

LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

Los principios jurídicos que informan la contratación administrativa juegan un rol fundamental en la interpretación y ejecución de estos contratos. Es la satisfacción de una necesidad pública, a través de la ejecución de un servicio público, la que determina la finalidad contractual. Pues bien, esa finalidad viene expresada a través de los principios orientadores de la institución y que son a nuestro entender los siguientes.

1. LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES CONTRATANTES

La Administración Pública, puede actuar en la vida jurídica a través de actos unilaterales, o a través del concurso de voluntades con personas que deseen contratar con ella. Cuando estas prestaciones de carácter contractual se realizan en un plano de igualdad, existiendo una fase anterior a la celebración del contrato donde se discute el texto y una fase de ejecución conforme a lo pactado, la Administración está haciendo uso de su capacidad jurídico-privada y en donde la norma aplicable es la de Derecho Civil o Mercantil. En otras ocasiones, puede ocurrir que en ciertos contratos que celebre la Administración no exista este plano de igualdad, sino una manifiesta desigualdad entre las partes que contratan, lo que se traduce en una real subordinación del particular o cocontratante a las decisiones

de la Administración¹. Además, el derecho aplicable es el Derecho Administrativo, el que atribuye a la Administración una serie de prerrogativas en razón de la finalidad pública del contrato. Se manifiesta así, la capacidad jurídico-pública de la Administración².

En los contratos administrativos, al desaparecer esta igualdad entre las partes, se produce un debilitamiento o incluso la pérdida total del derecho subjetivo contractual del particular o cocontratante, una vez celebrado el contrato, pues al momento de entablar la relación él fue libre para contratar o no. La pérdida de este derecho se manifiesta aun cuando la Administración se haga cargo de una posible indemnización, tendiente a evitar un perjuicio económico en el patrimonio del contratante³.

La igualdad contractual, principio que constituye una de las características más importantes de la contratación civil, se ve disminuida o desaparecida en este tipo de contratación. La razón por la que existe esta desigualdad se debe a que en la contratación administrativa está presente el interés público. Así, el interés público se va a satisfacer por la ejecución de un servicio público, objeto del contrato. El que se ejecute dicho servicio público es la preocupación principal de la Administración y, por lo tanto, hará todo lo que esté de su parte para que se verifique tal ejecución. El contrato no podrá ser una limitación para el cumplimiento de tal finalidad, ella es el motivo central y el contrato es la forma que se adopta para conseguirla. De ahí

¹ Ver: O. OELCKERS C., *En torno al concepto de Contrato Administrativo*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso N° III, 1979, págs. 135 y ss.

² Ver: Fliminio FLANCHINI, *Pubblico e Privato nei contratti della Pubblica Amministrazione*, Rev. Trimestrale de Diritto Pubblico N° 2, 1962, Italia.

³ Ver: J. M. BOGUERA O., *Poder Administrativo y Contrato*, Instituto de Estudios Administrativos, Alcalá de Henares, 1970, págs. 14 y ss.

que los contratos administrativos deben ser lo más flexibles posible, de manera que si las circunstancias lo hacen necesario, la Administración pueda modificar o poner término a la relación bilateral, quedando reemplazado el interés privado del cocontratante particular por la indemnización que pague la Administración por los posibles perjuicios producidos.

El interés público explica, además, la protección que se le da al cocontratante al ser éste un colaborador de la actividad administrativa. Así, el Art. 34 del Reglamento de Contratos de Obra Pública de Chile (РСОРСН), D.S. 1340/65, Ministerio de Obras Públicas, declara la inamovilidad del precio o valor convenido para los precios unitarios de las obras contratadas, pero señalando, además, las posibles bonificaciones o castigos que se otorgan al contratista en el caso de aumento de jornales, materiales, gastos variables, derechos de aduana y leyes sociales. El Art. 47 de la Ley de Contratos del Estado (LCE) española, señala que se le abonará al contratista la obra que realmente ejecute a los precios convenidos. Sin perjuicio de ello, el decreto ley de 4 de febrero de 1964 (España), fijó un sistema de fórmulas para la revisión del precio convenido en el contrato. Como se observa, la legislación protege al contratante particular al tener éste como objetivo la satisfacción de una necesidad pública. Estos beneficios de ninguna manera podrían ser alegados para sí por un contratista particular que sólo mira su propio interés económico⁴.

De este principio de desigualdad entre las partes contratantes surgen una serie de consecuencias jurídicas reconocidas por la legislación. Así pues, en el contrato administrativo está presente la inalterabilidad de la oferta por parte de la Administración, la aceptación o rechazo en

⁴ Ver: O. OELCKERS C., *Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso IV, 1980, págs. 179 y ss.

bloque de esa oferta por parte del cocontratante, las fianzas a favor de la Administración, el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre el cocontratante por parte de la Administración, las modificaciones unilaterales al contrato que hace la Administración, la posibilidad de poner término al contrato unilateralmente por la Administración, la interpretación a priori del contrato por la Administración, la presencia del inspector fiscal en las obras con el cúmulo de facultades con que cuenta y otras figuras, que nos indican, sin lugar a dudas, que uno de los principios orientadores de la figura del contrato administrativo es la manifiesta desigualdad de las partes en la ejecución del contrato en razón de la finalidad pública que éste conlleva.

2. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA LEY DEL CONTRATO

El principio de la legalidad en Derecho Administrativo tiene una importancia fundamental. En él se concretiza toda la relación de la Administración con la norma jurídica.

La Administración tiene el deber de actuar conforme se lo señala la ley, es la ley la que le fija todo un marco a su actuación, especialmente en ciertas materias donde la ley enmarca a la Administración obligándole según lo señala su texto. Se podría decir que en esos casos le niega toda posibilidad de iniciativa. Ello ocurre en los actos de imperio, que restringen la libertad personal de los ciudadanos, o que les imponen algún tipo de carga fiscal. En estos casos la Administración sólo podrá actuar en la medida que exista una ley que lo faculte. En otras situaciones, como es el caso del contrato administrativo, la ley obliga a la Administración a acatar el régimen interior dentro del cual debe moverse para la gestión del interés público, limitando su actuación válida. Pero es también la ley, la que faculta a la Administración a actuar con un cierto

grado de libertad al momento de determinar el contenido de la relación. La justificación va a estar en el hecho de que la actividad contractual de la Administración tiene como finalidad el interés público, que para lograrlo, sólo la Administración debe evaluar los medios, adoptando aquellos que no se opongan a la norma y con lo cual quedará legitimada su actuación⁵.

Es una realidad que surge inmediatamente si se compara la autonomía de la voluntad de la Administración con la del particular; la primera, dentro de este poder discrecional, está mucho más ligada a la norma, pues no puede actuar arbitrariamente, habría una desviación de poder, mientras que el particular tiene un poder absoluto para obligarse, dispone de su patrimonio libremente, teniendo como única restricción el orden público, la moral y el respeto del derecho de terceros. La Administración, además de gestionar el interés público, fin del contrato, que también limita su actuación, debe actuar a través de medios, a principios de buena administración. Estas limitaciones no determinan el contenido de los pliegos de condiciones, la Administración tiene allí una cierta libertad contractual, debiendo sí respetar los límites de validez señalados⁶.

Así, el contenido de los contratos administrativos deberá ajustarse a las normas contractuales del ordenamiento jurídico administrativo (Art. 59 de la LCE y Art. 1º del ROPCH). El pliego de condiciones particulares jamás podrá alterar la normativa jurídica, ello se justifica, tanto para proteger los intereses de la Administración como los del contratante particular. Se establecen estas normas de obligado cumplimiento en razón de las posibles negligencias de

⁵ Ver: R. ENTIERRA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, Revista de Administración Pública Nº 24, Madrid, 1957.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha: 22 de junio de 1955.

los agentes de la Administración y también en defensa y garantía de los intereses públicos. La legislación también se ha preocupado de establecer una serie de ventajas en favor del cocontratante particular, cuya obligatoriedad no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Se tratan de beneficios que vienen a restituir el equilibrio económico del contrato que por distintas razones se había perdido repercutiendo gravemente en la ejecución de la obra o servicio a que el contrato estaba destinado. Por otra parte, debemos señalar que la Administración podrá celebrar contratos en la medida que éstos no se opongan o estén prohibidos por la ley y aun cuando carezcan de una normativa específica⁷.

La Administración podrá, además, insertar todo tipo de cláusulas que no se opongan a la ley y aun cuando supongan cargas para el cocontratante o para ella misma. En aquellos casos en que no se inserten cláusulas señaladas en la ley, no se supone el incumplimiento de ellas, al contrario, se subentienden incorporadas en el contrato⁸. Por otra parte, si se incorporan cláusulas en contra de la ley privada al contrato administrativo, éstas son válidas siempre que no sean de aquellas que atentan contra los requisitos esenciales del contrato público. Son las cláusulas exorbitantes al Derecho Privado, lícitas en la contratación administrativa y que de ser pactadas en la contratación civil, harían nulo el acuerdo convenido. El pacto de cláusulas contrarias al Derecho Administrativo o al interés público, consentidas por los licitadores una vez adjudicado definitivamente y perfeccionado el contrato, no sería motivo suficiente para solicitar la anulación del contrato, sea por parte de la Administración o por el cocontratante par-

⁷ Ver: Miguel MONTORO, *Contratos administrativos atípicos*, Escuela Nacional de Administración Pública de España, Alcalá de Henares, 1969.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha: 28 de junio de 1916.

ticular. Las razones en Derecho Español estarían dadas por el Art. 112, párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), que dice: *Las facultades de anulación y revocación de sus propios actos no podrán ser ejercitadas, cuando su ejercicio resultase contrario al derecho de los particulares.* Pero pensamos que sí la Administración podría pedir la rescisión, conforme a las normas de Derecho Común, pero por tratarse de una falta culpable, deberá indemnizar al cocontratante particular por todos los gastos, trabajo y posible utilidad que hubiera podido obtener del contrato. Podría también la Administración declarar lesivo el acto de aceptación del contrato y solicitar la nulidad de él a los tribunales contencioso-administrativo, previo pago de la correspondiente indemnización al cocontratante particular⁹.

El cocontratante tampoco podría impugnar el pliego de condiciones una vez que se ha adjudicado definitivamente, por la doctrina de los actos consentidos¹⁰. Sólo en los casos de nulidad absoluta o de pleno derecho se podría declarar la nulidad en cualquier tiempo (Art. 47 de la LPA española).

En los casos que el pliego de condiciones contenga cláusulas contrarias al orden público, al Derecho Administrativo, o al interés público, éstas deberán ser impugnadas ante la propia Administración para su modificación que en caso de no prosperar abren la vía del contencioso-administrativo. El plazo de impugnación de tales pliegos va desde su publicación para la toma de conocimiento público y hasta la celebración del acto de licitación.

⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los contratos administrativos y el proceso de lesividad*, Revista de Estudios de la Vida Local Nº 46, Madrid, 1949.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha: 14 de noviembre de 1930.

El principio de legalidad trae en definitiva en esta figura contractual una doble protección. Garantiza la gestión del interés público y es un medio de protección para el cocontratante de los abusos de poder de la Administración.

Así, una vez perfeccionado el contrato éste va a constituir ley para las partes¹¹. Esto supone que la norma aplicable al contrato es la estipulada en el pliego, aun cuando ella se oponga a la ley formal (Art. 44 de la LCE).

El principio de la ley del contrato, es el que le da fuerza obligatoria a la relación contractual. Todas las incidencias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos administrativos se deben resolver conforme a lo convenido y concertado por las partes. Los criterios a aplicar para la solución de tales conflictos, estarán dados por el propio contrato y a falta de ellos, se deberá aplicar la normativa de derecho administrativo y sus principios generales, para en último término hacer uso de la legislación común en materia de contratos¹².

3. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

El principio del equilibrio financiero del contrato aparece en el contrato administrativo como una reacción a los poderes exorbitantes de la Administración. Se manifiesta como una garantía que tiene el cocontratante particular ante la poca seguridad de que se mantengan las condiciones pactadas en el acuerdo original. La Administración al variar el acuerdo contractual por razones de interés público, obli-

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha: 25 de junio de 1910, 14 de marzo de 1936.

¹² Ver: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, Revista de Administración Pública Nº 41, Madrid, 1963.

ga al cocontratante a dar cumplimiento íntegro al pacto modificado, de ahí la justificación de este principio¹³.

El contrato administrativo, como se ha señalado, tiene como finalidad satisfacer una necesidad pública por la ejecución de un servicio público, por lo que la Administración debe asegurar a través de todos los medios a su alcance que se cumpla tal finalidad en la forma más rápida posible y menos onerosa, con el objeto de que se logre la plena satisfacción del interés público comprometido.

La Administración podrá aumentar los costos generales del contrato; leyes sociales, gastos en la ejecución de la obra, tarifas, importación, etc., ante lo cual el cocontratante sufre un desmedro económico en su patrimonio. Como contrapartida el cocontratante particular afectado tiene el derecho de exigir el equilibrio financiero del contrato, pues él, al celebrar tal contrato, lo hizo en vista de las cláusulas ahí contenidas y que consideró como justas y equitativas, además de otorgarle el contrato un beneficio económico, también justo y suficiente. Así pues, al momento de celebrar el contrato existió el equilibrio financiero en las prestaciones expresado en los derechos y obligaciones de cada una de las partes. Ahora, si la Administración modifica los términos originales del contrato en razón del interés público, el cocontratante particular podrá solicitar de la Administración las indemnizaciones o bonificaciones que estima necesarias para el equilibrio del contrato¹⁴. Se tratará, en todo caso, de restablecer una vinculación originaria según ciertos presupuestos que se han roto por iniciativa de la Administración¹⁵.

¹³ Ver: O. OELCKERS C., *Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso iv, 1980, pág. 187.

¹⁴ Ver: G. ARUÑO O., *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, págs. 46 y ss.

¹⁵ Ver: A. DE LAUBADERE, *Traité Théorique et pratique des Contrats Administratifs*, Tomo II, págs. 11-34.

Este principio tiene por esencia un contenido esencialmente financiero, pues a través de él se logra restablecer el equilibrio económico mediante el pago del equivalente económico necesario, en el supuesto que aquel se haya visto alterado. El enfrentamiento entre las facultades de la Administración y la estabilidad contractual produce la necesidad de que la Administración compense la perturbación producida en las cláusulas económicas o en aquellas otras de contenido inmutable¹⁶.

En definitiva, por la vía de este principio, se concilian las exigencias del interés público con la rigidez y obligatoriedad propias del contrato, conciliación que se realiza sin atentar contra el efecto esencial del contrato que es el de crear derechos, los que no se pueden desconocer sin una plena y justa indemnización¹⁷.

4. EL PRINCIPIO DE LA MUTABILIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al analizar el principio de la mutabilidad del contrato administrativo, se debe dejar establecido que la Administración jamás podrá renunciar a sus potestades ni a la libertad en la gestión del interés público. La Administración va a actuar conforme a sus atribuciones y prerrogativas dadas por la ley para la realización de las finalidades que le están encomendadas, su responsabilidad en el velar por el interés público no puede verse condicionada a los contratos que ella celebra. De ahí que la Administración puede introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, tendientes a asegurar una mejor realización del servicio

¹⁶ Dictamen del Consejo de Estado Español de fecha: 18 de abril de 1952.

¹⁷ Ver: S. BADAUL, "Droit de l'Administration de modifier ses contrats", pág. 64. H. ZWAHLEN, "Le contrat de Droit Administratif", *Revue de Droit Suisse*, págs. 132 y ss. Basel, 1958.

público, o una mejor adaptación a sus fines¹⁸. Va a existir así una cierta mutabilidad en el objeto mismo del contrato, pero una inmutabilidad expresada por la ley del contrato y la finalidad de él¹⁹.

Esta potestad para variar el contrato, no constituye un derecho subjetivo de la Administración en el contrato, sino que un poder otorgado por los principios administrativos, con efecto sobre el contrato. La diferencia va a estar en el hecho de que el derecho subjetivo se agota con su ejercicio, la potestad es inagotable²⁰.

La Administración goza de tal facultad por ser un poder incierto dentro de sus prerrogativas que operan desde fuera del contrato y siempre que esté orientado hacia los fines o intereses generales de la comunidad, por los cuales debe velar la Administración.

Este principio, como todo principio, no es absoluto, existen límites que miran también al interés general. La Administración podrá alterar el contrato en el marco del fin propio de éste, pero no puede alterar el fin mismo de la relación. Deben, además, permanecer inmutables aquellos aspectos que afecten el equilibrio económico del contrato y que de no permanecer, la Administración deberá equilibrarlo por el pago del equivalente económico. Por último, deben permanecer inmutables aquellas condiciones del contrato en que no prevalezca la razón de servicio público. La modificación a dichas cláusulas traería consigo una desviación de poder puesto que la Administración se desvincularía del fin específico del contrato.

¹⁸ Ver: J. L. VILLAR PALASÍ, "Lecciones sobre contratación administrativa", págs. 58 y ss., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1969.

¹⁹ Ver: F. GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, pág. 91, Madrid, 1966.

²⁰ Ver: E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Nº 12), RAP. Nº 41, pág. 125.

5. EL PRINCIPIO DE COLABORACION

En estos últimos tiempos se puede apreciar la existencia de una evolución en las relaciones del Estado con sus contratantes. Hasta no hace mucho tiempo, los cocontratantes eran considerados como titulares de intereses totalmente opuestos a los de la Administración, era un adversario que sólo perseguía obtener del contrato el mayor beneficio económico posible sin importarle la finalidad del mismo.

Actualmente, la Administración considera al particular que contrata con ella, como un colaborador voluntario cuyos intereses no son totalmente opuestos, reconoce que no actúa en forma desinteresada, pero sí que tiene un interés común en llevar adelante el contrato. El fin que se tiene en vista es el del servicio público en el que ambas partes colaboran para satisfacer una necesidad pública. El cocontratante participa del contrato y de su finalidad²¹. Existe, además, cada día un vínculo mayor entre la Administración y los administrados, puesto que los particulares capaces de satisfacer las exigencias de la Administración, en este tipo de contratos no son muchos tanto por la actividad comercial que ello involucra como por la magnitud de las obras emprendidas, lo que va a llevar a la Administración a contratar normalmente siempre con los mismos empresarios.

Esta nueva actitud tiene una serie de efectos en el contrato administrativo. Así, se ha modificado el principio de la subasta necesaria, aparece la flexibilidad en el tiempo de ejecución de la obra o servicio, surgen también las técnicas financieras y económicas de apoyo por parte de la Administración, los aumentos de obra previo acuerdo del cocontratante particular y con su correspondiente pago y otras medidas que miran a la finalidad del contrato y no

²¹ Ver: M. WALINE, *Droit Administratif*, pág. 215, Editions Sirey, París, 1963.

al perjuicio que los poderes exorbitantes de la Administración pudieran producir al cocontratante particular.

6. EL PRINCIPIO DE QUE LOS CONTRATOS DEBEN EJECUTARSE DE BUENA FE

El ejecutar los contratos de buena fe, implica que ellos obligan no sólo a lo que en sus cláusulas se expresa, sino a todas aquellas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Involucra el hecho de que el contenido del contrato no está sólo en su letra o en las posibilidades de interpretación, sino que importa, además, las consecuencias que la equidad y el uso le dan según su naturaleza.

De la posible aplicación de este principio, se puede señalar que del contrato emana la obligación para ambos contratantes, de lograr la realización de la finalidad del contrato, satisfacer el interés general, aportando cada uno de ellos los máximos esfuerzos y diligencias en su ejecución.

Se introduce aquí la noción de solidaridad, elemento social que permite reducir los rigores impuestos por las cláusulas contractuales de adhesión presentes en la contratación administrativa²².

Estos aspectos informadores de la contratación administrativa y enmarcados aquí sólo como *principios*, son los inspiradores de la figura contractual pública, en que se concretizan tanto en la etapa de habilitación —caracterizada por el respeto al procedimiento para obtener la voluntad administrativa válida y por la selección del contratista con quien se celebrará el contrato—, como en la etapa de ejecución del mismo, en donde aparecen aspectos relativos a modificación y terminación unilateral, interpretación unila-

²² Ver: N. PÉREZ S., "El nuevo sentido del contrato", Revista Derecho Privado N° 315, 1943, pág. 479.

teral, cambio de las cláusulas económicas contractuales y otros sistemas que ubican a la Administración en la ejecución del contrato en un plano de superioridad respecto del particular cocontratante. En este contexto pensamos debe entenderse el Art. 62 del DL. 1.289, orgánico de Municipalidades, cuando señala que la responsabilidad contractual de tales organismos públicos se regirá por las disposiciones del DL. 1.289, por el Código Civil en contratos regidos por ese derecho y por los principios reguladores de los contratos administrativos en los contratos regidos por el derecho administrativo. Es este el primer reconocimiento a la figura del contrato administrativo como tal en la legislación chilena.