

# Los renovados alcances del régimen jurídico exorbitante del Derecho contractual público<sup>1</sup>

RAQUEL CYNTHIA ALIANAK<sup>2</sup>

## RESUMEN

En el presente escrito, el cuestionamiento radica en si se hace necesario redefinir o repensar –dentro del Contrato Administrativo– la presencia y alcance de fuertes potestades y prerrogativas públicas, como de la esencia de dicho acto jurídico, denominadas aún hoy en día, como las cláusulas exorbitantes del Derecho privado.

Y para realizar un renovado abordaje de este tema, debemos necesariamente focalizar –como cuestión prioritaria– la finalidad que persigue la contratación pública, esto es, la satisfacción de los intereses públicos, de los intereses de la sociedad involucrados en cada contrato, circunstancia que diferencia a esos actos jurídicos de los contratos del Derecho privado.

**Palabras clave:** Prerrogativas públicas; Cláusulas exorbitantes; Derecho privado; Derecho contractual público.

- 1 Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2019. Para citar el artículo: Alianak, R. (2019). Los renovados alcances del régimen jurídico exorbitante del Derecho contractual público, en *Revista Con-texto*, n.º 52, pp. 147-160. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n52.07>. Este documento fue presentado en las Jornadas de REDOEDA (Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo en Costa Rica).
- 2 Máster en Comparative Law University of San Diego (EEUU). Profesora titular de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UNR). Profesora titular de Derecho Administrativo y Práctica Profesional en Derecho Público (Facultad de Derecho, UCEL Rosario). Profesora Titular de Instituciones de Derecho Administrativo y de Derecho Administrativo Especial (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UCA Rosario). Co-Directora de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo (UNR). Profesora de la Carrera de Posgrado de Especialización en la Magistratura (UCA, Rosario). Asesora Jurídica de la Cámara Argentina de la Construcción, Delegación Rosario. Miembro fundadora de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

## THE RENEWED SCOPE OF THE EXORBITANT LEGAL REGIME OF PUBLIC CONTRACT LAW

### ABSTRACT

In this writing, the question is whether it is necessary to redefine or rethink – within the Administrative Contract – the presence and scope of strong powers and public prerogatives, as of the essence of legal act, called even today, as the exorbitant clauses of private law. In order to carry out a renewed approach to this topic, we must focus –as a priority– the intent of the public employment, which is the public interests satisfaction, the society interests involved in each contract, a circumstance that differentiates to these legal acts of private law contracts.

**Keywords:** Prerogatives; Exorbitant Clauses; Private Law; Public Contract Law.

I. La finalidad en el contrato de obra pública radica en que esta puede concluirse y ser gozada por la comunidad; y en aquellos contratos cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos, la finalidad apunta a que aquellos puedan ser prestados de modo eficiente y con calidad a los ciudadanos.

La persecución de esas finalidades ha sido la que en otras épocas ha justificado la presencia, preeminencia y el ejercicio preponderante de prerrogativas muy fuertes por parte del ente estatal contratante, reguladas aún hoy en día en algunos ordenamientos jurídicos con mayor intensidad que en otros.

El acento fue puesto en aquellas prerrogativas, las cuales en muchas oportunidades se han visto exacerbadas por la práctica contractual pública, pretendiendo el Estado, al imponerlas, prevalerse de una posición dominante, a veces ejerciendo una gran discrecionalidad con pocos límites, y otras con descuido –a la postre– de aquella finalidad pública que determinó esa contratación, teniendo en mira, de ese modo, otro tipo de consideraciones.

Dichas potestades, en algunos casos, han sido equilibradas y disminuidas en ciertos tópicos del Derecho contractual público, tal como se advierte, por ejemplo, en la normativa europea de contratación pública (Directiva n.º 24/14 de la UE), trasvasados a la ley de contratos públicos n.º 9/17 de España; pero en otros aspectos del *iter* contractual, ello no ha sucedido.

Basta recordar como ejemplo de este último supuesto, la potestad o prerrogativa reconocida a la Administración contratante por el Art. 190 de la Ley n.º 9/17 de España, idéntica al texto empleado en el Art 12 inciso "d" del Decreto n.º 1023/01 de Régimen de Contratación del Sector Público Nacional de Argentina, de interpretar unilateralmente el contrato y de resolver todas las dudas que ofrezca su cumplimiento.

Esta facultad unilateral sin participación alguna de la otra parte, se desvincula en forma total de los criterios objetivos de interpretación de las normas jurídicas, y en especial de

los contratos –contenidos en la legislación de fondo–, y tal como está prevista, no honra los principios de confianza legítima y lealtad que las partes se deben recíprocamente, de la esencia de los contratos privados (conforme al Art. 1067 del Código Civil y Comercial) y aplicable a los contratos públicos por nutrida jurisprudencia en tal sentido. Aludimos a ese deber de coherencia en el comportamiento, en relación directa con la teoría de los actos propios. Y ello se advierte en forma más patente, desde que el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina ha revigorizado el estándar de la “buena fe” de ambas partes en la interpretación contractual, obligando no solo a lo que está expresado sino asimismo a las consecuencias que pueden considerarse comprendidas, con los alcances en que razonablemente se hubiere obligado un contratante cuidadoso y previsor (Art. 961), a partir de la común intención de las partes.

Como consecuencia de lo expuesto, aquella prerrogativa del ente estatal de interpretación unilateral de toda cuestión que se suscite durante la ejecución del contrato, en cada una de las fases de dicho acto jurídico, así como de todo problema que pueda surgir en su transcurso, también conspira con el deber de colaboración de ambas partes en la consecución del bien común, propio del contrato administrativo, deber que se encuentra reforzado por tratarse, por lo general, de contratos de larga duración, respecto de los cuales las previsiones actuales del Código Civil y Comercial (Art. 1011) prescriben dicho deber, así como el de brindar una oportunidad razonable para renegociar de buena fe.

Aquella “potestad” de la Comitente pública, consagrada normativamente en la regulación de los contratos administrativos, parece estar entonces “desvinculada” del Derecho de fondo y aun del Estado de Derecho, en tanto las reglas de interpretación de un contrato, en caso de duda, están plasmadas en el Código Civil y Comercial, a las que debemos acudir (Art. 2, para toda norma jurídica, y Art. 1065 y siguientes, específicamente para los contratos), no pudiendo un contrato público apartarse de las mismas.

Toda norma jurídica debe ser interpretada conforme al Derecho sustancial, por el significado de las palabras, por sus finalidades, por la analogía, y por las disposiciones que surgen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de los principios y valores, de modo coherente con todo el ordenamiento (Art. 2 citado).

Y si a los contratos en particular nos referimos, el test de análisis para su interpretación parte de visualizar conforme al Art. 1065 antes citado, el significado contextual de las palabras, y –de no ser suficiente– deberá acudirse a las circunstancias de la celebración, a las negociaciones preliminares, a la conducta de las partes, incluso las posteriores a la celebración y a la finalidad del contrato. Todo ello también considerando el orden de prelación normativas que establece la legislación sustancial.

II. Creo entonces que si focalizamos concretamente la finalidad por la cual se ha erigido y aún se lo sigue haciendo en numerosos ordenamientos contractuales públicos, la noción del “régimen jurídico exorbitante del Derecho privado”, este debe ser re-contextualizado. Ello así, en tanto se invoca que la satisfacción de los intereses generales ínsitos en cada contrato necesitan para su realización la presencia de dichas cláusulas exorbitantes; pero en realidad –y sin desprendernos de modo alguno de la finalidad señalada–, aquella se logra cuando el contrato puede llegar a buen puerto, con su objeto contractual cumplido

y las normas de orden público respetadas, y para ello hace falta utilizar también otras herramientas o mecanismos fundamentales que no recaen preponderantemente en el ejercicio de "potestades o prerrogativas de la Administración".

III. Frente a este panorama, estimo que en siglo XXI puede ser oportuno revisar los alcances del "régimen jurídico exorbitante del Derecho privado" (como propio de la contratación pública), pues los intereses públicos de la sociedad en juego mejor se satisfacen en el contrato administrativo, utilizando también el consenso activo y acuerdos de buena fe en tópicos esenciales; con la confianza legítima de que ambas partes del contrato se deben mutuamente; a partir también de una mayor predictibilidad y mayor previsibilidad para ambas partes sobre todo en la fase de ejecución; con la existencia de una real colaboración eficaz y mutua entre ellas; con plena vigencia de la tutela administrativa efectiva en el ámbito del contrato; utilizando criterios objetivos de interpretación y aplicación de la documentación contractual; con una mayor participación y coordinación equilibrada de ambas partes; y, por supuesto, con la utilización de las tecnologías de información y comunicación, para abordar con mayor transparencia los procedimientos de selección, incorporando además pautas concretas de sostenibilidad contractual en lo ambiental, laboral, ético y social. Por último, creando condiciones y posibilidades para acuerdos en los que se fomente y propicie la innovación en obras, servicios y suministros, y, finalmente, con una necesaria evaluación de los resultados de la contratación y la auditoría de sus costos, a fin de verificar su real eficacia, lo cual implica rendición efectiva de cuentas.

El principio de eficacia, de la esencia actual de todo contrato administrativo, justificaría asimismo que procedamos a reconfigurar ese régimen jurídico exorbitante, pues la eficacia en las distintas fases del contrato, ligada a la buena administración en la contratación pública, necesariamente conlleva mayor participación del contratista en la configuración de soluciones (que ya no deberían visualizarse como un estadio meramente unilateral de propuesta y/o decisión del Estado contratante), precisamente para colaborar mutuamente a fin de que el contrato pueda concluirse por la vía normal, con la obra y/o el servicio en condiciones de ser prestado.

IV. Las prerrogativas estatales tan fuertes en el ámbito de los contratos públicos tienen una raíz histórica, ya que la presencia de la llamada "cláusula exorbitante" definía la naturaleza jurídica del contrato en administrativo, reposando el foco —en forma directa— en aquellas potestades de la Administración contratante (por ejemplo, de interpretación unilateral del contrato, de rescisión por sí y ante sí, de sustitución del contratista, de potestad sancionatoria por sí y ante sí).

Su justificación provenía, conforme a la doctrina clásica de Derecho Administrativo en mi país, de sostener que esas cláusulas constitúan una derivación del ejercicio de la función administrativa (llegándose a admitir también las "implícitas"), en pos de la satisfacción de los intereses públicos.

Y a este punto luego voy a regresar, pues a partir de que en el siglo XXI nos referimos a la Buena Administración en el ejercicio de la función administrativa con los principios sustanciales que la inspiran, creo que resulta necesario redefinir y renovar los alcances

de los estándares que derivan del ejercicio de dicha actividad pública en el marco del contrato administrativo.

V. El Profesor Juan Carlos Cassagne, con quien tuvimos el privilegio de compartir las Jornadas de Pazo de Mariñan este año, en el marco de las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, y presenciar su conferencia magistral de cierre, ha sido el catedrático que introdujo una noción superadora al de la "cláusula exorbitante", al sostener que en realidad debía hablarse de "régimen jurídico exorbitante del Derecho Privado", para abarcar, de ese modo, no solo las potestades y prerrogativas del Estado contratante sino asimismo los fuertes derechos y garantías del co-contratante de la Administración, como modo de preservar el equilibrio contractual, la ecuación económica financiera del contrato y el balance adecuado de derechos y obligaciones recíprocas de ambas partes, que permite que el contrato pueda llevarse a cabo, con la consiguiente satisfacción de los intereses de la sociedad que el servicio público, la obra o la adquisición pretendían satisfacer.

VI. Si pensamos en Francia, en el origen de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se parte del criterio sustancial del Servicio público (arret Terrier del año 1903), pues lo referido a la organización y funcionamiento del Servicio Público era considerado operación administrativa. Por ende, el contrato administrativo por naturaleza estaba atado a la doctrina del Servicio público, y, en consecuencia, "exorbitante" a los contratos del Derecho privado.

Dicho criterio del Servicio público fue complementado con el de las "cláusulas exorbitantes del Derecho Privado". O bien ya fuera que la prestación del co-contratante tuviera vinculación con el Servicio público (primero en lo relativo a la "organización y funcionamiento" del mismo, y posteriormente en lo concerniente al "ejercicio directo por un particular de un servicio público"), o bien que el contrato tuviera cláusulas exorbitantes, se trataba, en uno o en otro caso, de un contrato administrativo.

Es decir, que, sin serlo por el objeto, un contrato podría ser administrativo, cuando contuviera cláusulas exorbitantes del Derecho común, porque eran inusuales y resultarían ilícitas en aquel Derecho privado, determinando de ese modo que el contrato fuera administrativo por el solo hecho de contenerlas, con prescindencia de su objeto.

Se sostuvo que las cláusulas podían ser expresas y hasta implícitas, y ello fue muy resistido por otra parte de la doctrina argentina como el profesor Héctor Mairal, y el fundamento vertido respecto a las *cláusulas implícitas* residía en las características propias del ejercicio de la función administrativa, desde que contando la Administración Pública con ejecutoriedad propia respecto a sus actos, puede modificar unilateralmente las obligaciones del co-contratante, sin perjuicio de los derechos de estos últimos; puede rescindir por sí y ante sí; puede conferir al co-contratante poderes de Derecho público frente a terceros, etc.

Y si nos remitimos a la clasificación que la doctrina clásica efectuó de los contratos administrativos, advertimos que se diferenciaban los contratos de atribución (aquellos que confieren ventajas a los administrados, concesión de uso de un bien del dominio público) de los contratos de colaboración (que eran descriptos como aquellos en los que

el co-contratante se *obliga* a una prestación para satisfacer los intereses públicos, obra pública, concesión de servicio público).

Desde ya que esos entornos no podían jamás abarcar los contratos de participación público-privada, inexistentes en esas épocas, pero lo que creo que es dable verificar es que en los contratos de colaboración, la mirada estaba puesta solo en el aspecto obligacional del contrato por parte del contratista, pero no en los derechos de los que aquel goza.

VII. Ahora bien, actualmente en el régimen jurídico moderno del Derecho contractual público, y focalizando las premisas y principios que deben quedar involucradas en la idea de la Buena Administración en la contratación administrativa, ¿cómo debiéramos reinterpretar la visión y alcances del régimen jurídico exorbitante del Derecho privado?

Se trata de una inquietud que puede dar lugar a distintas respuestas y con ópticas de análisis diversas.

De todos modos, personalmente me parece relevante plantear el tema porque hay una idiosincrasia y criterios muy arraigados en algunos ámbitos de actuación administrativa, y también en algunos ámbitos jurisdiccionales, acerca de que el contrato público implica un estadio de subordinación, y no de equilibrio jurídico con miras a satisfacer su objeto: las necesidades de la sociedad involucradas en la contratación en particular.

Aún hoy, por ejemplo en Francia, textos actuales de Derecho Administrativo (como por ejemplo el de autoría de Pierre Serrand (2017, p. 244), cuando refieren al modo de determinar la existencia de un contrato administrativo, es decir cuando se focaliza en lo que algunos autores denominan el "Índice material", se sigue mencionando la "existencia de una cláusula exorbitante del Derecho común".

Los estándares que se aplican además provienen de jurisprudencia no muy reciente, citada no obstante en estas obras de edición actual, señalando que un contrato es administrativo porque tiene una cláusula exorbitante del Derecho común (como por ejemplo fallo del año 1912, "Sociétés de Granits porphyroides de Vosges", GAJA; GDJ).

¿Cómo se define a la Cláusula exorbitante, conforme a la jurisprudencia francesa?:

(i) "... como la que reconoce a la Administración Pública derechos y pone a cargo del co-contratante obligaciones que son extrañas por su naturaleza a aquellas que pueden ser susceptibles de ser libremente consentidas por cualquiera en el Derecho civil y comercial" (TC, 15/11/1999, Commune de Bourisp, nro. 3144).

Vemos que aquí solo se alude a las obligaciones del contratista, omitiendo considerar sus derechos.

(ii) o como "la cláusula que permite a la colectividad pública, después de una intimación infructuosa, ejecutar de oficio los trabajos" (TC, 27/07/1950, Peulaboef, Rec., p 668).

En este caso, solamente se focaliza la prerrogativa, y nada más.

(iii) o como "la cláusula que proporciona, a beneficio de la persona pública contratante, un poder de terminación unilateral del contrato en ausencia de cualquier incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte" (TC, 05/07/1999, UGAP c/Société SNS Activ CSA, Nro, 3167; AJDA, 12999, chron, p.554).

Y cuando se indica (en la propia obra antes citada) que la jurisprudencia más reciente –en algunos casos– ya no refiere a "cláusula exorbitante del Derecho común", de

todos modos se indica que la expresión que se acuña actualmente es la de "una cláusula que implica, en el interés general, someter al co-contratante a sujeciones exorbitantes en el contrato" (Tribunal de Conflictos, 13/10/2014, SA AXA IARD ; nro. 3963; AJDA, 2014, Chron, p. 2.180).

Otros pronunciamientos aún más recientes, como el del T.C. del 06/06/2016 ("Commune d'Aragnouet c/ Commune de Vignec", n.º 4051), también refieren a un poder de sujeción del contratista al Estado. En este caso, debiéndose determinar la naturaleza jurídica de un contrato de locación de un conjunto inmobiliario que pertenecía al dominio privado de la Comuna de Joinville-le-Pont, celebrado con una asociación, el Tribunal sostuvo que debe verificarse si el contrato tiene una cláusula exorbitante del Derecho privado, es decir, "cláusulas que en el interés público, someten al co-contratante a sujeciones exorbitantes", y, en ese supuesto, el contrato caerá bajo el régimen exorbitante de los contratos administrativos.

La justificación de esos poderes particulares de la Administración Pública, de acción de sujeción, se basa en que ellos están destinados a satisfacer el interés general (ob. cit., p. 247).

Creo que esta visión del contrato público deja de lado en forma patente y manifiesta, otros medios también necesarios e imprescindibles para satisfacer esos intereses generales.

Por ende, en Francia aún hoy existe una concepción muy fuerte de las prerrogativas, como elemento determinante para que los intereses públicos que el contrato pretende satisfacer, realmente se concreten<sup>3</sup>.

En algunas otras obras<sup>4</sup> de Derecho administrativo actuales, esa idea de poder de sujeción extraordinario del particular a su ente contratante, se ve suavizada al mencionar algún fallo más moderno, del año 2010, en el cual el Tribunal aplicó el principio de confianza legítima, honrando las expectativas generadas por la confianza legítima que los ciudadanos habían depositado en el Estado (lo que denomina las "promesas del Estado"), a favor de estos últimos<sup>5</sup>.

- 3 Una de las pocas modificaciones interesantes en materia jurisprudencial citadas en las obras actuales de la materia sobre contratos administrativos, precisamente no aluden a este tema, sino –por ejemplo– al cambio de criterio operado en el año 2015, respecto al sostenido desde el año 1963 (caso "Société Entreprise Peyrot", del 08/07/1963) en torno a la calificación de un contrato como administrativo, si se hacía por cuenta de una persona pública. Dicho criterio orgánico de contrato administrativo fue derogado en el año 2015 en el arret "Mme. Raspal c/ Société des Autoroutes du Sud de la France", del 09/03/2015 (Nro. 3984; GAJA; RFDA, 2015, p. 265), al considerar que "una sociedad concesionario de autoruta que concluye con otra persona privada un contrato que tiene por objeto la construcción, explotación de la autoruta, no puede, en ausencia de condiciones particulares, ser considerado como realizado por cuenta del Estado. La consecuencia es que los litigios nacidos de la ejecución de ese contrato van a ir a la competencia de la justicia ordinaria".
- 4 "Droit Administratif", 15º Edición, Jacqueline Morand-Deville (Université, Paris 1, Sorbonne) y Pierre Bourdon (Univ du Mans), Florian Poulet ( LGDJ, octubre de 2017).
- 5 Se trata del caso "Richet" (CEDH, 18/11/2010), que involucra un contrato celebrado en 1970 por el cual los reclamantes –siendo propietarios de la isla de Porquerolles–, la vendieron al Estado, conservando una parte de los terrenos destinados a un hotel y a su residencia, con la promesa de poder agrandar esos establecimientos. Años después, y habiéndose modificado el plan de ocupación del suelo, aquellos terrenos quedaron como inconstructibles, y se les negó el permiso de construcción. El CEDH se pronunció

VIII. Creo entonces que esta idea de balanza de un solo platillo debe ser reconfigurada a la luz de los principios de la buena administración en la contratación pública, en pos de lograr la finalidad de interés general que el contrato en particular persiga.

VIII.1. Algunos sistemas normativos de contratación pública latinoamericanos contienen progresos en tal sentido, si bien puede suceder que la práctica contractual transite por otros senderos.

En Colombia, la Ley de Contratos Públicos n.º 80/1993, modificada en torno a la eficiencia y transparencia en el año 2007 por virtud de la Ley n.º 1150, ha erigido a la autonomía de la voluntad en la fuente principal de los efectos que rigen la ejecución del contrato estatal, pero por supuesto respetando la igualdad de oportunidades, el acatamiento a las disposiciones de los pliegos, y sin perjuicio de imperativos de ineludible cumplimiento de orden público, en pos de preservar el interés colectivo de importancia significativa en la contratación pública<sup>6</sup>.

Salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley, los contratos se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes (Art. 13), existiendo una armonización entre normativa del Derecho privado y el público.

En torno a aplicación de normas, el Art. 40 de esta ley señala que las estipulaciones de los contratos estatales serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza<sup>7</sup>.

Algunas consideraciones sobre el espíritu de esta ley, he podido extraerlas de las opiniones consultivas, emanadas de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia—de función consultiva respecto a consultas que formule la Administración, sobre temas generales o particulares—; entre ellas, la emitida en fecha 05/07/2016 (Actor: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio), ante una consulta formulada por ese ministerio sobre varios aspectos relacionados con los efectos jurídicos de la suspensión temporal del contrato, particularmente en relación con el plazo de ejecución, y ante dudas que se le presentaban a partir de algunos pronunciamientos emitidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

sosteniendo que los requirentes podían legítimamente suponer que el Estado respetaría sus compromisos contractuales, no obstante la modificación ulterior de las reglas del urbanismo.

- 6 Su exposición de motivos señala que: "De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa" (Cfr. *Gaceta del Congreso* 75, del 23 de septiembre de 1992. 17 Ley 80 de 1993).
- 7 El artículo 1501 del Código Civil colombiano señala que en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, esto es, aquellas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; las que son de su naturaleza, o sea las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y las accidentales, que son aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen a un contrato, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Esta Sala Consultiva tuvo oportunidad de referirse a la Ley 80/93 y los principios que de ella emanan, analizando asimismo pronunciamientos judiciales de la Sección III del Consejo de Estado.

VIII.1.a. La ley permite a las entidades estatales incluir las estipulaciones que consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley o el orden público, y que se enmarquen dentro de los principios y finalidades de dicha ley y los de la buena administración.

Por ello, también se ha sostenido que el postulado de la autonomía de la voluntad reconocido en la ley no puede equipararse al alcance que tiene en los contratos de Derecho privado, ya que debe ser armonizado con el principio rector del interés público y general materializado en los fines del Estado y, por tanto, en la búsqueda de los fines de la contratación estatal.

VIII.1.b. Pero sin perder de vista esa idea, es interesante visualizar cuáles son los fines de la contratación estatal que deben ser tenidos en cuenta por los servidores públicos al celebrar y ejecutar los contratos.

El Art. 3 de la ley n.º 80/93 refiere: (i) al cumplimiento de los fines estatales, (ii) a la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y (iii) a la efectividad de los derechos e intereses de los particulares que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.

Claramente –en este caso– vemos plasmada no solo la concepción de colaboración entre las partes, sino además la primacía del criterio de equilibrio posicional, en pos de satisfacer los intereses de la sociedad.

Y en esa idea de real equilibrio obligacional, dicha disposición también refiere a los co-contratantes particulares, expresando que ellos tendrán en cuenta que colaboran con los entes estatales en el logro de sus fines, y cumplen una función social que implica obligaciones.

Se trata entonces, me parece, de un punto de confluencia entre la Administración pública y los contratistas, pues el interés de la colectividad se satisface en el contrato cuando la obra y/o los servicios objetos del contrato se concluyen y/o se prestan efectivamente y con eficacia.

VIII.1.c. También me parece interesante resaltar, en torno a los derechos y deberes de los entes estatales para cumplir con esos fines (Art. 4), dos incisos:

\* el n.º "8", que obliga a la Administración Pública a adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de la oferta, en los casos de licitación pública, o de contratar en los casos de contratación directa; y el

\* n.º "9": que señala el *deber* de actuación de tal modo que por causas imputables a ellas, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Para concretar dichos propósitos, la ley pone a cargo de la Administración, de modo expreso, el deber de *corregir* en el menor tiempo posible los desajustes que pudieran presentarse, y de *acordar* (es decir *convenir* con los co-contratantes) mecanismos y procedimientos

pertinentes para precaver y/o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o las situaciones litigiosas que pudieran llegar a presentarse.

Por su parte, también se impone a los *contratistas* (Art. 5 de la Ley n.º 80/1993, inciso "2"), el *deber de colaborar* con los entes estatales en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que este sea de la mejor calidad; así como el deber de acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato les impartan, y de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entrambamientos que pudieran presentarse.

VIII.1.d. Estas reglas y premisas consagradas en la norma resultan, a mi juicio, relevantes, pues procuran la conservación del contrato, ya que implican para ambas partes, realizar los esfuerzos necesarios para que se logren los fines públicos involucrados en dicho acto jurídico.

Como consecuencia de lo expuesto, cabe entonces advertir que de dichas disposiciones se desprenden otras esencias que no pertenecen y/o no se circunscriben estrictamente al sistema unidimensional de prerrogativas.

En el mismo sentido, también el Art. 28 de dicha ley refiere a la "interpretación de las normas de los contratos estatales", disponiendo el deber de tener en cuenta los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Volvemos aquí a apreciar una concepción de contrato público como relación armónica, de equilibrio expresamente plasmado en la normativa.

VIII.1.d. Esta mirada diferente que la norma antes analizada concibe, también ha permitido, conforme a pronunciamientos del Consejo de Estado de Colombia, Sala Consultiva y de Servicio Civil, sostener que se autoriza la estipulación de cláusulas o la elaboración de acuerdos entre ente estatal y co-contratante, a fin de suspender justificadamente y en forma temporal la ejecución del contrato estatal.

VIII.2. En la *Ley española de contratos públicos* n.º 09/17 con vigencia desde el año 2018 y a la cual me he referido en el año pasado en las Jornadas de REDOEDA llevadas a cabo en Salamanca (Universidad de Castilla La Mancha) en relación con la recepción o no de los principios que considero esenciales a la Buena Administración de la contratación pública, ha plasmado normativamente la *suspensión de la ejecución del contrato estatal*, preservando de este modo la previsibilidad a la que aludí al comienzo (Art. 208 y siguientes de la ley española), habida cuenta de que se encuentran definidas concretamente las prestaciones a que tiene derecho el contratista y su alcance económico, según los tiempos en que la suspensión se produzca. No hay dudas y es difícil que surjan controversias<sup>8</sup>.

8 En síntesis, la norma permite cobrar acreencias en sede administrativa; hay previsibilidad; no habrá criterios disímiles interpretativos, ni inclusión o exclusión de rubros por voluntad unilateral de la Administración. Por el contrario, en Argentina, *si bien los gastos improductivos* también están sujetos a su concreta acreditación, no existe la indemnización adicional del 3% del precio de las prestaciones que debían ejecutarse durante la suspensión, tal como lo prevé la Ley n.º 09/17 española; y además resulta bastante difícil que dichos gastos puedan percibirse en sede administrativa. Por su parte, la *suspensión de cumplimiento del contrato*, a petición del contratista, solo procede con un estándar muy alto para su procedencia: que el

De igual modo, la previsibilidad para ambas partes como principio de Buena Administración en el contrato, también se encuentra plasmada a mi juicio en materia de resolución del contrato de obras, con sus consecuencias jurídicas claramente indicadas en la Ley n.º 9/17, previendo indemnizaciones tabuladas de determinados porcentajes del precio de la adjudicación, o del precio de las obras dejadas de ejecutar, según se trate de demora en el replanteo, o desistimiento o suspensión por la Administración, antes del inicio, por plazo mayor a 4 meses; o de suspensión una vez iniciada la obra y por un plazo mayor a 8 meses.

VIII.3. En el caso de Colombia, se permite una suspensión acordada entre las partes en supuestos de eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del contrato.

La Sección III del Consejo de Estado (reiterado por la Sala Consultiva) ha señalado que "si bien la tarea de la AP en el contrato es velar por la protección del interés público ínsito en el contrato, y cumplir con las necesidades impostergables de la sociedad, dicha finalidad no habilita a esas entidades a utilizar cualquier medio en el logro de los intereses públicos propuestos".

Dichas suspensiones acordadas, de todos modos, están sujetas a que se cumpla una serie de requisitos, cuando las partes decidan convenirlas:

- (i) deberá ponderarse si la naturaleza del contrato admite la suspensión.
- (ii) deberá verificarse que lo que se pacte no esté prohibido expresamente en la ley, ni ser contrario al interés público y a las buenas costumbres.
- (iii) deberá garantizarse que la suspensión propenda a la concreción del interés general. Y, finalmente,
- (iv) deberá demostrarse que su ocurrencia obedece a razones de fuerza mayor, caso fortuito o que procura la satisfacción del interés público.

Por ende, ambas partes –pública y privada– deberán regular los efectos jurídicos que la suspensión contractual tendrá en sus relaciones jurídico-negociales.

La Sala III Contencioso Administrativo, en fallo del año 2015<sup>[9]</sup>, sostuvo que ante circunstancias que –a juicio de los contratantes– impidan la continuación temporal de las actividades principales relacionadas con el acuerdo de voluntades, es posible acordar la suspensión del negocio y, en tal acto, prevenir los efectos del mismo y a cargo de quién se encontrarían, con el fin garantizar la incolumidad de sus patrimonios por cuenta del evento que impide la normal ejecución de las prestaciones a su cargo".

Se advierte entonces que puede concretarse una suspensión, llegado el caso, no como decisión proveniente del ejercicio de la prerrogativa estatal ante la petición de contratista, sino como un acuerdo necesario entre ambas partes, precisamente pues ese

incumplimiento de la Administración sea de tal naturaleza que en los hechos le impida al contratista la ejecución del contrato; lo cual dependerá de múltiples factores a evaluar por el órgano de contratación (situación económica financiera del contratista, volumen de sus negocios, obligación incumplida, etc.), evaluación que es *discrecional*, a diferencia de los claros conceptos de la ley española comentada.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 32.800.

consenso permitirá eficazmente preservar el interés general, que es la causa de la contratación estatal, para que puedan cumplirse así los fines del Estado.

De este modo, el *interés general se ve honrado por la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios contratados o la obra terminada, y el feliz término de los mismos.*

Ese principio de conservación del contrato, que impone a ambas partes encontrar y aunar herramientas y mecanismos para que el objeto contratado se cumpla y para prevenir y solucionar rápida y eficazmente las situaciones que puedan presentarse, resulta a mi juicio esencial en el contrato administrativo.

Ello no significa que la mencionada ley no contemple algunas facultades excepcionales en cabeza de la Administración Pública. Por ejemplo, la de modificación unilateral (Art. 16) la de terminación unilateral (Art. 17); la caducidad del contrato (Art. 18).

En torno precisamente a la modificación unilateral, se ha sostenido que, conforme al mandato que la Administración Pública tiene de dirección general del contrato (Art. 14), ella puede acordar con el contratista las modificaciones que resulten necesarias para orientar el cumplimiento de la finalidad del contrato; o puede, con el mismo propósito, ejercer las facultades excepcionales consagradas en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 (modificación unilateral del contrato).

Sin embargo, en ambos casos existen límites que no pueden ser trasvasados: a) si es modificación unilateral, debe constreñirse al "exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad contratante", y b) si se trata de una modificación por mutuo acuerdo, debe sujetarse a los límites que emanan "del contenido y análisis sistemático del ordenamiento jurídico". Por supuesto que conforme a criterios sostenidos por la Sala Consultiva, la modificación no podrá jamás afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato.

Se trataría entonces de situaciones imposibles de prever, con debida diligencia, que hacen imperioso modificar algunas estipulaciones del contrato, como único modo de conjurarlas (por ejemplo: modificaciones de marcos normativos, de urbanismo, del medioambiente o de seguridad, imposibles de prever, o nuevas necesidades o circunstancias posteriores que exijan la ampliación de lo pactado. Sin que, además, puedan separarse de la prestación principal, o de su utilización o de aprovechamiento independiente)

Por ende, y frente a la ley citada, las interpretaciones han limitado por un lado los alcances de las modificaciones contractuales previstas en la normativa; y por otro lado, no existiendo previsiones en aquella acerca de la suspensión del contrato (desde la derogación del Decreto Ley 222 de 1983) la Sala III Consultiva ha definido y desarrollado las pautas para la procedencia de esa suspensión como acuerdo entre ambas partes y en el marco y principios de esa normativa.

VIII.4. Por su parte, la Ley n.º 1150 del año 2007 de Colombia, ha previsto en su Art. 4 la *distribución de riesgos en los contratos estatales*, señalando que los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, y a esos efectos se dispone que dicha documentación licitatoria debe indicar la oportunidad, antes de la presentación de ofertas,

en la cual los oferentes y el ente estatal procederán a *revisar* la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

Ello también aporta mayor previsibilidad respecto a las expectativas de ambas partes, en torno a la ejecución del contrato y las vicisitudes que durante su transcurso se puedan producir.

VIII.4. Si visualizamos la Ley de contratación administrativa n.º 7494/95 de Costa Rica, su Art. 3 (Régimen jurídico aplicable) dispone que la actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo. Así como que la Administración Pública podrá utilizar, cuando lo justifique la satisfacción del fin público, instrumentalmente cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo.

Pero en todos los casos, respetando los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad.

Si bien la norma contempla dentro de los derechos de la Administración Pública, prerrogativas similares a las que contienen otras normativas (resolución unilateral, modificación unilateral, entre otras) es interesante el equilibrio que se plasma entre aquellas y las obligaciones a su cargo dentro del contrato. Por ejemplo, el Art. 16 le impone una obligación de tramitación, en 30 días hábiles, cualquier gestión que le formule el contratista, cuando sea necesaria para ejecutar la contratación; y si dicho plazo transcurre sin una respuesta motivada, el efecto jurídico previsto en la norma es el *silencio positivo*, debiéndose tener por receptada la gestión.

## CONCLUSIÓN

En épocas de democratización de la actividad administrativa con activa participación ciudadana general en el diseño, en el procedimiento de elaboración, y en la evaluación de políticas y gestión públicas; en épocas en que resultan obligatorios ámbitos de consultas públicas, como estadios previos a la adopción de decisiones administrativas de alcance general y también particular (como por ejemplo en materia de tarifas de servicios públicos; de evaluación de estudios de impacto ambiental; de planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, entre otros tantos tópicos y materias a citar), considero entonces que debe darse una modificación importante en esta temática contractual pública.

Si bien la expresión "régimen jurídico exorbitante del Derecho privado" fue concebida para reflejar un equilibrio entre potestades de la Administración y derechos de los contratantes, en la actualidad debe ser reconfigurada en su dimensión y alcances, desde que corresponde que englobe otras dinámicas de actuación de consenso, de búsqueda de las soluciones más convenientes y posibles, y de real colaboración, todo ello encaminado al logro eficaz de los intereses y necesidades de la sociedad involucrados en el contrato, finalidad esta trascendente, y no otra, que diferencia a los contratos públicos de los del Derecho común.

## REFERENCIAS

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 14 de octubre de 2015. Radicado: 32.800.
- "Droit Administratif", 15<sup>o</sup> Edición, Jacqueline Morand-Deville (Université, Paris 1, Sorbonne) y Pierre Bourdon (Univ du Mans), Florian Poulet (LGDJ), octubre de 2017).
- Jornadas de REDOEDA (Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo) 2019 Costa Rica.
- Serrand, Pierre (2017). *Droit Administratif*, Tome 1, Les actions administratives, 2da edición, abril de 2017, Puf.