

LOS RIESGOS Y EL EQUIVALENTE ECONOMICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

1. LOS RIESGOS

El problema del riesgo y ventura en el contrato administrativo se condensa en la pregunta de: ¿Quién soporta los riesgos en este tipo de contratación, la Administración o el contratante?

Al referirnos a los riesgos, los entendemos como situaciones sobrevinientes causadas por daños o destrucciones de las obras o por la mayor onerosidad en la ejecución del contrato, debidas ambas a un cambio de circunstancias.

El contrato de obra pública genera para el cocontratante una obligación de resultado. Este se compromete a entregar una obra totalmente concluída, lo que implica que queda de su cargo toda actividad no contemplada en el contrato y que surja a consecuencias de tal ejecución, sin que por ello el contrato se vea afectado. El pago del precio se debe por la entrega de la obra acabada no importando las distintas decisiones para lograr su total terminación, decisiones que en muchos casos son de contenido económico y que no se traducen en una reciprocidad sobre la prestación debida por parte de la Administración. La mayor o menor onerosidad a la prevista en el contrato queda a cargo del cocontratante sin que tenga que afectar a la economía del contrato. De allí que los riesgos sean siempre soportados por el cocontratante en la ejecución del contrato de obra pública¹.

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo". En R. A. P. N° 2, p. 88 y ss.

En Derecho Civil, en materia de contratos traslativos de la propiedad, los riesgos son a costa de la parte que es propietaria en el momento que la cosa sufre un daño. Tratándose de la construcción de una obra con entregas parciales, el constructor soportará los daños y en definitiva los riesgos de aquella parte de la obra que aún no ha entregado y que construye, pero no soportará los daños que sobrevengan a aquella parte de la obra ya entregada a no ser de que los daños se deban al empleo de materiales defectuosos o a vicios de construcción de la obra, imputables al constructor mientras dure la garantía que existe por la correcta ejecución del contrato. (Arts. 1.589, 1.590 y 1.591 del C.C. Español, Arts. 1.820 y 1.821 del C.C. Chileno).

En la contratación administrativa, ni la modalidad de la estipulación del pago por unidades de obra ni las mediciones y pagos parciales que se van haciendo a la obra pública contradicen la calificación de resultado total que pesa sobre el cocontratante, obligación que no se entiende cumplida sino hasta el momento de la recepción definitiva². Por lo tanto, el cocontratante soporta los riesgos por daños y destrucciones que se produzcan en la ejecución de la obra y hasta vencido el plazo de garantía una vez entregada... definitivamente.

1.1. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL RIESGO Y VENTURA

En el contrato de obra pública, el cocontratante tiene el derecho a indemnización por los daños o destrucciones de la obra en los casos que establece la ley. (Art. 46 de la LCE.). Su fundamento va a estar en una razón de justicia objetiva y como una exigencia del propio servicio público en caso de situaciones extraordinarias³. Así pues, la gran excepción al principio antes señalado es la fuerza mayor.

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA. (N. 1), p. 87, nota 9.

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA. (N.º 1), p. 94 y ss. Gaspar Ariño O. "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos, p. 149, Madrid (1968).

La fuerza mayor la entendemos como aquellos hechos que tienen lugar e influyen en el contrato, pero que están fuera del control de ambas partes contratantes.

Tradicionalmente, los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito se habían considerado como equivalentes. (Art. 45 del C.C. chileno). Se entendía tal equivalencia debido a que ambas causas de responsabilidad tenían su razón de ser en la ausencia de culpa que suponían en la persona que actúa. Hoy día la responsabilidad, en muchos de sus aspectos, no se liga a la culpa, sino al riesgo. El criterio de determinación de la responsabilidad es el riesgo inherente al funcionamiento de una organización⁴. De ahí, que aunque el daño sea fortuito, se imputa al sujeto en razón de los riesgos creados en interés de la persona responsable⁵. La distinción va a estar en el hecho de que la fuerza mayor es una fuerza exterior que impide la imputabilidad del accidente al cocontratante y por lo tanto desempeña un papel que viene a exonerar de responsabilidad cualquiera sea el fundamento adoptado, culpa o riesgo. En el caso fortuito, la causa del accidente está en un mecanismo a disposición del imputado, que no ha sido accionado por él, pero que ha estado a su disposición, sin que la ciencia permita conocer más exactamente el motivo que ocasionó el daño. Tal situación supone una carencia de toda culpa y por tanto, es causa de exoneración cuando la responsabilidad se basa sobre ésta, pero no cuando la responsabilidad es independiente de toda idea de culpa⁶. La primera, rompe la relación de causalidad, la segunda supone sólo ausencia de culpa.

⁴ Savatier. "Traité de la responsabilité civile en Droit français civile, administratif, professionnel, procédural". Tomo I, p. 3, París (1951).

⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", p. 212, Madrid (1954).

⁶ M. WALINE, Note de 9 juillet 1948, en "RDP", 1948, p. 576, cit. por R. Chapus en "Responsabilité Publique et Responsabilité Privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire", p. 445, (París).

La LCE, en el Art. 46, señala que los riesgos deben ser soportados por el cocontratante con excepción de los casos de fuerza mayor que enumera. Tales casos son:

- a) Los incendios por electricidad atmosférica.
- b) Los daños causados por terremotos y maremotos.
- c) Los que provengan del movimiento de los terrenos en que estén construídos las obras o que directamente las afecten.
- d) Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos.
- e) Las inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de ríos o arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato.
- f) Cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros.

Se observa que el criterio español de calificación de la fuerza mayor no es taxativo, se da la posibilidad de apreciar otros supuestos análogos a los que expresamente se preveen.

El Conseil d'Etat francés, se ha debido pronunciar sobre una serie de obligaciones contractuales que se suspendieron, o que incluso pusieron fin al contrato, debido a la causal de guerra. En relación a la guerra como causa de fuerza mayor se estableció lo siguiente: La guerra por sí misma no es causal de fuerza mayor. Sólo se constituirá como tal si la guerra hace imposible el cumplimiento del contrato, pues la guerra en este caso no ha podido preverse. Pero en tiempo de guerra el cocontratante debe prever toda clase de dificultades que por ella se producen, no hay fuerza mayor pues el hecho ha podido preverse. ("Arret" Société de Electron Llugine de Durnes. 10 de noviembre de 1920) ⁷.

⁷ P. WEH. y M. LONG. "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", p. 135, París (1965).

En la legislación chilena no existe norma que determine cuando se está frente a una situación capaz de catalogarse como fuerza mayor. El Art. 95 del RCOPCH, señala que cierto tipo de pérdidas en la ejecución del contrato serán soportadas por la Administración cuando a juicio de la Dirección General de Obras Públicas se califique a un accidente como extraordinario y ajeno a toda previsión o que éste se produzca cuando se haya recibido provisoriamente o definitivamente la obra. Si el accidente se debe a defectos de construcción de la obra o a materiales, el cocontratante será responsable de ello hasta transcurrido cinco años de la recepción provisoria. En este mismo artículo se deja plena constancia de que en caso de incendio, las pérdidas serán de cargo del cocontratante, de ahí, que se exija asegurar la obra en a lo menos un 80% de su valor.

En un análisis general, se podría decir que el hecho de entregar la apreciación de los posibles accidentes a la Dirección General de Obras Públicas, es bastante delicado, pues se deja al criterio subjetivo de un agente de la Administración el apreciar un hecho que ha producido un daño en la obra, lo que se puede prestar para injusticias y arbitrariedades. En todo caso, pensamos que cabe el recurso ante el juez del contrato.

Se ha establecido quien soporta el riesgo en la ejecución del contrato, pero debemos señalar, que siempre el objetivo de la Administración es la pronta ejecución del servicio público y en este caso la continuación de él. Ahora bien, puede ocurrir que el hecho producido por fuerza mayor sea de tal gravedad que haga imposible el cumplimiento del contrato quedando a salvo la responsabilidad del cocontratante. La fuerza mayor se constituye como una causa de exención de responsabilidad para él. De ahí, la importancia de la fuerza mayor. Ahora bien, si el daño producido no es de gran importancia, el cocontratante, como se ha señalado, no soporta el riesgo por ser un hecho constitutivo de fuerza mayor, los riesgos deberá soportarlos la Administración en razón a que su objetivo es la pronta ejecución del servicio público porque así lo requiere el interés público.

La fuerza mayor, deberá entonces cumplir ciertos requisitos para producir tales efectos. Debe ser independiente de la voluntad de las partes, o sea, se debe entrar a determinar si el cocontratante pudo haber evitado o impedido el hecho o, si el hecho se produjo sin posibilidades de evitarlo. Solo en este segundo caso se estará frente a la fuerza mayor. Por otra parte, el cocontratante al no poder evitar el hecho, puesto que escapa a su voluntad, transforma tal hecho en un accidente extraordinario cuyos efectos, son bajo todo aspecto, irresistibles de tal grado que no puede ser alcanzado por la previsión humana. Y, por último, para que se ponga término al contrato, es necesario que el cocontratante quede en imposibilidad absoluta de cumplir su obligación. Si existe sólo una simple dificultad para la continuación, se necesitan gastos extraordinarios, no será la fuerza mayor el motivo para que se extinga la obligación⁸. Así pues, pensamos que la fuerza mayor se podría presentar como una simple causal de indemnización para cubrir las pérdidas por ella causadas o, si ha producido daños irreparables y graves que afectan de sobremanera al cocontratante, sería causal de término del contrato sin responsabilidad para el cocontratante.

En los contratos de obra pública, cuya obligación es o se prolonga en el tiempo, en el caso del destajo como forma de ejecución, ante un hecho debido a fuerza mayor, que no produce daños de gran envergadura, la ejecución se paraliza, pero sin que ello ponga fin al contrato. La paralización, implica que cesa la obligación por un período de tiempo equivalente al que dura la fuerza mayor que impide la ejecución, pero la obligación surge nuevamente cuando desaparece la causal de fuerza mayor que impedía el cumplimiento de tal obligación. El Conseil d'Etat, con fecha 5 de enero de 1924, en el "arret" *Compagnie du gaz de la Ferté-Milán*, resolvió:

"Que la sociedad al verse en la imposibilidad material de efectuar la distribución de gas debido a los deterioros

⁸ PLANIOL y RIPERT. "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil francés". Tomo VI, p. 532, La Habana (1946).

sufridos por la maquinaria durante la ocupación alemana, está estrictamente obligada a poner toda su diligencia para asegurar en el más breve plazo posible la prosecución del funcionamiento del servicio público que tenía a su cargo. Si resulta que ha permanecido en estado de inercia, no intentando obtener los recursos que se necesitan, ni ha hecho el menor esfuerzo para restablecer la distribución del gas, ha cometido una falta de carácter grave para justificar el término del contrato de concesión de servicio público⁹.

Este fallo afirma la necesidad de mantener el funcionamiento regular, eficiente y continuo del servicio público, en miras a satisfacer la necesidad pública. Lo mismo ocurre en el contrato de obra pública, al que se le debe dar pronto término y que en caso de existir alguna causa que impida transitoriamente su ejecución, una vez restablecida la normalidad debe iniciar nuevamente la ejecución del servicio público encomendado.

El Art. 46 de la LCE, prevee el que se produzcan daños o destrucciones por una de las causas de fuerza mayor. En caso de que esto ocurra, el cocontratante recibirá una indemnización que cubra los daños producidos.

A modo de conclusión, diremos que el cocontratante responde de todos aquellos riesgos que sean consecuencia de caso fortuito, determinado por los riesgos internos, inherentes a la propia ejecución del contrato, los que han sido aceptados implícitamente por el cocontratante; no responderá de aquellos riesgos que se deban a fuerza mayor, producidos por hechos externos y totalmente ajenos a la ejecución del contrato. Señalar la extensión de los riesgos, corresponderá al juez del contrato.

Los riesgos que surgen en la ejecución del contrato de obra pública se pueden clasificar en tres grandes grupos.

—Un primer grupo, que constituyen riesgos normales existentes en toda ejecución de contratos de obra pública

⁹ P. WEIL y M. LONG. (Nº 7), p. 138.

que han sido previstos por el cocontratante y tomados en cuenta para calcular su proposición Constituyen el álea ordinario del contrato. Los constituyen por ej.: la dureza especial de algunos terrenos, lluvias que hacen más difícil la ejecución, pequeños contratiempos, etc.

—Un segundo grupo, de riesgos no ordinarios a la ejecución del contrato de obra pública, y que como tales no han sido previstos por las partes ni éstas tenían la obligación de prever, si bien son inherentes, internos a la ejecución misma. Se tratan de daños derivados de la propia actividad a los que no cabe hacer una imputación de tipo personal. Por ej.: vicios de los materiales o errores de cálculo no apreciables en el momento de la construcción y que posteriormente originan la ruina de las obras, incendios, explosiones de máquinas y cuanto accidente fortuito se produzca en los útiles y medios auxiliares de la ejecución y por causas desconocidas, las dificultades de transporte, de mano de obra, etc. Riesgos todos, que no caen dentro del álea normal del contrato ni tenían por qué ser previstos, de los cuales el cocontratante no tiene culpa, pero que sí constituyen un riesgo creado en su propio beneficio.

—Y un tercer grupo de riesgos totalmente imprevisibles y extraños al contrato y a las relaciones jurídico-económicas que le acompañan. Es el caso de los hechos que causan un daño y que se deben a fuerza mayor.

Los dos primeros son carga del cocontratante, él soporta los riesgos y tienen su cobertura en el porcentaje de imprevistos que se consignan en los presupuestos del contrato. Este porcentaje, es una cantidad que la Administración agrega a los precios de ejecución material, en vista de los riesgos y la aleatoriedad que cada contrato lleva consigo. Se determina según el tipo de obra y las posibilidades de daño y varía entre el 1% y el 3% del total del presupuesto de la obra. Si el monto del daño sobrepasa tal cantidad, el riesgo y por lo tanto la total cobertura, es de cuenta del cocontratante.

El tercer tipo de riesgos, constitutivos de fuerza mayor, deben ser indemnizados y si son de extrema impor-

tancia para el cocontratante, pensamos será causal de terminación del contrato¹⁰.

2. LA EQUIVALENCIA ECONOMICA DE LAS PRESTACIONES

Aparece en materia de contratos administrativos, la necesidad de una equivalencia económica de las prestaciones en razón de los poderes exorbitantes de la Administración. Se constituye esta equivalencia económica como una garantía del cocontratante para lograr una igualdad entre las ventajas y las cargas que se le imponen. Es, se podría decir, la ecuación financiera del contrato¹¹. Existiendo el equivalente económico a lo largo de la vida del contrato se asegura la inmutabilidad económica de él, de ahí que cada vez que el contrato deba alterarse, surgirá la necesidad de restablecer el equilibrio financiero mediante el pago del equivalente económico adecuado.

La equivalencia de las prestaciones surge y se hace manifiesta en los siguientes casos.

2.1. POR EL PODER DE LA ADMINISTRACION DE MODIFICAR EL CONTRATO

Aquí solo cabe recordar, que la Administración al modificar el contrato, imponiendo nuevas exigencias, se ve a su vez obligada a otorgar al cocontratante una compensación integral por el mayor costo de la obra¹². En el caso que la Administración ordene la reducción o la suspensión del contrato, procederá una indemnización en beneficio del cocontratante. Tal indemnización, para el caso de suspensión definitiva de las obras, alcanzará al valor de aquellas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las de-

¹⁰ A. ARIÑO O., (Nº 3), p. 162 y ss.

¹¹ A. DE LAUBADERE, "Traité théorique et pratique des contrats Administratifs", Tomo II, p. 33, París (1933).

¹² M. COLMEIRO. "Derecho Administrativo español". Tomo II, p. 102, Madrid, (1876).

jadas de realizar. (Art. 53 de la LCE). Es así, como la Administración deberá compensar al cocontratante de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que procedieron la celebración del contrato. En caso que exista solamente una reducción o supresión de unidades de obra no se otorgará, según la legislación española, compensación alguna por el lucro cesante. (Art. 50 de la LCE). Para la determinación de las indemnizaciones por suspensión temporal o incumplimiento de las cláusulas del contrato, debe buscarse un criterio objetivo de equivalencia justa para una compensación integral sin entrar a fijarse en el grado de culpabilidad.

2.2. "FACTUM PRINCIPIS"

Son "hechos del príncipe" aquellos actos de la autoridad pública, que agravan, sin culpa, la situación de un contratante de una colectividad pública¹³.

El poder de modificación de la Administración, se refiere a modificaciones internas del contrato, mientras que el hecho del príncipe se refiere a intervenciones administrativas de tipo general, no referidas exclusivamente a un contrato, pero que suponen un cambio en las condiciones externas, fiscales, económicas, sociales, produciendo un desequilibrio en la valorización económica de las prestaciones y haciendo más onerosa la del cocontratante.

Desde ya se pueden establecer los supuestos y condiciones en que opera el llamado "hecho del príncipe".

a) Debe tratarse de una medida general de índole económica; las modificaciones específicas y concretas de carácter técnico siguen un régimen especial.

b) Debe tratarse de un acto de autoridad con eficacia tal para ser impuesto en la ejecución de los contratos, esto es, debe existir una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la elevación de las condiciones económicas del contrato. No son operantes las disposiciones

¹³ S. BADAOUT, "Le fait du Prince dans les contrats administratifs", p. 2, Paris, 1955.

de carácter general y universal que sólo de una manera indirecta son ocasión o causa de los aumentos. (política de deuda pública o manejo del crédito oficial, manejo de los tipos de interés, etc.).

c) Debe ser imprevista y posterior a la adjudicación. Si se hubiese estipulado otra cosa en el propio contrato se estará a lo en él dispuesto.

d) El daño causado por el acto de autoridad debe tratarse de un daño cierto y especial, no se tomarán en cuenta pues, disposiciones que impliquen únicamente reducción de beneficios. Así, las cargas fiscales directas no se tomarán en cuenta como tampoco aquellas que tienen un carácter absolutamente general, cuyas consecuencias pueden ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad. Librar de ellas al cocontratante sería un privilegio en relación a los demás¹⁴.

e) La falta concomitante del contratista, dolosa o culposa, exime a la Administración de toda responsabilidad por el "hecho del príncipe".

La Administración por el "hecho del príncipe", deberá indemnizar al cocontratante, siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas anteriormente. La justificación de tal indemnización se encuentra en la responsabilidad objetiva, por la cual, la Administración está obligada a indemnizar toda lesión o perjuicio antijurídico, aunque el agente que lo ocasione obre con toda licitud¹⁵. El "hecho del príncipe", se constituye como un tipo de responsabilidad extracontractual, liquidable sí en el propio contrato, en razón que se trata de una interferencia incidental de poderes rigurosamente extracontractuales que producen un sacrificio económico de la posición material que el contrato precisamente aseguraba¹⁶.

¹⁴ S. BADAOU. (Nº 13), p. 200 y ss.

ALVAREZ GENDIN, "Los contratos públicos", p. 74 y ss., Madrid.

¹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa", p. 176, Madrid, 1954.

¹⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA. (Nº 15), p. 205.

Estas indemnizaciones, deben cubrir la totalidad del daño y así lo contempla el Art. 80 de la LCE, al señalar que cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración, con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la terminación del mismo, concediéndose al empresario una indemnización que abarca incluso los beneficios futuros. (Art. 79 de la LCE y 233 del RCE).

En todo caso, cualquiera sea el criterio de indemnización, pensamos que el "hecho del príncipe" representa una obligación que no exige la idea de compensación como en el caso del poder de modificación unilateral, sino que un pago que puede ser inferior o superior al valor del daño causado.

A través del "hecho del príncipe", se impide que el cocontratante sufra un perjuicio, que no se produce por una eventualidad sino por un acto de la propia Administración. Estamos frente al álea administrativo del contrato. Esta teoría, se construye frente a una alteración de las circunstancias externas del contrato y como consecuencia de un acto de autoridad, de una disposición administrativa de carácter general debida a la Ley o a un acto reglamentario de la Administración¹⁷.

El Conseil d'Etat francés ha reconocido la teoría del "Hecho del príncipe" en el "arret" *Compagnie General Francaise des Tramways* de 21 de marzo de 1910, al establecer:

Considerando que, en la instancia interpuesta por la Compañía General Francesa de Tranvías, ante el Consejo de Prefectura, y ha sostenido que el Decreto de 23 de junio de 1903, por el cual el Prefecto de Bouches de Rhene ha fijado el horario del servicio de verano, habría sido emitido violando el Art. 11 del contrato y el Art. 14 del cuaderno de cargas, y que, habiendo derecho de las conclusiones de la Compañía, el Consejo de Prefectura ha anulado el mencionado Decreto Prefectoral; que la Compañía en las obser-

¹⁷ G. ARIÑO O. (Nº 3), p. 269.

vaciones que ha presentado ante el Consejo de Estado ha concluído en el rechazo del Ministro de Trabajos Públicos por los motivos anunciados en su reclamación primitiva. Considerando, que el Decreto del Prefecto de Souches du Rhone ha sido dictado dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas por el Art. 33 del Reglamento de Administración Pública de 6 de agosto de 1881 y de 15 de julio de 1854, las que implican para la Administración no solo aprobar los horarios de los trenes, desde el punto de vista de seguridad y de la comodidad de la circulación, sino que aún de prescribir las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar en razón del interés público, la marcha normal del servicio; que así la circunstancia que el Prefecto habría impuesto a la Compañía de tranvías un servicio diferente de aquél que habría sido previsto por las partes contratantes no sería de naturaleza tal que llevaría por sí sola, en la especie, a la anulación del Decreto Prefectoral de 23 de junio de 1903; que es por lo tanto equivocadamente que el Consejo de Prefectura, por el fallo atacado pronunciado esta anulación; que pertenecería solamente a la Compañía, si ella se creyese con el derecho, a presentar una demanda de indemnización por el perjuicio que pudiera habersele causado al agravarse las cargas de explotación. Se concluye con la anulación del fallo del Consejo de Prefectura rechazando el reclamo de la Compañía¹⁸.

Como se aprecia del fallo, se reconoce el derecho de la Administración a introducir modificaciones generales que vienen a afectar el desarrollo del contrato, reconociéndose el derecho de la parte afectada a solicitar al juez del contrato una indemnización por la mayor carga que supone esta modificación externa al propio contrato.

Ahora bien, es interesante comparar la situación francesa con lo que ocurre en Inglaterra. Como ejemplo comparativo, el caso de los desechos caseros de la City de Londres.

¹⁸ P. WEIL y M. LONG. (N. 7), p. 79.

Se plantea lo siguiente:

La eliminación de los desechos caseros en la City de Londres debía ser efectuado por una firma comercial en barcas bajando por el Támesis. El contrato se efectuó con la Corporación de la ciudad de Londres. Durante el tiempo de vigencia del contrato, la ciudad de Londres estableció nuevas leyes (equivalentes a ordenanzas) en las que se estipulaban nuevas condiciones de higiene, a las cuales las barcas de la empresa comercial no se conformaban. Ahora bien, en lo que concierne a la empresa comercial, habría sido una ofensa criminal de ellos el haber continuado disponiendo del desecho casero en las barcas que tenían. Habría sido una causa criminal por la violación de una ley hecha por la otra parte del contrato. La firma comercial demandó a la Corporación de la ciudad de Londres por violación del contrato al modificarlo unilateralmente. La Corte de Apelaciones decidió que el solo hecho que la Administración o cualquier órgano de ella hubiera participado en el contrato, en razón del interés público, no significaba que ésta estuviera limitada en su actuar por consideraciones a los contratos que hubiera efectuado. Si la higiene requiere de ciertos adelantos, no importan que se tengan acuerdos contractuales con una firma que está disponiendo de los desechos caseros por medio de métodos que han dejado de ser satisfactorios. Pese que la Administración es parte en ese contrato, no estará atada a él y no violará el contrato, sino que simplemente estará dictando una nueva ordenanza ¹⁹.

A primera vista, el sistema francés (similar al español) no tendría mayor diferencia con el sistema inglés. Pero, si apreciamos ambos fallos, se diferencian en los derechos que nacen al cocontratante para reclamar una indemnización. En el sistema francés, el propio fallo reconoce tal derecho.

¹⁹ D. TROMPSON. "Los Contratos Administrativos". Tomo I, p. 110 y ss. Faculté Internationale pour l'enseignement du Droit Comparé. Estrasburgo, 1967.

La indemnización va a surgir por la simple modificación externa del contrato producida por la Administración. En el sistema anglo-sajón, el fallo no habla en ningún momento de la posible indemnización que proceda en favor del cocontratante. La indemnización sólo va a proceder si una ley así lo reconoce. No emana de la modificación del propio contrato sino de un reconocimiento legal.

En Chile, la materia está regulada por el RCOPCH, en los Arts. 52 y 53. Estos Arts., sin ser una manifestación del poder unilateral de la Administración para modificar intrínsecamente el objeto del contrato, vienen a dar una parcial aplicación al "hecho del príncipe" en Chile.

Así pues, si durante el tiempo de ejecución del contrato se promulgan nuevas leyes sociales o de reajuste de salarios, el cocontratante podrá optar, después de la recepción provisoria de la obra, que aquella parte del contrato correspondiente a salarios y leyes sociales sea reajustado conforme lo señalan las leyes a partir de sus fechas de aplicación y hasta la fecha de recepción provisoria de las obras. En este caso, los reajustes mensuales serán pagados según el 95% de la variación del índice de precios al consumidor en el Departamento de Santiago, o sobre la parte del contrato correspondiente a leyes sociales y aumentos de salarios, éstos servirán de abono para la liquidación final de los reajustes del mismo. Los reajustes podrán pagarse con cargo al contrato vigente, sin perjuicio que posteriormente se amplíe este valor contractual por los reajustes que deberán pagarse al fin del contrato. Si durante el plazo de ejecución se aumentan los derechos de aduana o los impuestos fiscales vigentes a la fecha de la propuesta, el cocontratante tendrá derecho a que le reembolsen las mayores sumas que compruebe haber pagado por los aumentos.

Fuera de estos tipos de reajuste, no existe ningún otro y bajo ningún concepto, salvo lo que se indique en la oferta administrativa al momento de la licitación. El plazo para requerir el cobro de tales reajustes será de 180 días a partir de la fecha del estado de pago siguiente. Vencido este plazo, no se dará lugar al cobro,

La Contraloría General de la República se ha pronunciado al respecto y ha señalado, en lo fundamental, lo siguiente: ²⁰

- a) El abono por reajustes de jornales que deba efectuar el Fisco a los cocontratantes de obras públicas en aquellos casos en que se consulten en las bases administrativas una cláusula de reajuste por este concepto, se debe calcular según los porcentajes que señalan dichas leyes y no según lo señalan las bases administrativas.
- b) Si nada se dijera en el contrato sobre reajustes, el cocontratante tendrá derecho a que el Fisco le reembolse los reajustes de jornales establecidos en las leyes posteriores a la celebración del contrato.
- c) Carece de derecho a cualquier abono por reajuste cuando en el contrato se estipule que dicho contrato no es reajutable por concepto de variación de salarios.

Esta última parte del dictamen es a nuestro juicio criticable, puesto que es la propia norma reglamentaria la que incorpora al contrato la reajustabilidad de los salarios (Art. 1 y 52 del RCOPCH) y no por una simple renuncia a tal beneficio no se aplicarán tales disposiciones. ¿Qué pasaría si la Administración en todo contrato administrativo que celebra impone tal renuncia? No se debe olvidar que los contratos administrativos son contratos de adhesión de facto. Pensamos, que toda normativa en esta materia tiene por objeto velar por el interés público, que no es otro que la satisfacción de una necesidad colectiva, la cual se va a ver satisfecha en la medida que el cocontratante cumpla con la ejecución del servicio público encomendado en el contrato; esta correcta ejecución no podrá verse cumplida si se produce una reajustabilidad periódica de los salarios que incide fuertemente en la capacidad financiera del cocontratante, de ahí, que la Administración, en beneficio de ese interés general, deberá siempre indemnizar el mayor gasto por tales reajustes para lograr la correcta ejecución del contrato, y

²⁰ Dictamen de la Contraloría General de la República de Chile, N° 6.370 de 1° de febrero de 1962.

restaurar el equilibrio financiero de él. La renuncia de tal beneficio será un riesgo para la Administración, pues la ejecución del contrato se verá supeditada a la no variación de materiales o de los salarios, materia externa al contrato y que por lo tanto no obliga a la Administración, pues en caso de variar y al no operar una indemnización, el cocontratante se verá resentido económicamente con posibilidades de no poder continuar con la ejecución del contrato.

2.3. LA TEORIA DE LA IMPREVISION

En la contratación administrativa, los supuestos de mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de las obligaciones contractuales viene encuadrada en la llamada teoría de la imprevisión.

El Conseil d'Etat francés vislumbró esta teoría de la imprevisión, debido a que durante la Primera Guerra Mundial se produjo en Francia una situación jurídica anormal. Fue este hecho bélico el que impedía a los cocontratantes de las concesiones de servicio público dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales en forma satisfactoria y aquellos que las cumplían lo hacían con graves perjuicios económicos²¹. De esta situación la doctrina del Conseil d'Etat creó la teoría de la imprevisión. Inició esta jurisprudencia una resolución de 30 de marzo de 1916, en un litigio entre el Municipio de Burdeos y la Société du Gas de la mencionada ciudad. El "arret" en su parte principal, dice:

"Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisita de las naves hechas con motivo de la guerra marítima; el alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene un carácter excepcional, sino que entra-

²¹ L. M. JACQUEMARD, "La Theorie de l'imprévision et la gestion de services publics concédés". Thèse, Alger, 1928, p. 31 y ss.

ña en el coste de la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumentos que hubieran podido ser previstos por las partes al momento de contratar; que, como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente desequilibrada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del cuaderno de cargas, como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar, para poner fin a estas dificultades temporales, una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con la ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor, más arriba descrita, que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que ha lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual pertenecerá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar, teniendo en cuenta todos los hechos de la causa, el monto de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón de las circunstancias extracontractuales, en las cuales ella habrá debido asegurar el servicio durante el período considerado”²².

²² M. HAURIOU, “La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929”. Tomo III, p. 579, París.

El Conseil d'Etat, en esta jurisprudencia dictada para el contrato administrativo de prestación de un servicio público y que después se extendió a todos los tipos contractuales administrativos, señala que no puede reprochársele ninguna falta al cocontratante cuando se halle imposibilitado de cumplir su contrato en las condiciones convenidas con la Administración, a raíz de un evento de fuerza mayor o dificultades completamente excepcionales y que no podían preverse. ¿Cómo podría pensarse en poner término al contrato si el cocontratante no cumple sus obligaciones? En efecto, si ya no está en condiciones de cumplirlas, ello no se debe a ningún modo a su falta ni a su hecho. Si se produjera tal resolución, se haría soportar al cocontratante, y solo a él, las consecuencias de hechos dañosos producidos por fuerza mayor o por imprevisiones en el contrato que van más allá de lo que razonablemente se podía prever, cuando debería liberársele del cumplimiento de tales obligaciones. Pero, la naturaleza de los servicios que se ejecutaban, en los que estaba presente el interés público, mueve a la Administración a dar a entender al cocontratante que no debe dejarse vencer o detenerse en la ejecución por dificultades excepcionales, que ellas deben ser superadas con éxito y que en recompensa, podrán estar seguros que al momento de "arreglar cuentas" se considerarán las dificultades imposibles de prever al momento de celebrarse el contrato y que modifican profundamente las condiciones económica del mismo. Esto no significa enriquecer al cocontratante, sino que equivale a ponerle a salvo de los riesgos imprevistos, se le da solamente la posibilidad de continuar asegurando el servicio público, cuyo funcionamiento o ejecución se ha alterado por estos hechos que las partes no podían prever y que ha alterado seriamente la economía del contrato. Una vez que ha pasado el período de dificultades y la situación vuelve a ser la misma que al comienzo del contrato, se volverá a la ejecución normal prevista en él.

La imprevisión se constituye pues como una causa de revisión de los contratos, y no como en la fuerza mayor en

que ésta última se constituye en causal de exoneración del contrato²³.

En Italia, el Art. 1.467 del C.C., estableció la resolución o la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, disposición que ha sido aplicada a los contratos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando no se establezcan normas de revisión de precios en el propio contrato.

En Alemania se ha estructurado esta teoría a través de la cláusula "rebus sic stantibus", que aunque diferente a la imprevisión pretende la misma finalidad²⁴. En Inglaterra, aparece la llamada teoría de la "frustratio", similar a la imprevisión²⁵. En los Países Bajos, ocurre lo mismo que en Francia²⁶.

En España, no se acepta de forma general la imprevisión, se han buscado otras fórmulas que vengán a corregir los cambios bruscos de la economía y que afectan a los contratos administrativos, como son las leyes de revisión de precios, decretos de compensaciones, etc. (Situación similar a la chilena). En la Administración local, su admisión es total en los Arts. 126, 127 y 152 del RCCL²⁷.

La teoría de la imprevisión en la contratación administrativa se traduce en lo siguiente. Ocurre que por circunstancias posteriores a la conclusión del contrato, y que las partes no han podido razonablemente preveer, se produce un grave desequilibrio en la economía contractual en términos que hace excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una de las partes. El problema se va a traducir en determinar quién soporta el gravamen mucho

²³ G. ARIÑO O. (N. 3), p. 284.

²⁴ H. ZWAHLEN. "Le contrat de Droit Administratifs", p. 643 y ss., Basel, 1958.

²⁵ J. D. B. MITCHELL. "Jurisprudence récente relative aux contrats administratifs en Grand Bretagne", Rev. Droit Public, Mayo-Junio 1959, p. 461 y ss.

²⁶ H. K. DUHOUX. "Los contratos de obra pública de la Administración". RAP. N° 21, p. 343.

²⁷ S. MATÍN RETORTILLO. "La institución contractual en el Derecho Administrativo". RAP. N° 29, p. 90 y 91.

mayor del previsto; la Administración o el cocontratante. Hay que dejar establecido, que tales hechos o circunstancias extraordinarias no han podido preverse, puesto que si han podido ser previstas o incluso siendo imprevisibles no alteran substancialmente el equilibrio económico del contrato. Se estará aquí ante el álea económico ordinario que no produce modificación al régimen contractual.

Cuando tales circunstancias imprevistas trastornan la economía del contrato de tal forma que si bien, no hacen imposible la ejecución, —pero sí mucho más onerosa—; o cuando el déficit, —sobrepasando el riesgo normal—, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el cocontratante tiene el derecho de solicitar a la Administración que venga a repartir con él este riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada según el déficit y con el objeto de compensarle parte de él²⁸.

Así pues, la imprevisión debe reunir ciertos requisitos generales que se podrían expresar en los siguientes:

a) Imprevisibilidad del hecho. La circunstancia que motiva el cambio de las condiciones económicas del contrato debe ser imprevisible al momento de la celebración de él, puesto que si estaba previsto o era previsible, se debe entender que el cocontratante pactó asumiendo el riesgo que el contrato se transforme en un contrato más oneroso para él. Si el hecho dañoso era evitable, los riesgos habrán de ser imputados al cocontratante por falta de diligencia.

b) Tal evento, debe ser independiente de la voluntad de las partes, o sea, no estar al alcance de ellas impedirlo. Sobre todo, debe ser independiente de la Administración, si no existiría el llamado “hecho del príncipe”, que es la diferencia del álea económico del álea administrativo.

c) Posibilidad de cumplimiento del contrato, o sea, posibilidad de continuar en la ejecución de él.

d) Aumento en la onerosidad de la prestación. Este aumento, debe ser un aumento grave, no basta que el cocon-

²⁸ G. PEQUIGNOT. “Des Contrats Administratifs”. Fasc. 511, p. 82. (Jurisclasseur). París, 1953.

tratante haya dejado de percibir los beneficios justos que le corresponden, sino que debe ser tal el evento, que produzca un desequilibrio extraordinario en las condiciones del contrato, repercutiendo también en las condiciones normales de la vida social, o en el desarrollo ordinario de los negocios, o en las relaciones económicas de los individuos, circunstancias que de haberse producido al momento de la conclusión del contrato hubiesen llevado a los contratantes a no celebrar dicho acuerdo.

e) Que la modificación de las condiciones de ejecución y la consiguiente onerosidad, no hayan llevado al cocontratante a interrumpir la ejecución del contrato ²⁹.

Los hechos que pueden dar origen a la aplicación de la imprevisión pueden ser hechos de la naturaleza, del hombre, o de las cosas, que deberán de ser apreciados en cada caso particular.

2.3.1. El principio de la Buena Fe

Los contratos deben ejecutarse de buena fe. Principio aplicable a todo contrato. En la contratación administrativa este principio adquiere especial importancia como compensación a los poderes exorbitantes de la Administración y debido además a la situación de colaboración en que se coloca el cocontratante en estos contratos.

Hoy en día, la Administración moderna adquiere nuevas responsabilidades y asume nuevas tareas de diversa índole, sean éstas sociales, económicas, culturales, etc., y ante lo cual los ciudadanos sienten una dependencia real ante la Administración, lo que determina además una pérdida de sus propias libertades que sólo puede compensarse con la correcta aplicación del principio de la buena fe ³⁰.

La colaboración del particular para la obtención de los fines encomendados a la Administración, se expresa en todo su sentido en la contratación administrativa. La colabora-

²⁹ L. DE LA MORA R. "La teoría de la Imprevisión". Rev. de Derecho y Jurisprudencia de Chile, Tomo XXX, p. 73 y ss.

³⁰ J. L. VILLAR PALASÍ. "Derecho Administrativo". Tomo I, p. 549, Madrid, 1974.

ción es por cierto interesada, existe una contraposición de intereses entre las partes contratantes, pero tales intereses se encuentran subordinados al fin del contrato o sea al interés público.

De esta configuración del contrato administrativo emana el derecho de la Administración a exigir al cocontratante el máximo de sus esfuerzos para la correcta conclusión del contrato, además que ella cuenta con un conjunto de prerrogativas que se manifiestan en la ejecución del contrato y ubican a la Administración en un plano de superioridad contractual. De esta especial relación, la Administración tiene para con el cocontratante una especial obligación de equidad y buena fe, necesaria para conseguir el clima de confianza en la ejecución del contrato³¹. Esta buena fe determina por lo tanto los derechos y obligaciones de la prestación, y se constituye en el fundamento último del enriquecimiento injusto, de la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", y también de la teoría de los riesgos imprevisibles.

Al estar presente el interés público en el seno del contrato administrativo, la buena fe debe orientarse a esa finalidad que determinará en cada caso el alcance objetivo de ella. De ahí, que la buena fe administrativa mira, sobretudo, al fin de interés general del contrato, más que al propio interés pecuniario de la Administración³².

2.3.2. La igualdad de las cargas públicas.

En Doctrina Civil se han diferenciado claramente los casos de fuerza mayor, que suponen una imposibilidad de ejecución de la prestación, a los casos de riesgo imprevisible atribuyéndoseles a cada uno efectos jurídicos distintos según el hecho imposibilite el cumplimiento o lo haga mucho más oneroso³³.

³¹ G. PEQUIGNOT (Nº 28) Fas. 511, p. 33. M. HAURIUO. "Précis élémentaire de Droit Administratif", p. 445, París, 1943.

³² C. ARIÑO O. (Nº 3), p. 296.

³³ R. ROCA SASTRE. "Estudios de Derecho Privado". Tomo V, p. 237 y ss., Madrid, 1948.

En la teoría de la responsabilidad, la fuerza mayor se caracteriza por la falta de imputabilidad del hecho, falta de dolo o culpa o de relación de causalidad, debiéndose reunir además tres caracteres del hecho. La imprevisibilidad, la exterioridad y la inestabilidad³⁴.

Si un hecho de fuerza mayor incide sobre la relación contractual, con una alteración de las circunstancias y produciendo un daño, pueden ocurrir las siguientes situaciones:

- a) Que exista una imposibilidad absoluta y perpetua del cumplimiento del contrato.
- b) Que exista una imposibilidad relativa, sea en relación al tiempo, para que luego de transcurridas tales circunstancias y vuelta a la normalidad renazca la posibilidad de ejecución o, en relación al sujeto, —en el caso que la prestación es realizable físicamente, —pero que este sujeto determinado no la pueda cumplir por falta de capacidad económica, o, en relación a la obligación misma, al determinarse que no toda la prestación se hace imposible, pero sí parte de ella, al menos en cuanto al término de la ejecución y a los plazos convenidos.
- c) Que exista posibilidad de cumplir el contrato, pero en unas condiciones que alteran totalmente la economía de él, haciéndolo ruinoso para el cocontratante³⁵.

En Derecho Civil, se reconoce la posible fuerza mayor en los dos primeros casos. Se debe recordar que en los contratos civiles los intereses de las partes son contrapuestos, y en el caso que exista una excesiva onerosidad sobreviniente por fuerza mayor, para evitar el daño a una de las partes, no podría trasladarse ese daño a la otra, que tampoco tiene culpa, traslación que por lo tanto no se justifica, ni la ampara el Derecho Civil. Si entre ellos no se llega a un acuerdo para evitar la ruina del deudor, el juez carece

³⁴ F. SOTO NIETO, "El caso fortuito y la fuerza mayor", p. 14, Barcelona, 1965.

³⁵ G. ARIÑO O. (Nº 3), p. 300.

de facultades para imponer al acreedor una solución que éste rechaza; sería una arbitrariedad³⁶.

En Derecho Administrativo, siguiendo la posición privatista, se ha distinguido entre la fuerza mayor, como causa de incumplimiento y como causa de grave onerosidad en el cumplimiento de la prestación, cada uno con efectos jurídicos distintos, cuando de hecho no hay más que mínimas diferencias³⁷.

En la relación contractual administrativa, los intereses no son contrapuestos, puesto que por sobre el interés de cada una de las partes, está el interés general, el interés público al que sirve el contrato.

La teoría de la responsabilidad de la Administración, está presidida por el principio de igualdad ante las cargas públicas, sea en la responsabilidad aquiliana como contractual, lo que va a permitir justificar el traslado de los riesgos en caso de excesiva onerosidad sobreviniente. El contratante es un colaborador de la Administración en la satisfacción de una necesidad pública, pero por esa colaboración espera tener un beneficio justo y equitativo lo que lo obliga a soportar los riesgos ordinarios en razón de las posibles ganancias que le produce el contrato. Si surgen cargas verdaderamente extraordinarias, éstas se trasladan a la Administración, se colectiviza el riesgo repartiéndose las cargas entre todos aquellos que se benefician de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra. La sociedad, a través de la recaudación impositiva, soporta el riesgo.

En definitiva, en los contratos administrativos, se admite la fuerza mayor en los casos de excesiva onerosidad sobreviniente.

En razón de la finalidad pública del contrato, se ve la necesidad de que éste se cumpla de la mejor forma posible y en el tiempo más breve posible, que se cumpla

³⁶ G. JEZE. "Principios generales de Derecho Administrativo". Tomo V, p. 10, Buenos Aires, 1950.

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA. (Nº 1), p. 102 y ss.

en la forma que más se adecúe a la satisfacción de la necesidad pública. Si la Administración contrata, es para que el contrato se cumpla, cualquiera sean las circunstancias modificatorias que a lo largo de la ejecución se produzcan. De ahí, que es necesario darle al cocontratante las condiciones para poder realizarlo. No podría obligarse al cocontratante al cumplimiento forzado del contrato pues es de seguro que quedaría en la ruina y no podría cumplir las obligaciones contractuales, lo que va en desmedro de la participación de futuros cocontratantes en este tipo de contratos, además del perjuicio para la propia comunidad que no va a ver satisfecha la necesidad pública³⁸. La teoría de la imprevisión, va a venir a compensar la excesiva onerosidad del contrato producida por circunstancias imprevisibles, con lo cual se va a hacer posible la ejecución del contrato.

Frente a la imposibilidad, o posibilidad de continuar la ejecución del contrato debida a la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, pueden suceder las siguientes situaciones³⁹:

- a) La terminación del contrato, o sea, que se deje de prestar la obligación, frente a una imposibilidad de cumplimiento, incluso forzado.
- b) La suspensión del contrato, o sea, que se deje de prestar la obligación hasta que pasen las circunstancias imprevistas que hacen más oneroso el cumplimiento del contrato.
- c) La revisión del contrato, o sea, que se realice la prestación, pero haciendo participar a la otra parte en la carga extraordinaria que se deriva de los hechos imprevistos, que permitirá su continuación.

Pensamos, con la mayor parte de la Doctrina, que es la última situación la que se debe adoptar con preferen-

³⁸ L. LÓPEZ RODÓ y A. GUAITA. "Los contratos de obras públicas en España". Actas del X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Madrid, 1956, p. 297 y ss.; M. HAUIROU. "La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales". Rev. de Derecho Privado N^o 148, p. 5 y ss., 1926.

³⁹ G. ARIÑO O. (N^o 3), p. 307.

cia sobre las otras⁴⁰. La revisión del contrato es la solución más justa y socialmente más conveniente, pues por hechos imprevisibles que alteran la economía contractual, la terminación no sería lo más adecuado, por las múltiples razones que se han expuesto, además, que lo que se pretende aquí, no es exonerar a las partes de sus obligaciones con la pérdida de los derechos que se propuso adquirir, sino que se trataría de restablecer el equilibrio económico perturbado. La suspensión del contrato, es la solución intermedia, pero también poco adecuada, debido a que la ejecución del contrato responde a una necesidad pública actual y en muchos casos urgente, lo que implica la ejecución pronta del servicio público. Puede ocurrir, que con el transcurso del tiempo cambie la necesidad pública y no se haga necesaria, lo que se va a traducir en una terminación del contrato en un futuro, situación que produce incertidumbre en el cocontratante y de ahí su posible no aceptación.

Así, con la revisión del contrato, se consigue la ejecución de él y por lo tanto, la realización del interés público comprometido. Frente al caso de excesiva onerosidad sobreviniente, el interés público exige que se hagan las necesarias adaptaciones, sea mediante el acuerdo de las partes contratantes que establecen nuevas condiciones para enfrentar el hecho imprevisto, bien a través de la modificación judicial de los precios del contrato, o del otorgamiento al cocontratante de una indemnización compensadora por tal onerosidad sobrevinida.

La exigencia básica, como se ha señalado, es que el cocontratante no interrumpa la ejecución del servicio público, a pesar de esta eventualidad económica. Si interrumpe la ejecución, sin mediar causa alguna, pierde el derecho a obtener una ayuda de parte de la Administración. Se debe señalar, que en caso imprevisión por fuerza mayor, existen situaciones que no imposibilitan totalmente el cumpli-

⁴⁰ GONZÁLEZ NIETO, E. "La cláusula *rebus sic stantibus* en la contratación administrativa, p. 548, REVL. N. 46; JEZE, G. (Nº 36), p. 10, Tomo V.

miento de la prestación, pero sí llevan consigo una demora que les impide cumplir el contrato en el tiempo estipulado. Pues bien, frente al hecho imprevisto que causa una excesiva onerosidad sobreviniente al contrato, la Administración de nada saca exigir el cumplimiento contractual, si aquello lleva a la ruina del cocontratante, lo que provoca, consecuentemente, el término de la colaboración y la interrupción de la ejecución. De ahí, que la Administración no pueda permanecer indiferente, debe acudir en ayuda del cocontratante otorgándole una compensación pecuniaria y aumentando los plazos.

Esta ayuda pecuniaria, debe ser razonable y equitativa y debe responder siempre a una situación extracontractual. Ahora bien, le corresponderá a las partes o al juez establecer las nuevas condiciones que son necesarias para la continuación de la ejecución del contrato. La indemnización compensatoria comprenderá todo el déficit producido durante el período extracontractual en una relación entre lo recibido en ese período y el alza desmedida que produjo el trastorno económico⁴¹. Así, la determinación de esta ayuda o compensación lleva consigo tres momentos operacionales fundamentales. El primero es la determinación del momento en que el cocontratante puede pretender una indemnización. Si el hecho imprevisto es de orden natural, el período extracontractual se establece en ese momento. Si se trata de un déficit de la empresa ejecutora de la obra, por la elevación de precios de materias primas, cargas sociales, etc., el momento se determina por el hecho de que se haya sobrepasado el precio límite y que tal aumento lleve consigo un desequilibrio grave de las prestaciones del contrato, o sea una ruptura del equilibrio económico que las partes pudieron prever⁴².

El problema aquí, se traducirá en determinar hasta dónde las partes pudieron prever las variaciones de los precios, lo que dependerá de los riesgos propios del contrato celebrado.

⁴¹ A. DE LAUBADERRE (Nº 11), p. 124, Tomo III.

⁴² G. PEQUIGNOT. (Nº 28), fasc. 511, p. 38.

La segunda operación deberá ser la determinación del monto del perjuicio sufrido por el cocontratante en tal período. Se trata de establecer la relación de los gastos y de los ingresos en el período extracontractual, para determinar el saldo de déficit sufrido⁴³.

Así, deberán seguirse las siguientes reglas:

- a) Los resultados anteriores al hecho imprevisible no deben ser tomados en cuenta para el cálculo de la carga extracontractual. No se considerarán ni los beneficios anteriores ni las pérdidas anteriores⁴⁴.
- b) Debe ser tomada en cuenta la totalidad del déficit que se manifiesta en el período extracontractual, sin que se distinga entre el déficit previsible y déficit imprevisible.
- c) Para establecer la carga extracontractual se debe tomar en consideración todo el contrato. Así, puede ocurrir que en un mismo contrato lleve consigo varios trabajos a ejecutar, si alguna de aquellas ocasiona pérdidas y otros beneficios, pérdidas y beneficios deben compensarse.
- d) Sólo se debe observar ese contrato y no otros contratos administrativos celebrados por el mismo cocontratante.
- e) La prueba de esta carga contractual que origina el desequilibrio del contrato corresponde al cocontratante⁴⁵.

Así, en base a estos criterios se determinará cuál es el perjuicio real debido a la imprevisión, desechando todo perjuicio que se deba a una mala gestión en la ejecución de la obra.

Hecho el balance de ingresos y gastos en este período extracontractual, si éste es negativo y supone una alteración de la economía contractual, dará derecho al cocontratante para que se fije la indemnización que proceda⁴⁶. Frente a la liquidación inmediata de la indemnización, la Doctrina ha planteado que en contratos de larga duración,

⁴³ M. HAURIUO. (Nº 22), Tomo III, p. 638 y ss. "arret" Gaz. de Bordeaux.

⁴⁴ G. JEZE. (Nº 36), Tomo V, p. 70.

⁴⁵ J. DE SOTO. "Jurisprudence sur les contrats". Revue du Droit Public. Oct.-Dic. 1963, p. 1055 y ss.

⁴⁶ L. JACQUEMARD. "La théorie de l'imprevisión et la gestion de services publics concédés", p. 77, París, (1928).

como el de obras públicas, puede ocurrir que también surjan posteriormente beneficios imprevisibles que vengan a compensar los daños imprevisibles. Ante este planteamiento, podemos decir, que es factible que se produzcan tales beneficios pero es difícil. Las relaciones económicas por lo general tienden a aumentar los costos y en el mejor de los casos a mantenerlos, luego los posibles beneficios imprevisibles se hacen cada día más difíciles pues siempre existirá una compensación por alguna carga sufrida por el cocontratante. Además, la Administración deberá optar por la interrupción definitiva de la ejecución del contrato ante la imposibilidad de continuar por parte del cocontratante en la ejecución del servicio público sin que medie una compensación al momento en que se produce el desequilibrio contractual, o una liquidación de la indemnización compensatoria por la excesiva onerosidad y los posibles beneficios futuros e imprevisibles al momento del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales⁴⁷. De ahí, que se optó por el anticipo reembolsable para asegurar la marcha de los trabajos, pero en caso de producirse tales beneficios, el cocontratante debía devolver el remanente después de efectuada la compensación entre pérdidas anormales y beneficios anormales, siempre y cuando los beneficios superen a las pérdidas.

Determinada la carga extracontractual, se trata de determinar ahora qué parte de estas consecuencias onerosas de la imprevisión debe soportar el cocontratante y qué parte debe soportar la Administración.

Se debe tener presente, que la indemnización por imprevisión no puede venir a otorgar un beneficio al cocontratante. Sólo debe cubrir parte del daño emergente, sufrido a consecuencia de la onerosidad sobreviviente por la ejecución del contrato. Jamás la indemnización por imprevisión vendrá a cubrir el lucro cesante⁴⁸. Además, la indem-

⁴⁷ G. JEZE, (Nº 36), Tomo V, p. 64; M. HAUBOU, "Note au "arrêt" Gaz de Nice, de 27 de junio de 1919". En (Nº 22), Tomo III, p. 640 y ss.

⁴⁸ G. PEQUIGNOT, (Nº 28) fasc. 511, p. 41.

nización por imprevisión no cubre la totalidad del perjuicio sufrido por el cocontratante. Es cierto que la Administración cubre la mayor parte, pero siempre queda una carga para el cocontratante. Por último, el juez del contrato deberá tener en cuenta en la distribución de las cargas, la especial situación en que se encuentra el cocontratante en el contrato, además de todas aquellas actitudes para superar los hechos imprevistos que repercuten en la ejecución del contrato⁴⁹, tales como, capacidad financiera, diligencias para superar la crisis, etc. De ahí, que no va a existir expresamente estipulado, una distribución fatal, sino que se le entrega al juez y a su poder discrecional, la posibilidad de fijar en cada caso el reparto de la onerosidad sobreviviente. El juez de la causa las apreciará equitativamente⁵⁰.

El período extracontractual, que supone la imprevisión, es necesariamente temporal, puesto que las circunstancias extraordinarias e imprevistas son a su vez temporales, o sea dejan de existir una vez transcurrido un cierto período de tiempo. La imprevisión, se estableció como fórmula para restablecer la economía contractual desequilibrada en un período crítico pero absolutamente momentáneo y entendiéndose que una vez transcurrido el cocontratante recobra los beneficios que le reportaba tal contratación. Es por eso que sea necesario determinar cuando dejan de existir estas circunstancias que originan el período crítico y momentáneo, los que no se podrían prolongar durante todo el contrato pues atentaría directamente contra la figura de la imprevisión que, como hemos dicho, se aplica sólo para superar un momento crítico. Se podría decir que dejan de existir estas circunstancias imprevisibles que originan la excesiva onerosidad cuando las nuevas condiciones se transforman en definitivas, con lo cual deja de existir el período extracontractual y la teoría de la imprevisión ya no se hace necesaria. Esto no significa volver a las condiciones del contrato original, sino que será necesario reestructurarlo conforme a las nuevas condiciones que en este

⁴⁹ G. PEQUIGNOT, (Nº 28) fasc. 511, p. 42.

⁵⁰ C. JEZE. (N. 36), Tomo V, p. 79.

momento existen y con el único fin de restituir en forma definitiva y total la economía contractual que se había visto destruida.

Para concluir el análisis diremos que la imprevisión hunde sus raíces en la equidad y encuentra en la contratación administrativa un fundado motivo de aplicación, —el interés público—, finalidad de contrato que debe ser en todo momento el real conductor del mismo. El contrato administrativo, constituye un medio más para satisfacer necesidades públicas, tiene como fundamento la utilidad general y como objeto, la prestación de un servicio público. A través del contrato, se realizan obras indispensables para el progreso de la colectividad, existe un verdadero interés social de que la obra se ejecute en forma eficiente, de que se cumpla el contrato dentro de plazo, todo lo cual hace que el Estado y la propia comunidad deban prestar toda su colaboración y ayuda en los momentos en que el cocontratante sufre daños económicos que necesariamente inciden en la ejecución regular del contrato. He ahí, la importancia de la teoría de la imprevisión, que tiene como finalidad restablecer el equilibrio económico contractual, roto por una eventualidad imprevista, que hace mucho más onerosa el cumplimiento de la obligación contractual, evitándose con ello, el conflicto por lesión del interés público inserto en el contrato y que la Administración, más que ninguna otra persona está obligada a resguardar.

A B R E V I A T U R A S

C. C. Español	=	Código Civil Español
C. C. Chileno	=	Código Civil Chileno
L. C. E.	=	Ley de Contratos del Estado de España
R. C. O. P. Ch.	=	Reglamentos de Contratos de Obra Pública Chileno
R. C. C. L.	=	Reglamentos de Contratos de las Corporaciones Locales de España
R. C. E.	=	Reglamento de Contratos del Estado de España
R. A. P.	=	Revista de Administración Pública (Madrid)
R. E. V. L.	=	Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid)