particular, en la capacidad. Al respecto, ¹⁾ Jéze ha señalado que "para que un contrato celebrado por la Administración sea válido y produz-

1) Gaston Jéze. Principios Generales del Derecho Administrativo. Volumen IV.

ca efectos jurídicos es necesario, en primer lugar, que se haya concluido entre partes capaces y agentes públicos competentes, y, en particular, que la autoridad pública que ha celebrado el contrato tenga competencia legal para concluirlo."

El consentimiento en los contratos civiles se desarrolla en un acto, si bien excepcionalmente, pueden encontrarse separadas las dos manifestaciones de voluntad por un cierto lapso de tiempo, como sucede en los contratos por correspondencia, o simplemente en aquellos que se realizan mediante oferta o póllicitación; mientras que en los contratos administrativos, la cuestión es más compleja, pues la declaración de voluntad de la Administración Pública se lleva a cabo frecuentemente bajo la modalidad de la oferta o póllicitación, que se traduce en una operación descompuesta en un cierto número de fases, de acuerdo a las cuales la conclusión del contrato va siempre precedida de medidas previas que lo condicionan; sin embargo, en otras ocasiones ese acuerdo de voluntades puede celebrarse por discusión o trato directo; y cuando el órgano legislativo mediante una ley formal faculta al poder ejecutivo para celebrar un contrato, como sucede en nuestra legislación en el caso de los empréstitos voluntarios por motivos de urgente necesidad, artículo 47 - numeral 16 de nuestra Constitución Política.

Resulta de suma importancia señalar el momento en que el consentimiento se perfecciona; en el caso de los contratos que requieren una ley previa, conviene aclarar que en ellos no se produce un trato directo entre el órgano legislativo y el administrado cocontratante, es decir, no existe un intercambio directo de voluntades entre el poder legis-

lativo y el administrado, sino que se produce entre el órgano ejecutivo y el administrado, actuando el primero como ejecutor constitucional de la voluntad del poder legislativo. Hecha la aclaración anterior, el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades se realiza, para unos, tal como sucede en nuestra legislación, desde el momento en que se suscribe el contrato respectivo; para otros, desde que se ha manifestado ese acuerdo de voluntades, aún cuando el contrato venga posteriormente, dado el principio general de la libertad formal del acto administrativo.

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Existe un conjunto de circunstancias que pueden alterar las manifestaciones de la voluntad, que se expresan en el consentimiento de las partes, privando de validez al mismo al provocar que se origine una voluntad diferente a la que se tuvo en mente formar y que en realidad hubiera sido la verdadera voluntad del sujeto, constituyendo así, los vicios del consentimiento.

En nuestro medio se producen por las causas que indica el artículo 1322 del Código Civil y que se pueden extender a esta materia: "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo." Debido al sistema y mecanismo que se sigue en la contratación administrativa, en un principio resulta difícil el surgimiento de dichos vicios.

En cuanto al error, éste puede ser de hecho y de derecho, es decir, que puede recaer sobre las circunstancias materiales que juegan en el contrato y sobre las normas que regulan estas relaciones, tanto las expre

vi-
cios
error

samente incluidas en los contratos como todas las demás que a ellas se refieren. Contra la eficacia de alegar el error de derecho, el artículo 1323 del Código Civil dispone: "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento."

Si el contrato fuera *intuitu personae*, el error en la persona del cocontratante es causa determinante de la invalidez. Puede haber también error en el objeto, vale decir, sobre cualidades que han determinado el consentimiento; así como cuando rocae sobre la especie del contrato que se celebra o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. Las situaciones anteriores están contempladas en los artículos 1324 al 1326 del Código Civil.

20 / fuerza
En lo que respecta a la fuerza, nuestra legislación la contempla en el artículo 1327 del Código Civil, pudiendo ser de carácter físico o moral. En los contratos administrativos es muy raro que se dé, aún cuando en algunas ocasiones pueda llegar a reconocerse. Laubádere¹⁾ menciona el caso del Consejo de Estado francés que aceptó la reclamación de una sociedad que pretendía haber aceptado un contrato con el Estado por la coacción de sus obreros.

El artículo 1329 del Código Civil trata lo relativo al dolo, en el que dispone que es necesario que sea obra de alguna de las partes y que por otra parte, aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado; lo cual hace suponer que es difícil que el dolo emane de la Ad-

1) Citado por Manuel María Díez, Derecho Administrativo. Tomo II.

ministración, por lo que habrá que considerarse que deriva del cocontratante.

3.- CAPACIDAD.

Constituye la capacidad el presupuesto includible del consentimiento, la cual, implica actitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Se estudiará no en abstracto, sino referida a la esfera contractual administrativa, es decir, bajo el aspecto que se ha denominado capacidad para obrar.

Debido a la doble caracterización que presenta el sujeto en estos contratos, se hace necesario enfocar de diferente modo a la Administración y a los particulares.

a) Capacidad de la Administración.- Conviene aclarar que la competencia significa en los entes públicos lo que la capacidad, en los particulares.

El funcionamiento orgánico de la Administración obliga a determinar en cada caso cuál de los órganos que constituyen el complejo administrativo posee la idoneidad suficiente para realizar con validez jurídica un contrato determinado; en otras palabras, la Administración debe de actuar por intermedio de un órgano competente, con atribuciones para celebrarlo. Conforme a lo anterior, la capacidad de la Administración tiene que estar fundada en la ley, así lo estima nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 de nuestra Constitución Política: "Todo poder público emana del pueblo. Los funcionarios del Estado son sus

delegados y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley." Por lo que se refiere a las instituciones autónomas, habrá que atenerse a los términos de que su capacidad de obrar haya sido concedida en sus leyes respectivas.

b) Capacidad de los particulares.- El artículo 1317 del Código Civil considera que "Toda persona es legalmente capaz excepto aquellas -- que la ley declara incapaces." De ahí que toda persona capaz en el derecho común, lo es también en materia administrativa; pero en determinados casos, por suficientes razones, se establecen ciertas exclusiones de manera expresa. Además, dentro de ciertos límites, la Administración puede excluir a quienes considera no deseables; por lo que no ha de confundirse la falta de capacidad con las prohibiciones de contratar. Aquella corresponde a personas que por sus especiales circunstancias personales subjetivas no pueden prestar consentimiento, por faltarles el presupuesto necesario de la capacidad. Las prohibiciones son normas imperativas establecidas por el legislador ante determinados supuestos y en atención a situaciones que considera merecedoras de tal limitación; están fundadas, más bien, en razones de moralidad. Las primeras restringen el ejercicio del derecho, las segundas, el goce del mismo.

Entre nosotros, la capacidad del sujeto particular está parcialmente regulada por leyes administrativas que contienen ciertas restricciones, las cuales habrá que tomar en cuenta para determinar su calidad de parte cocontratante. A continuación se citan los artículos pertinentes.

De la Ley de Suministros y Reglamento de la Ley de Suministros:

Artículo 35.-"Se prohíbe contratar principal o subsidiariamente con las siguientes personas:

a)- Los condenados por delito contra la propiedad o por falsarios de cualquier especie;

b)- Los de conducta notoriamente viciada; --

c)- Los deudores fraudulentos en general;

d)- Los deudores insolventes del Fisco;

e)- Los funcionarios y empleados públicos que tengan relación directa con la determinación de las personas a quienes habrá de adjudicarse los suministros o con la determinación de las especificaciones de la mercadería por adquirir; así como sus cónyuges, hijos, padres o hermanos.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, aquellos contratos que deben ser forzosamente hechos con personas determinadas, por razones imperiosas, desde el punto de vista de la conveniencia de la Administración Pública."

Artículo 38.-"Queda facultado el proveedor para excluir de los negocios con la Proveeduría y hasta por el término de dos años, a los que demuestren informalidad o mala fe, ya sea en la celebración, antes o después de celebrarse el respectivo contrato, o que se valgan de medios ilícitos para obtener la adjudicación de suministros a su favor, o que en cualquier otra forma procedan con dolo o negligencia en los referidos negocios,

La exclusión deberá hacerse por resolución razonada, previa audiencia del interesado."

De la Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas:

Artículo 15.- "Se prohíbe la negociación directa o indirecta con las siguientes personas:

- 1o.- Los condenados por delito contra la propiedad y los falsarios;
- 2o.- Los de conducta notoriamente viciada;
- 3o.- Los deudores fraudulentos en general;
- 4o.- Los deudores insolventes con el Fisco;
- 5o.- Los intermediarios de las personas excluidas de los negocios con la Proveduría Específica de Obras Públicas y con la Proveduría General;

6o.- Los funcionarios y empleados públicos de la dependencia interesada y los que intervengan legalmente en la adjudicación del suministro o en la determinación de las especificaciones de la mercadería por adquirir; así como sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

7o.- Las sociedades o empresas en que tengan interés alguno de los funcionarios, empleados y demás personas a que alude el numeral anterior.

8o.- Los suministrantes que tengan reclamos pendientes con la Proveduría Específica u otros Organismos del Estado...

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable cuando desde el punto de vista de la conveniencia de la Administración Pública - sea ineludible contratar con determinadas personas."

De la Ley de Presupuesto General y de Presupuestos especiales de Instituciones Oficiales Autónomas, IV-Disposiciones Generales-:

Artículo 138.- "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley de Suministros, se prohíbe la celebración de contratos para la

adquisición de mercaderías o prestaciones de servicios en casos en que el jefe respectivo sea socio, accionista, administrador, gerente, director o representante legal del suministrante, aún cuando no concorra la formalización del respectivo contrato."

De la Ley del Ramo Municipal:

Artículo 92.-"No podrán celebrar contratos con la Municipalidad, ni con los cesionarios o fiadores de los contratantes: el Gobernador Departamental, los miembros de la Municipalidad, el Secretario y el Tesorero de la Corporación, ni sus ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Todo acto o contrato en que se contravenga a esta disposición, es nulo, y el que la infringiere es responsable de los perjuicios que resulten."

4.- OBJETO ❀

Todo contrato requiere un elemento objetivo sobre el cual pueda recaer la voluntad, tal como lo expresa el artículo 1331 del Código Civil: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración."

En los contratos administrativos esta cosa es la prestación de un servicio público o de una obra pública, es decir, el objeto viene a ser la finalidad perseguida en ellos. Tal noción sería deficiente y restringida, porque la obra pública no es un fin por sí misma, sino un medio para la prestación del servicio público, y por otra parte, dicha formulación omite otras finalidades de carácter contractual, que no constitu

yen una obra ni un servicio público: el empréstito, el suministro. Por lo tanto, quizá resultase más acertado, siempre dentro de aquella orientación, hacer constar que el objeto de estos contratos es el servicio público en su más amplia extensión, es decir, en sí mismo y en los medios de toda clase para desarrollarlo, tal como lo expresa Garrido Falla al hablar del servicio público y que se dejó anotado anteriormente al tratar de los criterios diferenciadores. Como consecuencia de este criterio unitario se le dió otro enfoque a la cuestión, afirmando que determinan dicho objeto todas las finalidades comprendidas dentro de la competencia de la Administración, y que quedará asegurada la validez de un contrato celebrado por un organismo administrativo, en lo que al objeto toca, siempre que dicho organismo sea competente, por razón de la materia, para llevar a cabo la actividad a cuyo desarrollo se encamina al contrato. En cuanto a este último enfoque se aprecia más que todo la competencia y no el objeto en sí.

Para otros, el objeto tiene carácter administrativo cuando el contrato se refiere a una obra, a un suministro o a un servicio de carácter público; noción que también sería incompleta por no incluir a los empréstitos.

El Código Civil enumera en su artículo 1332 y siguientes los requisitos que han de tener las cosas o servicios para poder ser objeto de contrato, y así establece la necesidad de que estén el comercio de los particulares, aunque sean futuras; la necesidad de que sean cosas determinadas, de que sean posibles y que no sean contrarias a la ley o buenas costumbres.

Por tanto, para que una cosa pueda ser objeto de contrato precisará que sea lícita, determinada y real o posible.

5.- CAUSA.-

Esta se encuentra en todas las obligaciones que tienen su fuente en la voluntad del individuo, de tal manera que siempre que una persona se obliga lo hace con vistas a un fin inmediato directo, que la determina a establecer la obligación; este fin es precisamente la causa.

En los contratos administrativos como interviene la Administración y el particular, cada uno de ellos, ha obrado o más bien expresado su voluntad por una causa diferente. La voluntad del particular tendrá una causa lucrativa; mientras que la causa de la Administración será el fin de interés público que debe motivar la actividad de la Administración. El Código Civil en el artículo 1338 inc. 2º. expresa: "Se entiende por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público..."

1)

Fernández de Velasco estima que "para la Administración la causa no existe, o mejor dicho, que se confunde con el objeto del contrato, es decir, que una y otro los constituye la obra o el servicio público" Lo anterior peca de inexacto porque no basta para la validez de un convenio administrativo determinar si su contenido encaja dentro de las finalidades que le están atribuidas al organismo interesado como materia posible de los servicios a su cargo, sino que, precisa que se puntualice si el

1) Recaredo Fernández de Velasco. Los Contratos Administrativos.

objetivo a desarrollar está inspirado en el "interés público." En tal sentido se ha pronunciado Jéze, ²⁾ al denominar a dicho interés "motivos determinantes", agregando que "ningún contrato podrá concluirse si no se tiene en cuenta el interés general."

Resumiendo, todo contrato administrativo supone para la Administración, la necesidad de atender un servicio público en condiciones que satisfaga el interés general. Al contratar lo hace para conseguir ese fin y la prestación de tal servicio es precisamente lo que mueve a contratar. Para el particular, significa una prestación que el Estado le reconoce en compensación por sus servicios, y es eso lo que le induce a contratar.

6.-FORMA.-

Comprende las modalidades o exigencias que han de observarse o cumplirse para darle validez a los contratos administrativos, cuando la ley las requiera. Tales modalidades o exigencias se aplican a la formación de la voluntad administrativa y a la elección del cocontratante; siendo que es esencial para la formación misma del contrato, se ha considerado necesario dedicarle un capítulo especial, que será desarrollado a continuación.

2) Gastón Jéze. Derecho Administrativo. Volumen III.

CAPITULO IV- PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL.

- 1.- Nociones generales.
- 2.- Formación de la voluntad administrativa.
- 3.- Elección del cocontratante.
 - a) Nociones generales.
 - b) Licitación.
- 4.- Licitación pública.
 - a) Nociones generales.
 - b) Terminología: Licitación pública - subasta - - concurso.
 - c) Principios fundamentales: Oposición o concurrencia - publicidad - igualdad.
 - d) Desarrollo de la licitación pública.
- 5.- Libre gestión o trato directo.

1.- NOCIONES GENERALES.

Aquí se enfocarán los aspectos esenciales del procedimiento contractual: la formación de la voluntad administrativa que se realiza mediante un procedimiento interno y la elección del cocontratante que se verifica de diversas maneras, según lo disponga el ordenamiento jurídico aplicable, cuales son, la libre elección o trato directo, licitación privada y pública, acreditándosele a esta última un procedimiento especial el cual se analizará posteriormente.

2.- FORMACION DE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA.

La formación de la voluntad administrativa se lleva a cabo siguiendo determinados procedimientos con un cierto grado de complejidad, que generalmente consisten en medidas previas, o medidas de aprobación y de ratificación posteriores que condicionan la existencia y validez de los

contratos administrativos; es por ello que la voluntad de la Administración es normada, es decir, que está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos indispensables para su formación.

En algunos casos no puede comenzar a formarse la voluntad administrativa sin que exista una autorización previa, como se requiere en los empréstitos voluntarios de la intervención de la Asamblea Legislativa; lo mismo sucede en la concesión de algún servicio público. Artículo 47 numeral 16 de la Constitución Política.

La formación de la voluntad administrativa en los contratos que ocasionan gastos a la autoridad contratante, presupone la existencia de créditos presupuestarios, o sea de créditos que están regularmente a disposición en el presupuesto y que son suficientes para cubrir tales gastos, que se concretan cuando la Administración tiene que pagar un precio por una prestación del cocontratante; modalidad regulada en los artículos 125 de la Constitución Política, 3 Ley de Suministros, 4 inciso último Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas. El cumplimiento de tal modalidad debe expresarse en las cláusulas del contrato. Artículo 28 literal a- Ley de Suministros y artículo 12 literal a- Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas. Se hace notar que la autorización presupuestaria lo es para efectuar un gasto pero no para contratar.

En otras situaciones, los contratos administrativos no pueden ser celebrados por las entidades administrativas sin que el órgano calificado para proceder a su celebración haya sido previamente autorizado. Así tenemos que el artículo 91 de la Ley del Ramo Municipal dispone que para la celebración de un contrato de ejecución de obras, trabajos o servicios

La Municipalidad necesita de la autorización del Ministerio del Interior. En igual sentido, si bien es de reconocer las atribuciones amplias que - contiene la Ley de Constitución de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, sin embargo en el artículo 22 inciso 2o. se establece que para la construcción de cualquier obra o ampliación de las existentes, - cuyo costo estimado por tal Comisión, excediere de doscientos cincuenta mil colones, será necesario la aprobación previa del Poder Ejecutivo.

3.- ELECCION DEL COCONTRATANTE.

a) Nociones generales.- La Administración Pública no siempre puede elegir libremente a su cocontratante. En la actualidad, en los ordenamientos jurídicos, es cosa común que se disponga de ciertos requisitos para que se verifique dicha elección, como se observa en los contratos de suministros, de ejecución de obras o de servicios.

Si la legislación aplicable lo exigiere, la Administración Pública deberá observar y respetar el procedimiento especial establecido para seleccionar a su cocontratante, con lo que se pretende asegurar la eficacia en el cumplimiento del contrato y evitar toda sospecha de inmoralidad en la negociación.

Pueden ser cocontratantes de la Administración Pública, tanto las personas individuales como las personas jurídicas, ya sean nacionales o extranjeros. Artículos 19 inciso 2o. Ley de Suministros, 7 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

Nuestro ordenamiento legal establece, como medios de selección del

cocontratante, la licitación que puede ser pública y privada, asimismo reconoce la contratación directa o libre elección, los que serán relacionados en los apartados siguientes, haciendo un estudio especial de la licitación pública.

b) Licitación.- La licitación consiste en el procedimiento de elección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el precio más conveniente para la Administración Pública.

Las condiciones concretas de la cosa a construir o a entregar, o del trabajo a realizar, como objeto del respectivo contrato, son fijadas de antemano por la Administración en el denominado pliego de condiciones. Respecto a la idoneidad técnica, moral y financiera de los posibles oferentes, se requiere que se encuentre acreditada con anterioridad, por lo que es de suponer que las personas que intervienen en una licitación, por estar inscritas en el correspondiente registro como idóneas para contratar con la Administración, es indicativo que poseen responsabilidad moral, técnica y financiera, pues de lo contrario no se les hubiera admitido. La aplicación de lo anterior se pone de manifiesto en la Ley de Suministros que dispone que se mantendrá un registro de vendedores debidamente calificados; de ahí que todo vendedor con la responsabilidad y capacidad suficientes para contratar con la Proveduría tiene derecho a ser inscrito en dicho registro. Artículo 14 Ley de Suministros. Sin embargo, la exigencia aludida no es tan rígida, pues cabe la posibilidad de que se contrate con personas particulares que no llenen

esos requisitos cuando así lo exijan razones imperiosas desde el punto de vista de la conveniencia de la Administración. Artículo 35 inciso último Ley de Suministros, 15 inciso último Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

La licitación se concreta fundamentalmente a establecer qué persona o entidad ofrece el precio más conveniente para realizar la prestación especificada en el pliego de condiciones; es por eso que se considera el sistema de licitación como automático por cuanto el contrato debe adjudicársele a quien ofreció el mejor precio. En este sentido se ha expresado Garrido Falla:¹⁾ "La subasta (licitación pública) es un procedimiento automático mediante el cual una entidad administrativa elige como contratista al particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo."

Existe la posibilidad de que en algunos casos ese automatismo tenga su excepción cuando la mejor oferta no dependa simplemente del precio sino de otros elementos cuya presencia garantiza los bien entendidos intereses del Estado. Artículo 11 inciso último Ley de Suministros, 25 B Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas. Esto constituye una advertencia al automatismo de la licitación que no puede llegar al absurdo de desvirtuar la propia esencia y razón de ser de la licitación imponiendo a la Administración la obligación de contratar, a sabiendas, en condiciones que no son las más ventajosas para los intereses públicos.

1) Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II.

Pública y Privada

Se reconoce la existencia de dos clases de licitación: la pública y la privada. Si bien ambas constituyen sistemas de que se vale la Administración para seleccionar o elegir a su cocontratante, la diferencia estriba en quienes pueden intervenir. En la licitación pública, el número de oferentes o licitadores no tiene limitación, en el entendido que poseen la responsabilidad y capacidad suficientes. En la licitación privada, únicamente pueden intervenir las personas o entidades invitadas al efecto por la Administración; esta última suele denominarse también licitación restringida y la pública, licitación amplia, como ocurre en Francia.

La procedencia de la licitación privada depende del ordenamiento legal de cada país, pero en general puede decirse que procede no sólo en el caso de un contrato que requiera una especial capacitación o competencia, sino que también cuando el monto del contrato supere determinado límite, o en el caso de que una licitación pública anterior haya resultado desierta (falta de concurrencia) o fracasado por no haberse presentado ofertas admisibles.

Aunque a la licitación privada nuestras leyes no la refieran de manera especial, cabe su posibilidad por ejemplo en el caso de compras de mercadería y contratación de servicios mayores de diez mil colones efectuadas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; en las compras de equipo, materiales y contratos de obra realizados por la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, si su valor excede de veinte mil colones y no pase de cincuenta mil colones. Artículos 98 y 189 respectivamente de la Ley de Presupuesto General, capítulo correspondiente a las dispo

siciones generales de presupuesto de Instituciones Oficiales Autónomas. Adviértese que nuestra legislación usa los términos licitación y concurso como sinónimos.

4.- LICITACION PUBLICA.

a) Nociones generales.-- Por licitación pública debe entenderse el procedimiento de selección del cocontratante de la Administración donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitación, pudiendo presentarse todas aquellas personas o entidades que están en condiciones de poder obligarse con la Administración; de modo que lo característico de tal sistema es la concurrencia de un número ilimitado de oferentes.

Dado que la licitación implica una excepción al principio de libre elección de su cocontratante por parte de la Administración, dicho sistema sólo es posible cuando una norma lo exija, de no ser así, el procedimiento de la licitación no es obligatorio para la celebración de los contratos administrativos. No obstante, aún cuando el derecho vigente no la exija como requisito esencial, la Administración puede recurrir a ella como procedimiento voluntario para elegir a su cocontratante, si el caso lo amerita. Artículo 8 inciso 1o. Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

La licitación pública tiene carácter de obligatoriedad cuando el texto legal lo establezca. En nuestro medio constituye un principio constitucional expresado en el artículo 127: "Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas

obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la Ley.... Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades."

Cuando se requiera de la licitación (o concurso), sin especificar si debe ser pública o privada, debe entenderse que se trata de la licitación pública porque en materia de licitación, la pública constituye el principio general y la privada, su excepción; por otra parte, en vista de que en la licitación pública concurren un número ilimitado de oferentes eso conlleva a la idea de libertad, presupuesto ineludible de un Estado de Derecho.

b) Terminología.- Tanto la doctrina como la legislación emplean como equivalentes los términos "licitación pública", "subasta" y "concurso"; los cuales, si bien contienen como carácter común la concurrencia u oposición entre los interesados en ser adjudicatarios de un contrato, constituyen figuras distintas.

En la licitación pública las ofertas se hacen por escrito, de acuerdo a un procedimiento preestablecido y la adjudicación del contrato no es simultáneo con la mejor oferta, puesto que existe una demora en trámites posteriores. En la subasta, las ofertas se proponen verbalmente en presencia de todos los asistentes al acto y el contrato se concluye simultáneamente con el conocimiento de la mejor oferta, es decir, que opera una adjudicación automática al mejor postor. En la primera se considera la idoneidad técnica, moral y económica del licitador, en la segunda, se prescinde de ello. Es inapropiado entonces, aplicar el vocablo -

subasta como sinónimo de licitación.

Asimismo, el concurso es distinto a la licitación y a la subasta, puesto que el primero consiste en la concurrencia u oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas, en tal sentido, hablar de concurso de precios, no es lo conveniente; aunque generalmente se extiende el significado de concurso al llamamiento público que se hace con el fin de interesar a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio de acuerdo a las condiciones fijadas de antemano. Sin embargo, en el concurso lo que se toman en cuenta principalmente son las condiciones personales del oferente, en cambio en la licitación, el factor personal no es decisivo, pues esencialmente se considera la condición financiera del licitante y las ventajas económicas resultantes que favorezcan a la Administración.

Nuestra legislación considera los términos licitación y concurso como sinónimos, como se aprecia en los artículos: 1 literal c y 14 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas, 32 Ley de Suministros; 129 Ley de Presupuesto General (Disposiciones Generales); 130 literal b y 189 numeral 3 Ley de Presupuesto General (Disposiciones Generales de Presupuestos de Instituciones Oficiales Autónomas).

En otras legislaciones, a la licitación pública la denominan "remate público" como sucede en Italia; o "subasta" o "subasta pública", en España.

Dr. J. C. F. FUNDACION TABARES
c) Principios Fundamentales.- La licitación pública se encuentra

regida por tres principios esenciales, la ausencia de observancia de cualquiera de esos principios desvirtúa los fines que persigue.

Tales principios son: ^{debe la Publicidad} la publicidad del acto, la oposición o concurrencia entre los licitadores y la igualdad entre ellos.

LA PUBLICIDAD encuentra su razón de ser en el "llamado a licitación pública", el cual tiene que ser previamente anunciado con el objeto de promover la concurrencia de licitantes y de situarlos en pie de igualdad. Lógicamente que para darse la publicidad, la Administración necesita efectuar un estudio previo de las necesidades a satisfacer y la manera de atenderlas, asimismo considerará si el contrato que se pretende celebrar sea el más conveniente para obtener su finalidad, con lo cual elaborará el pliego de condiciones al que deben sujetarse los licitantes. Esto constituye el procedimiento interno de la Administración previo a la publicidad.

El objeto de la publicidad radica en conceder a todos los posibles contratistas la oportunidad de participar en el procedimiento licitatorio, lo que se traduce en beneficio de la Administración permitiéndole escoger entre las diferentes ofertas, la que presente las mejores condiciones.

En nuestro medio la publicidad es un requisito indispensable pues conlleva como finalidad que los posibles licitadores conozcan el negocio con suficiente anticipación, para hacer sus ofertas y que tengan la información completa, para lo cual es necesario que los carteles o

avisos de licitación estén redactados de manera clara y precisa.

LA OPOSICION O CONCURRENCIA es el efecto de la publicidad, la cual, como ya se dijo, tiende a conseguir que los interesados en contratar puedan concurrir a la licitación. Este principio no es de alcance ilimitado ya que puede exigirse que los oferentes reúnan determinadas condiciones lo que no significa tratar de excluir a ciertos licitantes, sino que se sometan a tales condiciones; así como también que posean idoneidad técnica, moral y financiera, además de capacidad legal para contratar. Es de suponer que si varios interesados hacen su ofrecimiento, ello permitirá seleccionar al cocontratante que ofrezca condiciones más ventajosas sobre la base de una comparación objetiva, lo que descarta la idea del posible acuerdo entre el licitador y la Administración.

Cabe considerar que si sólo se presentase una oferta y fuere satisfactoria a los intereses de la Administración, no impediría a que se le adjudicara la negociación a la persona que lo presentó, máxime si se trata de contratos de verdadera necesidad urgente y adquisición inaplazable, previa calificación y justificación, proceder que encuentra su razón de ser en el hecho de que todo aquél que hubiere deseado contratar con la Administración tuvo la misma oportunidad de presentarse como oferente y si no lo hizo fue por desinterés; y en el caso de que la Administración no recibiere oferta alguna, la licitación se declara desierta y el contrato se efectúa recurriendo al procedimiento de la contratación directa. Tales supuestos constituyen una excepción al principio de oposición o concurrencia.

LA IGUALDAD surge de la libre concurrencia de todos los oferentes a la licitación que se logra mediante la publicidad, y significa que la Administración no debe conceder ninguna ventaja o privilegio o adoptar alguna medida discriminatoria que implica estimar la desigualdad entre los licitadores.

Este principio puede apreciarse en dos aspectos: las condiciones deben ser las mismas para todos los concurrentes desde el inicio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación, disponiendo de idénticas facilidades y proponiendo sus ofertas sobre bases comunes; en esas circunstancias la Administración no puede excluir a ciertos oferentes por causas no contempladas en la legislación; no puede proclamar adjudicatario a un licitante cuya oferta no cumplió las condiciones requeridas; asimismo no puede dispensar del depósito de garantía exigido al resto de oferentes. El segundo aspecto consiste en preferir al licitador cuya oferta resulte la más ventajosa para la Administración; de modo que no se puede seleccionar entre los licitadores a aquél que hubiere presentado en su oferta el precio más alto, sin que a la vez sea la que convenga a los intereses de la Administración.

En el caso de que dos o más ofertas resulten absolutamente iguales, la adjudicación se resolverá recurriendo al sistema de pujas entre los respectivos oferentes. Artículo 19 inciso 1o. Ley de Suministros. Sin embargo, en igualdad absoluta - deberá darse preferencia, por su orden: el nacional al extranjero cuyo cónyuge sea salvadoreño y el extranjero residente en el país. Inciso 2o. del artículo antes mencionado. Esta última situación podría considerarse como una --

excepción a tal principio, que es aceptada por motivos racionales.

d) Desarrollo de la licitación pública.- El mecanismo de la licitación pública se traduce en diversos momentos o etapas que constituyen su procedimiento, las cuales serán tratadas brevemente en su orden.

1) Pliego de condiciones.- Constituye un documento fundamental tanto en el sistema de licitación pública como privada, por cuanto determina las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y efectos del contrato a celebrarse. Se ha expresado que las cláusulas que contiene son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la Administración y del cocontratante, debiendo cumplirse a cabalidad, por lo que no puede modificarse el pliego posteriormente a la presentación de las ofertas.

El pliego de condiciones es elaborado unilateralmente por la Administración, no interviniendo los particulares, los que tendrán conocimiento de él después de su publicación. Pueden ser analíticos y sintéticos; en los analíticos se determinan estrictamente todas las condiciones del contrato y dejando a los licitantes únicamente la indicación del precio; en los sintéticos, la Administración fija las condiciones básicas y los licitantes pueden proponer las especificaciones de los detalles, juntamente con el precio. Esa dualidad de proceder atiende a las características del objeto licitado. En el sistema analítico se corre el riesgo de que nadie se presente a la licitación o que las propuestas recibidas se aparten del pliego.

En ellos se dan dos clases de disposiciones: las de carácter gene

ral, en donde se determinan los derechos y obligaciones de las partes y las de carácter especial, que son especificaciones de la naturaleza técnica del objeto del contrato.

2) El llamado a licitación.- Es conocido también por cartel o aviso de licitación, determina precisamente la publicidad de la licitación. Es una comunicación o manifiesto dirigido al público que contiene las indicaciones principales acerca del objeto y modalidades del contrato, el cual debe ser redactado en forma clara y precisa a fin de que los interesados tengan la información suficiente y sus ofertas puedan ser comparadas sobre una base de equidad. Este llamamiento varía de una legislación a otra, en algunas de ellas se exige la publicación en los periódicos, principalmente en el órgano oficial y en los casos que se presume existan interesados en el exterior, podrá hacerse publicaciones por intermedio de las respectivas representaciones diplomáticas. Entre nosotros, por lo general, no se exige la publicación por medio de los periódicos ni del diario oficial, sino que debe realizarse mediante la colocación de los carteles en lugares visibles y accesibles al público, o por invitación personal dirigiendo circular a cada uno de los inscritos en la línea o rama de que se trate el objeto del contrato. Artículo 13 Ley de Suministros. No obstante, la Ley del Ramo Municipal exige la publicación de los carteles por tres veces con intervalos de un día, en el diario oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación de la República, cuando el monto de lo contratado excediere de cinco mil colones. Artículo 91 Ley del Ramo Municipal.

3) Presentación de propuestas u ofertas.- Como consecuencia del -

llamado de licitación, las personas interesadas en la contratación, presentan sus ofertas,^{1º} que deben ajustarse estrictamente al pliego de condiciones. La propuesta viene a ser el medio de manifestación del particular de querer contratar con la Administración en las condiciones fijadas de antemano.^{2º} Comúnmente, el oferente sólo indica el precio que ofrece, pudiendo en ocasiones expresar otros pormenores y detalles.

La sola presentación de la oferta produce un doble efecto:^{1º} que sea tomada en cuenta en el procedimiento de selección y^{2º} que se acepte su oferta originándose, el vínculo contractual. El primero puede ser alcanzado por todos los licitantes que reúnan los requisitos; el segundo lo logra únicamente uno de los oferentes, aún cuando cabe la posibilidad de que la selección recaiga en varios oferentes. Artículo 18 Ley de Suministros.

Las propuestas deben ser en secreto, por lo cual se exige el sobre cerrado, para salvaguardar los intereses económicos de la Administración, evitando arreglos entre los licitadores, así como para beneficio de ellos, por cuanto evita que sus ofertas puedan ser conocidas con anterioridad. Puede darse el caso que se prescindiera del secreto y de la forma escrita, lo que sucede, como ya se dijo, cuando las ofertas recibidas resultasen absolutamente iguales, el empate es derimido por el sistema de pujas.

El oferente o licitador tiene dos obligaciones principales:^{1º} mantener su oferta media vez presentada, a la cual no podrá efectuar rectificaciones, modificaciones, ni aumento en los precios; por otra parte, en

otorgar la denominada garantía de oferta, que tiende a cubrir los perjuicios causados a la Administración, cuando no comparezca a formalizar el convenio dentro del plazo señalado. Artículo 25 A, literal a- Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas. Las garantías de ofertas - les son devueltas a los licitadores que no resulten adjudicatarios, en cambio al que resulte favorecido, le es devuelta una vez celebrado el contrato.

4) Apertura de sobres o actas sobre ofertas.- Recibidas las ofertas en sobre cerrado, estos son abiertos el día y hora señalados previamente y en presencia de los interesados que concurren y funcionarios intervinientes, haciendo constar en el acta que se levante, la forma en que cada oferente haya presentado su oferta, sin omitir algún detalle - relacionado con las mismas, pues al momento de la adjudicación solamente se tomarán en cuenta las ofertas que se cifran al cartel y que hayan sido presentadas por personas que tengan la necesaria responsabilidad y capacidad para contratar. Dicha acta una vez leída ante los asistentes, será firmada por los funcionarios intervinientes y por los oferentes -- que deseándolo hacer, se encuentran presentes.

5) Adjudicación.- Consiste en el acto por el cual la Administra--- ción, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide -- cual es la más conveniente y la acepta, quedando con ello simultáneamon te determinado el cocontratante.

Por lo general, el criterio para seleccionar al licitador suele - basarse en el ofrecimiento del precio más bajo, tal solución es el cri

terio más conveniente para no dudar de la moralidad de la Administración; pero puede ocurrir que el precio más bajo ofrecido no sea el que, ni financiera ni técnicamente, está en las mejores condiciones para la realización del contrato. En tales supuestos, es necesario el estudio razonado del órgano administrativo encargado de decidir.

En cuanto a la adjudicación, nuestras leyes dan a la Administración amplitud de criterio para resolverla. Así, podrá negar la adjudicación, cuando a juicio de ella convenga a los bien entendidos intereses del Estado. Esto es claro pues los oferentes no pueden exigir una adjudicación, no tienen derecho a ella y sí, solamente una expectativa fundada. Asimismo, ya analizadas las ofertas parcialmente, podrá adjudicar el contrato entre varios oferentes. Artículos 16 y 18 Ley de Suministros, 14 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

6) Formalización.- En algunas legislaciones la adjudicación implica a su vez la celebración del contrato, restando solamente la notificación posterior al interesado; en otras, como en la nuestra, se necesita de la firma del documento y que en ocasiones cuando convenga a los intereses de la Administración es necesario que se formalice mediante escritura pública. Artículos 33 inciso 2o. Ley de Suministros, 11 inciso 3o. Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas.

5.- LIBRE GESTION O TRATO DIRECTO.

Algunas legislaciones diferencian la libre elección o libre gestión con el trato directo, señalando que si bien ambos sistemas no están supe

ditados a algún procedimiento a seguir, lo primero ocurre cuando la Administración elige directa y discrecionalmente a su cocontratante o sea que tiene total libertad de elección, salvo indudablemente las limitaciones propias a su actividad; en cambio, en la contratación directa, llamada también privada, sólo procede cuando reunidas las condiciones objetivas establecidas, la Administración haya cumplido ciertos requisitos mínimos, como el de solicitar precios a varios interesados.

En nuestra legislación no existe diferencia entre ellas, por lo que es lo mismo hablar de libre gestión o trato directo.

El hecho de que la Administración esté capacitada para contratar directamente, no le obliga a proceder en esa forma y puede efectuar una licitación pública. Artículo 8 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas. También puede realizar otros procedimientos menos formales como el de dirigirse a los posibles interesados para luego formalizar el contrato con el que hubiere ofrecido las condiciones más ventajosas.

En los casos en que procede la contratación directa, la Administración la debe verificar cuando las necesidades la justifiquen verdaderamente; pero para evitar algún posible vicio, tanto en este sistema como en el de la licitación, se ha establecido un sistema de control ejercido por la Corte de Cuentas de la República.

A continuación se transcriben algunas disposiciones que permiten la contratación directa.

De la Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas:

Artículo 8.-"El Proveedor podrá hacer las adquisiciones a que se re-

fiere esta Ley por libre gestión, hasta por veinte mil colones - - - -
(\$20.000.00), sin perjuicio de poder promover competencia si el caso -
lo amerita.

Asimismo no será necesario para el Proveedor promover competencia,
pudiendo hacer las adjudicaciones por libre gestión para los suminis-
tros, cuando se trate:

a) De mercaderías de marcas determinadas por razón del uso exclu-
sivo que de ellas haya de hacerse;

b) De artículos en manos de poseedor único;

c) De artículos de procedencia única, por razón de sus autores o -
fabricantes, o que hayan de ser escogidos en su lugar de origen; y éste
se encontrare distante del asiento de los funcionarios encargados de la
función de provisión;

d) De los de verdadera necesidad urgente y adquisición inaplazable,
calificadas por el Ministerio de Obras Públicas previa justificación de
la Dirección interesada;

e) Cuando se trate de compras que, de conformidad a las leyes, se -
hagan a dependencias de la Administración Pública, instituciones oficia-
les autónomas o a las Municipalidades.

Cuando se trate de ejecución de obras o servicios cuyo monto no ex-
ceda de un mil colones (\$1.000.00), podrá hacer las adjudicaciones el Di
rector correspondiente, por libre gestión."

De la Ley de Presupuesto General, en el apartado correspondiente a
las disposiciones generales de presupuestos de instituciones oficiales -
autónomas, establece, respecto a las compras de la Administración Nacio-

nal de Telecomunicaciones,

Artículo 130.-"Las compras de equipos, materiales y otros bienes --muebles y los contratos de obras deberán efectuarse de la manera siguiente:

a) Por libre gestión, si su valor no excede de ₡ 20.000.00 siguiendo las normas de la Ley de Suministros y su Reglamento....."

De igual manera, del artículo 6 del Reglamento de la Ley de Suministros, se deduce que los jefes de las dependencias del Gobierno Central y de las instituciones y empresas oficiales autónomas, pueden realizar compras de mercaderías directamente, sin hacer competencia, toda vez que el monto de lo convenido no exceda de ₡ 1.000.00.

CAPITULO V- EFFECTOS.

- 1.- Nociones Generales.
- 2.- Respecto a la Administración Pública.
 - a) Su fundamento.
 - b) Derecho a exigir el cumplimiento de lo convenido.
 - c) Poder de dirección y control.
 - d) Poder de modificar el contrato.
 - e) Poder de interpretación.
- 3.- Respecto al cocontratante.
 - a) Su fundamento.
 - b) Derecho a exigir el cumplimiento.
 - c) Derecho al precio.
 - d) Derecho a la suspensión.
 - e) Derecho al resarcimiento.
- 4.- Respecto a terceros.

1.- NOCIONES GENERALES.

Los contratos administrativos, al igual que todo contrato, surten efectos, en especial entre las partes que lo celebran a las cuales obliga principalmente, constituyendo esto su principio fundamental.

Lo esencial en esos contratos es "el acuerdo entre las partes", - por lo que su eficacia en manera alguna se encuentra influenciada por - las prerrogativas especiales de que goza la Administración Pública. Si bien es de aceptar que, a consecuencia de esas prerrogativas pierde firmeza el principio tradicional invocado en el derecho privado de que el contrato constituye la ley inmutable de las partes, ello no obstaculiza que el contrato administrativo en lo fundamental sigue siendo "ley entre las partes".

En tales circunstancias resulta, que los efectos de los contratos administrativos son los derechos y obligaciones que surgen para las partes. El contrato crea para el particular la obligación de realizar una determinada prestación de utilidad pública y para la Administración, la de remunerarlo; o poner a disposición de aquél la cosa pactada, como sucede en la concesión de uso del dominio público.

Estos efectos (derechos y obligaciones) se regulan en un principio por las disposiciones de los propios contratos y de las leyes especiales aplicables y subsidiariamente, por la legislación civil o común; por lo que se puede decir que la aplicación de las reglas del derecho común está limitada no solo por las leyes especiales, sino también, por ciertas circunstancias o prerrogativas que surgen de las características propias de los contratos administrativos; en el entendido que los derechos y prerrogativas de una de las partes, constituyen deberes para la otra, y viceversa.

Sin perjuicio de lo que se dijo inicialmente de que el contrato administrativo obliga principalmente a las partes que lo celebran, Administración Pública y cocontratante, dicho contrato, contrariamente a lo que suele suceder en derecho privado, puede serle opuesto a terceros e invocado por éstos.

La aplicación de esos efectos puede apreciarse respecto a la Administración, al cocontratante y a terceros.

2.- RESPECTO A LA ADMINISTRACION PUBLICA.

a) Su fundamento.- La Administración, al celebrar un contrato, ad-

quiera derechos y prerrogativas y por otra parte, obligaciones. Los derechos de la Administración derivan de lo que constituye el objeto o contenido del contrato. Así, en un contrato de construcción de obra pública, el derecho consiste en exigir la obra misma; en un contrato de suministro, el derecho consiste en exigir la entrega de la cosa convenida. Por el hecho de que la Administración es parte contratante, surgen las prerrogativas a favor de ésta, que se traducen en ciertas facultades o poderes especiales en la ejecución de esos contratos; dichas prerrogativas, para algunos, son de la naturaleza misma del contrato y en tal caso no es necesario estipularlas y para otros, su validez depende de que hayan sido expresamente pactadas.

Los deberes u obligaciones se originan del objeto del contrato, el cual depende a su vez que sea de colaboración o atribución. En los de colaboración, el deber u obligación es el pago de un precio al cocontratante, como sucede en el contrato de suministros; y en los de atribución, la obligación generalmente consistirá en poner alguna cosa a disposición del cocontratante, como sucede en la concesión de uso del dominio público.

b) Derecho a exigir el cumplimiento de lo convenido.- El derecho primario y esencial de la Administración consiste en poder exigirle a su cocontratante el cumplimiento de lo pactado; de tal manera que todas las prerrogativas de que dispone la Administración tienden a lograr que el cocontratante cumpla en forma adecuada su obligación esencial.

En la generalidad de los contratos se fijan los plazos dentro de los cuales deben dárseles cumplimiento, por lo que la Administración no

pueda imponer unilateralmente plazos no convenidos. Si tal estipulación faltare, ello no quiere decir que el cocontratante sea libre y no esté sujeto a ningún plazo, pudiendo atrasar indefinidamente el cumplimiento de lo convenido; en tal situación, y como sucede en nuestro medio, corresponderá al juez de lo común, considerar la duración normal, tomando en cuenta la índole del contrato.

El incumplimiento del contrato conlleva la aplicación de sanciones que se traducen en multas, las cuales son fijadas por órgano o funcionario competente, tomando como base porcentajes previamente establecidos que a su vez dependen de diversas circunstancias: importe total de lo contratado, de que lo convenido sean servicios no personales, que tenga por objeto la construcción y reparación de obras y edificios nacionales y en general de obras públicas o destinadas a contribuir a la realización de servicios públicos. Artículos 7 Ley de Suministros, 18 Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas, este último, en el literal b regula lo concerniente al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que excedan el límite máximo de la multa aplicable.

Cabe considerar que el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del cocontratante puede justificarse por motivo de fuerza mayor y caso fortuito, expresiones que en nuestra legislación tienen el mismo significado. Artículos 43, 1418 y 1422 inciso 2o. del Código Civil, puesto que lo que se considera en este caso es que el acontecimiento que lo provoca es completamente independiente de la persona que lo alega.

c) Poder de dirección y control.- Dado que la Administración tiene

el deber de asegurar la buena marcha de los asuntos públicos, no puede desentenderse respecto a la forma en que su colaborador, a quien mueve solamente un interés de lucro, ejecuta el contrato. La Administración delega en su colaborador la ejecución del servicio público y de la obra pero no se desvincula del servicio, de la obra, ni del suministro.

La manifestación de ese poder de dirección y control, varía según la índole del contrato que se haya celebrado. Así, en la concesión de servicio público ese poder es particularmente amplio; menos riguroso pero constante en los contratos de obras públicas y finalmente, en otro tipo de contrato como el de suministro, el poder de control y de dirección es muy atenuado. Esta prerrogativa, en la concesión de servicio público se manifiesta en la aprobación de las correspondientes tarifas y la vigilancia del mismo, como lo dispone el artículo 142, inciso 2o. de nuestra Constitución Política.

d) Poder de modificar el contrato. - Esta prerrogativa, aún cuando incide en el principio tradicional de inmutabilidad, esto no quiere decir que se origine de la mutabilidad de los mismos, sino que ésta es -- consecuencia del carácter administrativo del contrato ya que la Administración tiene que amoldar su actividad a las exigencias cambiantes del interés público. En derecho privado no se concibe que una sola de las partes introduzca modificaciones en el contrato; en derecho administrativo, por la razón expresada, si se concibe que la Administración modifique el contrato, lo cual pone de manifiesto la superioridad pactada de -- que se habló anteriormente. Por la finalidad que esos contratos persi--

guen, la Administración no puede quedar indefinidamente obligada por contratos que se han convertido en inútiles o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inoperantes; en virtud de lo cual la Administración puede aumentar o reducir las prestaciones que el cocontratante está obligado a cumplir; puede transformar el trabajo o servicio pactado; imponer nuevas prestaciones o diferentes de aquellas que habían convenido; rehusarse a ejecutar ciertas obligaciones que había pactado; poner fin al contrato rescindiéndolo antes de que hubiera sido ejecutado o llegado al término convenido, por ejemplo, en una concesión de servicio público, haciendo uso de rescate; asimismo puede modificar las condiciones de ejecución, proponiendo diversas medidas que impliquen directamente un cambio en las condiciones de ejecución del contrato, como sería el sustituir una técnica por otra tal como sucedió con los concesionarios de alumbrado o gas que, después de haberse comenzado a utilizar la electricidad en la industria, fueron obligados a adoptarla en reemplazo de aquél.

Nótese que la potestad de modificar un contrato administrativo no es ilimitada, por el contrario, tiene sus límites y sus posibles consecuencias; de no ser así, quedaría desvirtuada la noción misma de contrato, que aún en el campo del derecho administrativo sigue siendo "ley entre las partes". En vista de que esta prerrogativa implica la alteración de un contrato del cual han nacido derechos subjetivos para el cocontratante, el sacrificio de esos derechos podrían dar lugar, según el caso, a la indemnización correspondiente o a la rescisión a favor del cocontratante.

e) Poder de interpretación.- Puede suceder que los términos o expresiones empleados en un contrato administrativo no son claros o completos para poder determinar con precisión su contenido y los consiguientes derechos y obligaciones de los contratantes, ante tal situación y si las dudas que podrían surgir no fueran solucionadas por los propios interesados, eso implicaría una controversia, que tendría que ser dirimida y ante tal expectativa se ha reconocido a la Administración, como sucede en la legislación española, el poder de interpretar sus propios contratos, dando el carácter ejecutorio al acto de interpretación, sin perjuicio del derecho del contratista de recurrir, si no estuviere conforme, ante la jurisdicción competente. Para otros y tal como sucede en nuestro medio, la autoridad competente para interpretar un contrato, ya sea civil o administrativo, es el Poder Judicial, no la Administración Pública, -- pues tratándose de una controversia entre partes sobre una cuestión no contemplada expresamente en lo pactado, constituye una materia que es -- competencia funcional de la justicia.

En cuanto a la interpretación de esos contratos debe advertirse que no obstante su carácter de administrativos, su contenido es siempre "ley entre las partes", en el sentido de que constituye y traduce la substancia misma de lo que éstas han dispuesto pactar y que tal carácter de manera alguna podrá desnaturalizar el objeto o contenido del acuerdo, por lo que llega a estimarse que tal acuerdo no podrá desnaturalizarse por vía de interpretación, tien vigencia respecto a todo y cualquier clase de contrato administrativo. Por lo que interpretar un contrato significa aclarar su texto cuando resulte obscuro, pero de ninguna manera sig-

nifica desvirtuar su contenido haciéndoles decir a las partes contratantes algo en que jamás pensaron.

Ahora bien, en cuanto a la manera de interpretar los contratos de esta naturaleza, se ha hecho la distinción según sea de "colaboración" o de "atribución". En los primeros, o sea, los de colaboración (suministro) en donde el administrado contribuye con su actividad a que la Administración cumpla con sus funciones específicas o satisfaga fines públicos propios, la interpretación ha de ser en favor de los intereses públicos que es lo que persigue la Administración; en los segundos, o sea, de atribución, donde la prestación principal está a cargo de la Administración y en los cuales no se tiene en mira la satisfacción directa e inmediata -- del interés público, sino del interés privado del cocontratante (conce-- sión de uso del dominio público), la interpretación debe ser en favor -- del interés privado del cocontratante.

Es del caso agregar que el fundamento para la interpretación de esos contratos se encuentra en primer lugar en el texto mismo de lo convenido y proceptos que lo integren o complementen, por ejemplo el pliego de condiciones, consecuencia de que el contrato administrativo sigue siendo ley entre las partes; en segundo lugar puede recurrirse a la interpretación extratextual, que significa más bien, los antecedentes de dichos contratos; y si aún así persistiere la duda, la interpretación debe hacerse aplicando los principios jurídicos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina.

En nuestro ordenamiento jurídico existe un conjunto de reglas a las

cuales hay que atender para interpretar los contratos, determinadas por el Código Civil en los artículos 1431 y siguientes, sentando en el primero de estos artículos el presupuesto fundamental-que en la interpretación de los contratos debe estarse más a la intención de los contratantes que al sentido literal de las palabras.

3.-RESPECTO AL COCONTRATANTE.

a) Fundamento.- Respecto a la Administración Pública, los derechos del cocontratante se relacionan íntimamente con el carácter del contrato, o sea, si éste es de colaboración o de atribución, sobre lo cual se trató al hablar de los deberes u obligaciones de la Administración.

Además de ello, los derechos del cocontratante pueden observarse - en dos aspectos: lo que el cocontratante puede exigirle a la Administración y lo que el cocontratante tiene derecho a no hacer.

En cuanto al primer aspecto, esos derechos consisten principalmente en que la Administración le haga entrega de lo que contractualmente se obligó, como sería por ejemplo, el pago del precio en un contrato de suministros, la entrega del terreno, materiales, planos, etc. si así se hubiere previsto en un contrato de construcción de obra pública; por otra parte, tendrá derecho a que la Administración le dé el apoyo necesario según la naturaleza del contrato, como sucedería en el caso del contrato concesión de servicio público, proporcionándole los medios de protección indispensables para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio; y en general, todas las prestaciones a que la Admi-

nistración se obligó y de las cuales el cocontratante podría obtener un beneficio.

En cuanto al segundo aspecto, los derechos del particular se resumen en no cumplir el contrato dentro del término fijado (derecho al retardo) o en no ejecutar el contrato (derecho al incumplimiento). Ahora bien, para que el retardo o el incumplimiento justifiquen la actuación del cocontratante y le eximan de responsabilidad, deben ser motivados por fuerza mayor o del hecho de la Administración (culpa de la Administración).

Los mencionados derechos del cocontratante y correlativas obligaciones de la Administración, están propensos de ser ampliados según los supuestos. A manera de ejemplo, ante el atraso en los pagos por parte de la Administración, el cocontratante podría tener derecho a percibir intereses, así como también a no cumplir las obligaciones a su cargo.

b) Derecho a exigir el cumplimiento del contrato.- Siendo que el contrato administrativo constituye ley entre las partes, es de suponer que una parte tenga el derecho de exigir a la otra el cumplimiento de lo que el contrato pone a su cargo, lo cual viene a demostrar la vigencia del principio "pacta sunt servanda" (los contratos deben cumplirse).

Si la Administración Pública no cumple con su obligación, trae como consecuencia que el cocontratante no cumpla, a su vez, con la suya, situación contemplada en el artículo 1423 del Código Civil: "En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte..." De -

igual manera, si la Administración no cumple las obligaciones que el contrato le impone, podrá ser sancionada al pago de daños y perjuicios, cuestión que en nuestro medio es discutido.

La Administración debe de cumplir íntegramente lo convenido, lo que da derecho al contratante a la ejecución de las prestaciones que le han sido encomendadas. En tanto que la Administración no renuncie a realizar la operación, que es el objeto del contrato, su obligación de ejecutarlo aparece a simple vista, por lo que no puede, sin desconocer sus obligaciones, y comprometer su responsabilidad, tratar de rescatar, es decir, tomar a su cargo una parte del contrato, que podría ocurrir por -- ejemplo, en un contrato de obras públicas, en donde la Administración -- podría restar al cocontratante parte de los trabajos que le fueron encomendados, para dárselos a otros cocontratantes o para ejecutar por sí -- misma la obra. No debe olvidarse que la Administración puede, en cier-- tas circunstancias modificar las prestaciones convenidas, pero si esas circunstancias no se presentan, el cocontratante debe ejecutar el con-- trato íntegramente y la Administración no debe oponerse porque de lo -- contrario incurriría en responsabilidad, como sería el caso que en un -- contrato de suministros, la Administración quisiese reducir, sin justa causa, la cantidad de suministros que contrató originalmente.

c) Derecho al precio.- Es evidente que el cocontratante cumple las prestaciones del contrato impulsado por un interés pecuniario, de ahí -- que su derecho consistirá esencialmente en el pago del precio que se le ha prometido al celebrar el contrato; esto es, tiene que percibir su re-- muneración en compensación a lo que él se obligó; y en virtud de su ca--

rácter contractual no puede ser modificado unilateralmente por la Administración. El cocontratante puede tener derecho, además del precio convenido, a las indemnizaciones eventuales que se originan en el curso de la ejecución del contrato.

Dicho precio puede estar representado de distintas maneras; así vemos que en los contratos de suministro y en los de construcción de obra pública, el cocontratante recibirá la cantidad estipulada; en el de empréstito público, el precio lo constituye los intereses devengados por el capital dado en préstamo; en la concesión de servicio público, el -- precio puede ser las subvenciones estatales que se hubieren establecido a su favor. Nótese que en estos casos el precio es abonado directamente por la Administración, pero también puede suceder que en otros casos el precio comprenda además de la cantidad de dinero que deba abonar la Administración, como parte en la relación contractual, la cantidad que entreguen las personas a quienes se extiendan los efectos de los conve---nios, como sería en la concesión del servicio público, donde el conce---sionario tiene derecho a percibir del usuario la contraprestación respectiva, que algunas veces recibe la denominación de precio y en otras, la de tasa, dependiendo ello de la índole del servicio; lo mismo puede decirse de la concesión de obra pública, donde el concesionario tiene -- derecho a percibir de las personas favorecidas, el importe correspon---diente.

Si bien es cierto, como antes se expresó, que el precio no puede -- ser modificado unilateralmente, es frecuente establecer, en los contratos de obras públicas, cláusulas de variación de precios, que pueden --

provenir de una alteración en el costo de los materiales o de la mano de obra, en tal caso los costos respectivos podrán ser objeto de una renegociación de manera que reflejen el aumento real en el costo de los servicios pactados.

En cuanto a la manera de realizarse el pago, rige como principio general que éste debe efectuarse después de realizado el servicio o entregada la cosa, esto obedece a mantener el criterio de que toda actividad estatal debe responder al interés público y siendo que el dinero de que dispone la Administración es del pueblo, la disposición de él debe de efectuarse bajo estricto control; sin embargo, lo anterior no es tan rígido pues en materia contractual administrativa se dan ciertas atenuaciones a dicho principio, pues de lo contrario la Administración no hallaría quien contratara con ella; en virtud de ello, el cocontratante puede recibir el precio mediante pagos parciales, mediante entregas anticipadas y por saldo definitivo al terminar completamente el contrato, correspondiente a trabajos realizados o a cosas entregadas por el cocontratante. El artículo 13 de la Ley de Suministro para el Ramo de Obras Públicas contiene la modalidad del pago anticipado, cuando lo justifique la naturaleza del negocio, quedando por su parte obligado el cocontratante a garantizar el pago anticipado por igual cantidad. En la práctica, especialmente en los contratos de construcción de obras públicas se conviene en que la Administración vaya pagando la obra a medida que se va realizando, lo cual contribuye a facilitar el desenvolvimiento financiero del contratista.

d) Derecho a suspender el cumplimiento del contrato.- En el derecho

privado, en los contratos bilaterales se acepta como principio general que una de las partes no puede exigir el cumplimiento de lo pactado a la otra, mientras ella no hubiere cumplido las obligaciones a su cargo, lo cual tiene sentido pues las obligaciones de las partes son correlativas y sería injusto sostener que una de las partes que incumplió sus obligaciones pueda exigir a la otra que cumpla las suyas. En el derecho romano tal situación fue conocida y se concedía a la persona demandada al cumplimiento de la obligación, la facultad de poder rechazar la demanda por medio de una excepción de dolo, expresada con el nombre de "exceptio non adimpleti contractus". En nuestro derecho privado, la excepción mencionada, aunque con ligeros matices, está plasmada en el artículo 1423 del Código Civil.

Este principio tiene perfecta aplicación en los contratos administrativos, aún en el caso de que el incumplimiento de la Administración se deba a motivos de fuerza mayor. La situación planteada puede observarse con más claridad cuando la Administración no cumple con los pagos convenidos, lo que trae como lógica consecuencia que el cocontratante no pueda cumplir su obligación dentro de los plazos pactados, puesto que tal atraso redundaría directamente en su situación financiera, a la cual se había atenido para considerar que cumpliría sus obligaciones contractuales, debiendo aceptarse que el cocontratante sea liberado de responsabilidad, lo contrario iría contra la razón del derecho, cuya vigencia exige enunciados que, para llevar armonía a las relaciones de los interesados, se hallen influenciadas por principios de "equidad".

Es de advertir que en cuanto a la aplicación de tal principio a los

contratos administrativos, la cuestión no ha tenido plena aceptación. Así, unos tratadistas rechazan absolutamente la aplicación de la "exceptio non adimpleti contractus", cualquiera que sea el incumplimiento de parte de la Administración Pública, aceptando solamente que en caso de darse, pueda el cocontratante pedir judicialmente el resarcimiento de daños y perjuicios; y en caso de falta muy grave, la rescisión del contrato. Otros sostienen que tal enunciado no es aplicable a estos contratos, basándose en la noción de servicio público, ya que de aceptarse tal situación, repercutiría directamente en la continuidad del servicio público, argumentándose, además, que el cocontratante por el hecho de haber tomado a su cargo la satisfacción de una necesidad pública, debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio, no importando si la Administración cumple o no las obligaciones de orden económico.

Si se analiza detenidamente estos razonamientos, veremos que ninguno tiene un fundamento de valor jurídico, sino de apreciaciones personales que en nada se oponen a que el cocontratante no pueda cumplir sus obligaciones, si por su parte la Administración tampoco las cumple.

e) Derecho al resarcimiento.- Tal como se expresó anteriormente, el cocontratante al celebrar el contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que se concreta en la remuneración que se le reconoce en dicho contrato, asegurándose ese beneficio por el compromiso recíproco de ambas partes. De ahí el derecho del cocontratante a que dicho beneficio sea restablecido o que los perjuicios sean atenuados, cuando haya sufrido un daño, ya sea por causas --

imputables o no a la Administración Pública, sobrevinientes o imprevisibles en el momento de contratar. Tal facultad es precisamente lo que se denomina "derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato" o "restablecimiento de la ecuación financiera". El equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato, no es más que la relación establecida por los contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones del mismo, considerados equivalentes; de lo que resulta el calificativo de "ecuación".

Como ocurre en todo contrato, el cocontratante debe soportar por su propio costo y riesgo los perjuicios comunes u ordinarios de toda negociación, no así los perjuicios extraordinarios cuyas consecuencias deben ser resarcidas o atenuadas, por lo que la situación del cocontratante debe considerarse razonablemente a efecto de lograr las ganancias -- que hubiera obtenido si el contrato no hubiera sufrido ninguna modificación.

En cuanto al respeto por parte de la Administración, de mantener ese equilibrio financiero, se considera que tal respeto se origina del contrato mismo, por constituir éste "ley entre las partes", siendo esta la solución que se ha dado en Francia. Para otros, como sucede en Argentina, esa noción constituye un principio constitucional, cuyo contenido a grandes rasgos significa, que a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento.

El equilibrio económico financiero puede ser alterado por tres circunstancias fundamentales:

u) Por causas imputables a la Administración derivadas del incumplimiento de las obligaciones específicas que se derivan del contrato, ya sea por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo modificaciones indispensables o no al contrato. Tal circunstancia denota un supuesto común de responsabilidad contractual del Estado, ya que no responsabilizar al Estado por el incumplimiento de un contrato sería, desde todo punto de vista, ilógico y chocaría con el concepto mismo de derecho. Los derechos y obligaciones que nacen de los contratos deben ser cumplidos y respetados, en caso contrario, operaría la responsabilidad. Como ya se trató, una prerrogativa propia de la Administración lo constituye la facultad de modificar el contrato administrativo, en el entendido que dicha facultad no es ilimitada, sino que tiene sus límites y eventuales consecuencias que se derivan de la circunstancia de que los derechos y obligaciones deben ser respetados puesto que constituyen ley entre las partes, de ahí que los perjuicios que se ocasionan al cocontratante en virtud de las modificaciones introducidas, trae como resultado el derecho a ser indemnizado, con lo que se logra mantener el equilibrio financiero en favor del cocontratante; en caso las modificaciones fueren intolerantes o excedieren los límites autorizados por las normas, el cocontratante bien podría solicitar la rescisión del contrato.

b) La segunda circunstancia viene de los actos imputables al Estado, que en doctrina se denomina "hecho del príncipe" determinante de la llamada "álea administrativa", por oposición al "álea económica", propia -

1) Por álea administrativa debe entenderse el riesgo o albur originados por comportamientos del Estado.

2) Por álea económica, el riesgo o albur determinados por factores eco-

de la llamada teoría de la imprevisión ajena a la voluntad estatal. Esta circunstancia ha sido denominada también teoría del acto de los poderes públicos y consiste en el derecho que tiene el cocontratante a ser íntegramente indemnizado por perjuicios derivados del álea administrativa, es decir, los causados por las medidas dictadas por la autoridad contratante que hacen más difícil y más oneroso la ejecución de un contrato. Para la aplicación de esta teoría es necesario la concurrencia de ciertas condiciones. En primer lugar, el perjuicio sufrido por cocontratante ha de ser cierto y directo, además de imprevisto, ya que, si el contratante hubiese podido preverlo al momento de celebrar el contrato habría tenido en cuenta tal circunstancia para la fijación del precio; por otra parte, el acto debe provenir de la Administración que celebró el contrato, entendiendo esto en un sentido amplio, o sea, tanto de la misma autoridad contratante como de cualquier otro órgano de la Administración Pública.

c) La tercera circunstancia se origina de situaciones externas no imputables al Estado y que inciden en el contrato celebrado, fundamento de la denominada teoría de la imprevisión, o del "riesgo imprevisible", o de "lesión sobreviniente". En general, el origen de esta teoría se remonta al derecho canónico, que siempre ha tratado que exista equidad en las relaciones contractuales y entendía que en todo contrato iba incorporada la cláusula llamada "rebus sec stantibus" que significa que las partes conocen las cláusulas contractuales y como tal, el contrato se efectúa siempre que subsistan las mismas condiciones existentes al mo-

nómicos, pero no imputables a conductas del Estado. El vocablo-álea- vincúlase al concepto alcaeterio.

mento de celebrar el contrato.

En materia contractual administrativa, la teoría de la imprevisión surgió en Francia con la resolución del Consejo de Estado francés, el 24 de marzo de 1916, referente a la ejecución de un servicio público, como consecuencia del reclamo de la Compañía de gas de Bordeaux, concesionaria de distribución de gas de la ciudad, por el aumento del precio del carbón durante la primera guerra mundial; en el que se sostuvo que si bien, en principio, el contrato de concesión regula de una manera definitiva, hasta su expiración, las obligaciones respectivas del concedente y del concesionario que éste debe ejecutar en las condiciones establecidas y su remuneración consiste en las tasas que percibe de los usuarios. La variación del precio de las materias primas, en razón de circunstancias económicas, constituye un álea del contrato que debe ser tenida en cuenta por el concesionario; pero el alza del precio del carbón motivada por la guerra, fue en una proporción tan grande, que influyó en una medida desproporcionada en todos los cálculos que se habían hecho, excediendo los límites extremos que hubieran podido prever las partes. En consecuencia, el contrato se encuentra alterado y la empresa concesionaria tiene el derecho a sostener que no puede asegurar, en las condiciones previstas en su origen, el funcionamiento del servicio, mientras subsista la situación anormal señalada.

Lo característico de la teoría de la imprevisión es la concurrencia de acontecimientos no esperados, independientes de la voluntad del cocontratante, que no hacen imposible la ejecución del contrato mismo, sino que aumentan las cargas del cocontratante, como podría ocurrir en el au-

mento considerable de los precios de la materia prima empleada en la ejecución de una obra pública. Si tales acontecimientos recayeren en un servicio público o en una obra pública, por ejemplo, esto no implica la no ejecución del contrato aunque resulte más gravoso para el cocontratante; de ahí que se justifique su derecho a exigir que la Administración concurra parcialmente a cubrir las pérdidas que el cocontratante hubiere sufrido.

La teoría de la imprevisión suele confundirse con el caso fortuito. La diferencia estriba en que en el caso fortuito existe imposibilidad absoluta de ejecutar las obligaciones, mientras que en la teoría de la imprevisión únicamente existe imposibilidad relativa; el deudor puede cumplir su obligación pero hace un sacrificio económico; por otra parte, el caso fortuito exime de responsabilidad, extingue la obligación y la imprevisión no lleva forzosamente a la extinción de la obligación, ni exime de responsabilidad, sino que en ciertos casos, mediante ella se modifican los contratos.

En cuanto a la aplicación de esta teoría se advierte que no es lo mismo para los contratos administrativos que para los contratos entre particulares. La jurisprudencia francesa, no obstante que la legislación no acepta tal doctrina, no ha temido aplicarla en los contratos administrativos, mientras que en el campo del derecho privado se ha mostrado adversa por regla general. Sin embargo existen muchos autores, especialmente chilenos que divulgan y defienden la aplicación de esta doctrina aún en el derecho privado, recurriendo a textos del derecho civil. Se ha pretendido encontrarla en el artículo 1429 del Código Civil--según

el cual el deudor generalmente responde de los perjuicios previstos y excepcionalmente en caso de dolo, de los imprevistos; asimismo, otros la encuentran en el artículo 1417 que - establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, entendiéndose que el contratante que exige al deudor un sacrificio pecuniario desconsiderado, no está ejecutando su contrato de buena fe; otros la relacionan con los vicios del consentimiento, manifestando que habría un vicio por la razón de que si el deudor hubiera sabido el sacrificio económico que impone el cumplimiento, no habría contratado.

Nuestra legislación la acepta en el caso del artículo 1791 numeral 2 del Código Civil: "Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá acudir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda." Sin embargo, no se acepta en situaciones peculiares, que en los contratos administrativos son indicadoras de tal imprevisión, tal como sería en un contrato de construcción de obra pública el aumento de los jornales o de los materiales, lo cual puede apreciarse en el contenido del numeral primero del artículo antes citado: "El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo..."

En tales circunstancias se comprende que en los contratos civiles opera la teoría de la imprevisión, la cual se ha aplicado a los contra-

tos administrativos cuando expresamente ha sido pactada; pero en este caso nos encontramos frente a un derecho que se origina por convención, no por ley; de donde resulta que no existe en nuestro medio regla general que regule la teoría de la imprevisión.

3.- RESPECTO A TERCEROS.

El principio general del derecho civil que el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes, no se aplica de manera absoluta en el derecho administrativo, pues en algunos casos el contrato administrativo puede ser opuesto a terceros e invocado por éstos. Así, en un contrato concesión de obra pública, el concesionario tiene derecho a exigir a terceros el pago proporcional de la obra; en la concesión de servicios públicos, el concesionario puede adquirir facultades de expropiación y de imponer servidumbres administrativas; por su parte, los terceros pueden exigir que el concesionario preste el servicio correspondiente, según lo convenido.

En principio, el fundamento de los efectos con respecto a terceros se formuló bajo los lineamientos de la teoría "de la estipulación por otro" la que fue desestimada por no encajar dentro de la relación contractual administrativa que presupone la existencia tanto de derechos como de obligaciones a favor de terceros, contrariando de esta manera el principio de la estipulación por otro que admite solamente la constitución de derechos a favor de terceros pero no la posibilidad de adquirir obligaciones.

Lo que esencialmente justifica la aplicación a terceros de los --

efectos de los contratos administrativos es sin lugar a dudas, el interés público, que siempre existe en esos contratos.

Se entiende por terceros a todas las personas naturales o jurídicas, sin discriminación alguna, que no han intervenido en el contrato.

Cabe la posibilidad de la "estipulación por otro" o "a favor de terceros", regulado por los principios generales del derecho privado, cuando se incluye expresamente en las cláusulas de un determinado contrato como ocurre en un contrato de obra pública, en cuyo mérito el cocontratante, en beneficio del personal que tendrá a su cargo, se compromete a cumplir con las disposiciones de las leyes laborales; de igual manera, podrá comprometerse a suscribir un seguro a favor de ellos.

CAPITULO VI- EXTINCION.

- 1.- Nociones generales.
- 2.- Principales causas de extinción:
 - a) Revocación.
 - b) Nulidad.
 - c) Mutuo consentimiento.
 - d) Rescate.
 - e) Renuncia.
 - f) Rescisión.

1.- NOCIONES GENERALES.

Adviértese que el régimen de los diversos medios o modos de extinción de los contratos varía de una legislación a otra, amoldándose al derecho positivo imperante, resultando de esa manera, diversa terminología que ocasiona confusión en cuanto al contenido de cada uno de esos medios; lo que ocurre también en el derecho privado. En este capítulo se tratarán los más importantes, desde un punto de vista esencialmente doctrinario.

Se habla de extinción normal y anormal del contrato. Lo primero ocurre al cumplirse las obligaciones que se contrajeron, como sucede por ejemplo en un contrato de construcción de obra pública en donde la Administración ha recibido a satisfacción las obras y realizado las correspondientes prestaciones, en tal caso, el contrato se extingue por haberse cumplido lo convenido. Puede que se fije un plazo de duración, por ejemplo en un contrato concesión de servicios públicos, vencido el

cual, el contrato se extingue; podría también ocurrir que se hubiere pactado que, al finalizar un plazo determinado se reviertan a la Administración las instalaciones y los medios que ha utilizado el concesionario en la prestación del servicio, situación contemplada en el artículo 149 de la Constitución Política. Aquí conviene aclarar que la expresión "reversión" significa que una cosa vuelve a la propiedad de su anterior dueño y siendo que el Estado nunca fue dueño de ella, tal expresión no es la más adecuada, por lo que podría ser más recomendable hablar de transferencia de bienes del cocontratante a la Administración Pública.

La extinción anormal se produce por diversos medios, que se verán a continuación.

2.-PRINCIPALES CAUSAS DE EXTINCION.

a) Revocación.- Constituye un medio de extinción del contrato administrativo, que opera, como se ha dicho, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, que en el fondo no significa más que el interés general.

La revocación presenta como presupuesto la satisfacción de los intereses generales, de ahí que la Administración puede concluir aquellos contratos que se han vuelto inoperantes a las necesidades de la colectividad, con la consiguiente indemnización al cocontratante, por lo que el poder de revocación no pueda considerarse como una simple facultad de denunciar el contrato, puesto que la revocación, para ser lícita, es necesario que sea impulsada por motivos de interés general, que pueden ser diversos, como podría suceder en una concesión de servicios públicos, al

desaparecer las necesidades que fueron la causa de la contratación o - - cuando el servicio público ya no está de acuerdo a las necesidades actuales y sea indispensable su transformación o su supresión. Ahora bien, la indemnización a que tiene derecho el cocontratante supone la existencia de un perjuicio, sufrido éste, corresponde la indemnización en forma de daño emergente y lucro cesante.

Partiendo de que lo característico es la satisfacción del interés general, es lógico suponer que la Administración realiza la revocación por medio de un acto unilateral. En consecuencia, el fundamento de la revocación estriba en la autoridad que tiene la Administración de decretar la cuando en un momento posterior a la celebración del contrato se produzca una incompatibilidad entre el acto contractual y el interés público, por lo que la revocación no viene a ser más que una aplicación especial de la facultad de la Administración de apreciar el interés público y de actuar para satisfacerlo.

Nuestra legislación no la contempla dentro de los modos de extinción que enumera el artículo 1438 del Código Civil, sin embargo puede entenderse en dos situaciones jurídicas diferentes: la primera referente a un modo de dejar sin efecto ciertos contratos por acto unilateral de voluntad. Por regla general, no puede invalidarse un contrato por esta forma, sino que se invalida por causa legal o por consentimiento mutuo de las partes, pero sí, excepcionalmente, por ejemplo, en el artículo 1287, 1299, 1923 numeral 3, del Código Civil. La segunda se refiere a la invalidación de un acto por medio del cual el deudor insolvente ha hecho salir bienes de su patrimonio en fraude de sus acreedores. La acción que se origina a

favor de los acreedores se denomina Acción Pauliana, o sea que la revocación en esta situación jurídica se entiende como Acción Pauliana o Acción revocatoria. Artículos 2214, 2215, 1160 y 1273 inciso 2o. del Código Civil.

b) Nulidad.--No debe confundirse la inexistencia de los actos contractuales con la nulidad de los mismos. La inexistencia ocurre al faltar alguno de los elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa, forma) y por lo mismo no se origina ningún efecto jurídico, a tal grado que ésta no necesita estar consagrada en las leyes, sino que tiene que operar como una necesidad lógica en aquellos casos que faltan al acto sus elementos esenciales. Paralelo al acto inexistente se encuentra el acto nulo que adolece de un vicio sancionado por la ley y que se encuentra privado de efecto.

La nulidad puede ser absoluta y relativa, según sea el vicio que las produzca. La nulidad absoluta puede ser producida por un objeto o causa ilícita, por omisión de algún requisito o formalidad indispensables, o por incapacidad total. La nulidad relativa puede provenir del error, fuerza, dolo o relativa incapacidad de las partes. Los efectos que producen ambas son tanto para el pasado como para el porvenir y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de haberse celebrado el contrato. Lo característico de la nulidad es que está determinada por un vicio de origen. Artículos 1552, 1557 del Código Civil.

La legislación española no considera los actos administrativos in-existentes a los que comprende como actos nulos, en el entendido que la

nulidad se produce cuando falta totalmente alguno de los elementos, que se dicen constitutivos del contrato administrativo; por otra parte admite la posibilidad de que la nulidad pueda ser pretendida tanto por la Administración como por el cocontratante privado.

Cuando el contrato adolece de un vicio surge la cuestión de quien declara su invalidez. En tal sentido la doctrina ha dado diferentes soluciones, debido en parte, por la ausencia de normas expresas de derecho positivo. Así, se ha estimado que por el hecho de haberse celebrado un contrato, aún cuando fuere ilegítimo, se han originado derechos para los particulares y por ende, la Administración no podrá por sí misma extinguirlos, en tal supuesto, será necesario recurrir a la vía jurisdiccional, es decir, que la invalidez del acto se resolverá en un tribunal judicial: la Administración no podrá sustituir al juez para declarar la invalidez, lo que implica que la validez y el cumplimiento de los contratos quedarían al arbitrio de uno de los contratantes. Esta solución es independiente de que el contrato se encuentre afectado de nulidad absoluta o relativa, en ambos casos serán los órganos judiciales los que deben de declarar la invalidez. Para otros, la declaración de nulidad no pertenece a la competencia de la Administración sino que queda reservada exclusivamente a los tribunales de lo contencioso. Por la naturaleza misma de los contratos administrativos, debe admitirse que, ante un contrato afectado de invalidez, la Administración, por la ilegalidad del mismo puede declarar la nulidad del vínculo contractual, pudiendo a su vez el particular interponer los recursos correspondientes ante los tribunales competentes.

Por presentar la revocación y la nulidad efectos análogos, que se traducen en eliminar un acto anterior del campo jurídico, conviene hacer notar su diferenciación: mientras la nulidad está destinada a retirar un acto inválido, o sea, un acto que desde su origen presentaba un vicio de ilegitimidad, la revocación procede respecto de actos válidos, es decir, de actos que en su formación cumplieron con todas las exigencias legales del caso, de donde se derivan otras peculiaridades. En la revocación el motivo es con posterioridad al acto original y se refiere a consideraciones de interés público o general; la nulidad deriva del vicio original de legalidad del acto creador. La revocación es un acto de naturaleza constitutiva; el de nulidad, de naturaleza declarativa. La revocación por regla general, solamente opera para el futuro; la nulidad, retroactivamente a partir de su declaración.

c) Mutuo consentimiento.— Este medio de extinción se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, lo que significa que así como las partes se obligaron voluntariamente, de la misma manera pueden dejar sin efecto lo estipulado en el contrato antes de que el objeto que se persigue hubiere sido realizado o antes del plazo convenido.

1)

Según lo expresa Sayagués Laso, "el mutuo consentimiento debe responder a motivos fundados y no puede basarse en el solo propósito de favorecer al contratista eximiéndolo de sus obligaciones, para luego tener la Administración que celebrar un nuevo contrato en condiciones más onerosas con él mismo u otro contratante". Lo que en otras palabras significa

que la Administración debe de actuar impulsada por motivos de interés público.

En nuestro medio se conoce como resciliación o mutuo consentimiento, contemplada en el artículo 1416 y 1438 del Código Civil.

d) Rescate.— Es otra forma de extinción de los contratos administrativos, que consiste en la decisión unilateral del Estado, fundada en razones de interés público, que pone fin al contrato antes de la fecha convenida, tomando la Administración la ejecución directa o cumplimiento del objeto de ese contrato, no siendo necesario que tal prerrogativa deba ser expresada, puesto que debe considerarse implícita en todo contrato.

Tal modalidad no es aplicable en todos los contratos excluyendo su posibilidad en los contratos de atribución (concesión de uso del dominio público) y limitada su aplicación a ciertos contratos de colaboración, o sea aquellos que por la índole de su objeto, el ejercicio de la prestación realizada hasta entonces por el particular, pueda ser posteriormente prestada por la Administración Pública. De modo que esta forma de extinción opera en las concesiones de servicio público y en la de obra pública, no así en la concesión de uso del dominio público, dado que por su contenido y finalidad misma, no se concibe que su ejercicio pueda ser continuado por la Administración concedente, que es lo característico del rescate.

Se observa pues, que el rescate no es más que una medida administrativa de reorganización del servicio, fundada siempre en el interés social, como sucede por ejemplo en el caso de sustituir la concesión --

por la prestación o ejecución directa.

El fundamento jurídico del rescate, al igual que el de la revocación, es el interés público, su diferencia consiste en que la revocación tiene por objeto suprimir el respectivo servicio, mientras que en el rescate no existe tal supresión, sino que la sustitución de quien ejerce la prestación, siempre con la consiguiente indemnización.

Cuestión importante de determinar es si el rescate obedece solamente a razones de interés público. Algunos, especialmente autores italianos, consideran que el rescate puede depender de razones ajenas al estricto interés general, tales como a razones o fines fiscales o financieros. Otros tratadistas franceses, en especial Jéze, sostienen que el rescate sólo puede operar por motivos de interés general y que si obedeciese a circunstancias de interés financiero, resultaría viciado de desviación de poder; posición que es sostenida por Marienhoff, quien agrega además, que desestimar el interés público en la noción del rescate, chocaría con los principios ético-jurídicos que han de considerarse inherentes a toda relación contractual, por el hecho de que el Estado extinga el contrato por razones de conveniencia pecuniaria o fiscal y no de interés público. Esto se justifica debido a que siendo el Estado parte contratante y creador del derecho, le corresponde velar por su cumplimiento.

e) Renuncia.- La renuncia procede solamente con respecto a los contratos administrativos de atribución, no así en los de colaboración. Conviene recordar que los contratos de atribución son aquellos que tienen por objeto conferir ciertas ventajas a los administrados como ocurre en

la concesión de uso sobre el dominio público. El fundamento de dicho medio estriba en que en los contratos de atribución impera el interés privado o particular del cocontratante, contrario a lo que sucede en los contratos de colaboración (suministros, concesión de servicio público)- que tienden a satisfacer el interés público. De lo expuesto se parte para afirmar que el contrato de concesión de uso sobre el dominio público podría extinguirse por la renuncia del concesionario, ya que en tal supuesto estaría renunciando a sus derechos patrimoniales. En los contratos de colaboración, la renuncia del cocontratante en principio no podría extinguir el contrato, pues la Administración es la más interesada en que el contrato se cumpla. Tal renuncia tendría validez si fuere --- aceptada por la Administración, pero en esa situación ya no operaría la renuncia sino que la extinción se daría por acuerdo de las partes, resciliación, o mutuo consentimiento.

f) Rescisión.- En términos generales puede decirse que el incumplimiento de las obligaciones por parte del cocontratante, daría lugar a la rescisión del contrato como medida unilateral por parte de la Administración, solución que según Sayagués Laso, se justifica por el interés público de que la ejecución de los servicios no se paralice, situación que ocurriría si la Administración estuviera sujeta al pronunciamiento de - algún tribunal. A su vez, el cocontratante puede hacer uso de las acciones legales que le franquea el derecho positivo para proteger sus propios derechos.

El incumplimiento por parte del cocontratante no le da derecho a - exigir indemnización alguna quien habrá de perder, además, la fianza que

hubiera constituido a favor de la Administración; sin embargo si la falta cometida es de poca consideración no opera de inmediato la rescisión, sino otro tipo de sanción como sería el implantamiento de multas.

Algunos estiman que el contrato puede extinguirse por hechos imputables a la Administración, lo que daría lugar a que el cocontratante solicite judicialmente la rescisión del contrato. De aceptarse tal consideración equivale a colocar a la Administración en plano de igualdad de intereses con el cocontratante, lo que en materia contractual administrativa no puede aceptarse por imperar el interés público en esas relaciones contractuales, por lo que es de suponer que en caso de un posible incumplimiento por parte de la Administración Pública, no debe pensarse que éste provenga por dolo, culpa o negligencia.

Si bien en los contratos civiles bilaterales va implícita la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pudiendo el otro pedir, la resolución o el cumplimiento del contrato, -- con indemnización de perjuicio en ambos casos. Artículo 1360 del Código Civil. Esto no se extiende a los contratos administrativos porque implicaría darle oportunidad al cocontratante de solicitar la resolución o el cumplimiento, al igual que la Administración, cosa que no encajaría con el principio de la desigualdad de intereses que debe existir en estos -- contratos y dado que la rescisión constituye una prerrogativa de la Administración Pública.

El término rescisión equivale en nuestra legislación a la nulidad relativa. Artículo 1552 del Código Civil.

Finalmente puede concluirse que para aplicar la extinción a un contrato administrativo debe considerarse en primer lugar lo expresado en el contrato mismo, lo dispuesto por leyes especiales y por último, las disposiciones de otras leyes que no contraríen los principios peculia--res de los contratos administrativos.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- FERNANDO GARRIDO FALLA. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen II. 4a. Edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1971.
- 2.- RECAREDO FERNANDEZ DE VELASCO. Los Contratos Administrativos. Librería General de Victoriano Juárez. Madrid 1927.
- 3.- MANUEL MARIA DIEZ. Derecho Administrativo. Tomo II y III. Bibliografía OMEBA. Buenos Aires.
- 4.- CARLOS GARCIA OVIÉDO. Derecho Administrativo. Volumen III E.I.S.A. Madrid 1955.
- 5.- ENRIQUE SAYAGUES LASO. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I y II. 2a. Edición. Montevideo.
- 6.- GASTON PAUL ANNEDEE JEZE. Principios Generales del Derecho Administrativo. Volumen III y IV. Editorial Depalma. Buenos Aires.
- 7.- MIGUEL S. MARIENHOFF. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III A. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- 8.- JAIME VIDAL PERDOMO. Derecho Administrativo. 3a. Edición. Editorial Temis. Bogotá 1972.
- 9.- GUIDO ZANOBINI. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Ediciones Arayú. Buenos Aires.
- 10.- RAFAEL BIELSA. Derecho Administrativo. Tomo II. 5a. Edición. Roque Depalma, editor. Buenos Aires 1955.