

**APUNTES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**  
**ADMINISTRATIVOS.**  
**PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS DEL**  
**CONTRATISTA**

**Mauricio Subero Mujica**

La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, desde el año 1944, ha reconocido la existencia de la categoría de los contratos administrativos. Identificando bajo esta etiqueta a los contratos en los que es parte la administración pública, que se encuentran directamente vinculados a un fin de utilidad pública y que, en consecuencia, están regidos por principios esencialmente distintos de los que rigen los contratos de derecho privado.

Estos peculiares principios que caracterizan al contrato administrativo disciplinan fundamentalmente su ejecución, y suponen el reconocimiento de determinadas prerrogativas de la administración frente a las cuales los intereses del particular/contratista deben ceder, sin que ello suponga para él un perjuicio extraordinario.

De manera especialmente clara la doctrina esencial del contrato administrativo fue resumida en el fallo de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de junio de 1983, dictado en el caso "Acción Comercial", en el cual, con ponencia del profesor Farías Mata, la Sala expresó lo siguiente:

“Cuando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la administración –dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervinientes; hecho del príncipe, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieran habersele ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre esos dos extremos -sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada en razones de interés público- encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídico – privados.”

Como se ve, de “peculiar” y “paradójico” calificó la sala al tema del contrato administrativo.

Peculiaridad que, como se deja ver en el texto del fallo citado, se origina de la singular posición que ocupa el contrato administrativo, el cual es siempre el punto en el que confluye una relación de constante tensión entre los intereses particulares del contratista (quien no puede –y no

debe- renunciar a su condición de empresario en busca de un justo beneficio) y la administración, custodia y garante del interés general.

Cómo se resuelve esta tensión y qué solución existe para los posibles –y probables- problemas que de ella derivan es lo que intenta explicar, precisamente, la teoría del contrato administrativo

Con la finalidad de comprender el alcance de esta situación que plantea el contrato administrativo –y sirviéndonos de los planteamientos formulados por el decano Vedel- comencemos por recordar que el principio esencial que rige la ejecución de los contratos en el derecho privado es el contenido en el artículo 1.159 del Código Civil, de acuerdo con el cual **“Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”**

De este principio fundamental la doctrina civil hace derivar consecuencias lógicas e inmediatas, a saber:

#### **1.- La fuerza obligatoria del contrato.**

Efectivamente, si el contrato vincula a las partes con la misma fuerza que la ley, en consecuencia, las partes no pueden eludir libremente su cumplimiento; están forzadas a cumplir el contrato de la misma forma en que deben acatar la ley.

Explica el Dr. Melich (*Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997, p. 436) que el art. 1.159 C.C. sirve a la consagración del principio de

autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo del principio del contrato-ley. En este sentido señala Melich que: "Por lo mismo que el contrato es una expresión de la voluntad soberana de los contratantes, quienes no pueden equivocarse o cometer injusticia alguna desde el momento en que concurren los presupuestos racionales que la ley postula para que ellos generen obligaciones válidas (...), se concluye que lo que en él se estipule debe reputarse tan sagrado como la propia ley, y aún más sagrado para las propias partes que si lo estipulara el legislador, pues por tratarse de ley particular que ellas se han dado a sí mismas y a la que se han sometido libremente, en ejercicio de su propia soberanía, resultaría una contradicción lógica admitir que su voluntad fuera sustituida por la de otro sujeto"

## **2.- La inmutabilidad o intangibilidad del contrato.**

La fuerza obligatoria del contrato, a su vez, debe llevar a afirmar su intangibilidad, noción con la cual se alude a la imposibilidad de que una sola de las partes pueda hacer cambiar el contrato unilateralmente. "El principio de intangibilidad del contrato –dice Melich- significa, pues, que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como él fue contraído, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas." Tal como señala este mismo autor, se ven muy escasas razones para permitir a una sola de las partes arrepentirse de las consecuencias jurídicas de la voluntad que ha expresado al celebrar el contrato, de allí, precisamente, que el artículo 1.159 C.C. prevea, apenas, dos supuestos de supresión de los efectos válidos del contrato: el *mutuus dissensus* y las causas autorizadas por la Ley.

### **3.- La igualdad de las partes frente al contrato.**

Al hablar de la igualdad de las partes frente al contrato se quiere significar que todas ellas se encuentran vinculadas por éste con el mismo rigor. No se trata del número o magnitud de los deberes u obligaciones asumidos bajo el contrato, sino una vez más de la fuerza con que el contrato obliga a cada una de las partes. Lo que cada parte promete bajo el contrato es exigible por la otra en los términos y condiciones pactados, y ambas deben ser tratadas con el mismo rigor y fuerza al exigirse el cumplimiento de las obligaciones que han asumido.

Según Melich, todo esto es parte del mismo principio de intangibilidad del contrato, del cual se deriva, como ya se ha dicho, el que ninguna de las partes pueda sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, "Pero significa además que ninguna consideración de piedad o de equidad, por mucho que golpee su conciencia, autoriza al juez para modificar los efectos de un contrato, ni de oficio ni a petición de alguna de las partes, ya que el juez no le está permitido preocuparse por la mayor o menor severidad de las cláusulas aceptadas libremente y por las consecuencias más o menos perjudiciales que de las mismas pueden seguirse para alguna de las partes."

La doctrina administrativa, sin embargo, predica el debilitamiento de todos estos principios en el marco de los contratos administrativos en virtud de la directa vinculación del objeto de dichos contratos con el interés público.

No obstante, la modulación o debilitamiento de los principios que hemos enunciado no implica el desconocimiento de los derechos económicos de las partes bajo el contrato.

Como dijimos, entonces, los principios básicos de la contratación civil son objeto de modulaciones particulares en el marco de la contratación administrativa.

Así, en efecto, por lo que corresponde a:

#### **1.- La fuerza obligatoria del contrato:**

Se reconoce, sin embargo, en el ámbito de la contratación administrativa, que la administración tiene la facultad de desatender sus obligaciones contractuales mediante una decisión unilateral que puede poner fin al contrato.

Tales decisiones gozan en todo caso del privilegio de ejecutoriedad, del que están dotados todos los actos de la administración.

Más aún, cuando la decisión de la administración por la cual se pone fin al contrato se fundamenta en exigencias del interés público, sin que medie ningún incumplimiento del contratista, éste (salvo que la decisión administrativa no esté en realidad inspirada en una exigencia del interés público o que viole directamente la legalidad aplicable) no podrá, en principio, oponerse a la procedencia de esa decisión, restándole tan solo exigir la indemnización de los daños que ella le ocasione.

En efecto, la administración tiene, en el marco de todo contrato administrativo la facultad de resolver unilateralmente el contrato.

Esta resolución puede producirse por dos motivos: (a) en virtud del incumplimiento del contratista o (b) por razones de interés público.

En el primero de los casos se trata de la "caducidad" de los contratos administrativos. Y el segundo, cuando se trate de contratos de concesión, nos referiremos al rescate anticipado.

Comoquiera que la caducidad implica una sanción impuesta con ocasión del incumplimiento del contratista, cualquier decisión de la administración en esta materia debe estar precedida de la tramitación del respectivo procedimiento administrativo en el que se de audiencia al interesado, permitiéndole el ejercicio efectivo de su derecho a la defensa.

Sin embargo, lo que la doctrina tradicional ha conocido como la caducidad del contrato, hoy día es calificado como la rescisión unilateral del contrato público (no necesariamente *administrativo*) regulada en el artículo 127 de la LCP. La ley no regula un procedimiento concreto para la rescisión unilateral contrato, pero su trámite es indispensable por imperio del artículo 49 de la Constitución. Además, la ley hace un reconocimiento implícito a la necesidad de este procedimiento, y así se puede deducir de lo establecido en el artículo 128 LCP y en su propio artículo 130, en el cual se regulan, precisamente, las medidas preventivas aplicables en el procedimiento "para determinar el

incumplimiento por parte del contratista en los contratos de ejecución de obras”.

La LCP no trae regulación alguna sobre la terminación anticipada del contrato por razones de interés general. Sin embargo, ello sí ha sido previsto en el artículo 190 del RLCP (norma que podría ser cuestionada al asignar al ente contratante una potestad que no tiene asidero legal) bajo la capa del llamado *desistimiento de la administración* aplicable en los contratos de ejecución de obras (esta norma, en realidad, no representa mayor innovación pues ya estaba prevista en el artículo 112 del Decreto N° 1.417 del 31 de julio de 1996 sobre Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras).

Ahora bien, tanto en caso de rescisión unilateral por incumplimiento, como en el caso del desistimiento en la ejecución de la obra la Administración está obligada a indemnizar al particular, aunque esta indemnización tiene un alcance distinto para cada situación.

Por lo que atañe a la caducidad o rescisión unilateral, es evidente que, por tratarse de un supuesto de terminación del contrato derivado de una falta del contratista, éste no tendrá derecho a que se le indemnice por la frustración de su expectativa de obtener una utilidad por ejecución del contrato, es decir, no es procedente en este caso el pago del lucro cesante; sin embargo, es evidente que debe la administración pagar las obras ejecutadas y los servicios efectivamente prestados por el contratista durante la vigencia del contrato y que no hayan sido pagados para la fecha de su terminación, pues de lo contrario la administración contratante se habría enriquecido sin justa causa.



En el caso de la resolución del contrato por razones de interés público (o del rescate anticipado en el caso de las concesiones o el desistimiento en la ejecución de obras), reconoce la doctrina el derecho del contratista a obtener de la Administración la indemnización tanto del daño emergente como del lucro cesante, esto es, el pago de la utilidad que esperaba percibir por la ejecución del contrato.

Es lógico pensar que si la administración trae a un particular a colaborar con ella en un fin de utilidad pública, bajo la promesa de una remuneración por sus prestaciones, y, posteriormente, tales expectativas son frustradas (legítimamente) por la administración, en virtud de razones de interés público que no corresponde al contratista juzgar ni evaluar, debe él entonces ser compensado por la frustración de dichas expectativas.

Esta es, precisamente, la solución acogida por el Decreto – Ley No. 318 Sobre la Promoción de la Inversión Privada en Régimen de Concesión. Y es también la solución que recoge el artículo 191 del RLCP para el caso del desistimiento de la ejecución de la obra (tal como lo había previsto el artículo 113 del Decreto sobre Condiciones General de Contratación para la Ejecución de Obras). Solución que, además, no difiere de la prevista en el artículo 1.639 C.C. para el caso del desistimiento de comitente de la ejecución de la construcción en el contrato de obra civil.

## 2.- En cuanto a **la inmutabilidad o intangibilidad del contrato.**

Se admite la potestad de la Administración de introducir unilateralmente modificaciones al objeto del contrato administrativo, facultad esta que se identifica bajo el calificativo de ***ius variandi***.

Este poder unilateral de la Administración se fundamenta, a su vez, en las potestades de dirección del servicio público a su cargo. Ya en la sentencia de fecha 05-12-44, la Corte Federal y de Casación, señaló que:

“En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un servicio público, la parte representada por la autoridad administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de derecho privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones (...).”

Este poder se suele justificar en que la Administración cumpliría un rol de correa de transmisión entre las necesidades que derivan del interés general y la actividad propia del contratista, lo cual le permitiría adaptar constantemente el alcance del contrato a lo que el interés público exige, con la inmediatez que este fin demanda. Esta potestad es prevista, en general para los contratos de obras, suministros y servicios no profesionales en el artículo 106 de la LCP.

Ahora bien, es necesario destacar que, en todo caso, el ***ius variandi***, como cualquier otra potestad pública no puede ser ejercido arbitrariamente por la Administración. En primer lugar, esta potestad puede ejercerse únicamente por razones de interés público, lo cual debe

hacerse constar en la decisión de la Administración que, como todo acto administrativo, debe estar correctamente motivado.

Este poder de la Administración, por lo tanto, no puede ser empleado con fines distintos de los que dicta el interés público. No es, por ello, admisible la modificación del contrato que tenga como finalidad real eludir reglas concretas de selección del contratista (por ejemplo: realizando la adjudicación directa de una obra, en razón de su cuantía, para luego elevar el monto del contrato en uso del ***ius variandi*** eludiendo así la aplicación de procedimientos competitivos de selección del contratista; o previendo en el procedimiento un alcance limitado de las obras a ejecutar para permitir la participación de determinadas empresas de escasa experiencia, para, una vez adjudicado el contrato, ampliar este alcance por una modificación unilateral del contrato).

Asimismo, el ejercicio del ***ius variandi*** no puede implicar la desnaturalización de la contratación misma. El contratista no puede, por virtud del ejercicio de los poderes de la Administración, quedar obligado a la ejecución de prestaciones esencialmente distintas de aquellas para las cuales ha prestado su consentimiento.

Por otra parte, la potestad de la administración de modificar el contrato no puede producirse sin el reconocimiento de una justa compensación al contratista.

Se suele señalar que los trastornos del equilibrio económico – financiero del contrato que deriven del ejercicio del ***ius variandi*** deben ser

compensados por la Administración en beneficio de la continuidad del servicio público.

Sin embargo, hablar en este caso de un trastorno del equilibrio económico del contrato nos resulta forzado, pues la mera modificación contractual no genera, *per se*, un daño económico al contratista; en estos casos lo que puede suceder, a lo sumo, es que el contratista se vea obligado a ejecutar mayores prestaciones que las pactadas originalmente o, incluso, a realizar trabajos no previstos. En estos caso lo que debe suceder es que la Administración deberá pagar la remuneración correspondiente en la medida que dichas prestaciones y trabajos se ejecuten, según el nuevo alcance del contrato. Esto es lo que establece el artículo 107 LCP. En mi opinión el ejercicio del *ius variandi* no obliga a reequilibrar un contrato supuestamente en desequilibrio, sino que simplemente redefine el alcance de las mutuas obligaciones de las partes, las cuales deberían ser satisfechas en la medida que se ejecuten, según lo que prevea el contrato.

Por otra parte, en nuestra opinión, una drástica disminución de las obligaciones del contratista, producto del ejercicio del ***ius variandi***, que suponga una equivalente disminución de las contraprestaciones que recibiría el contratista, podría tener como consecuencia, incluso, la resolución del contrato en virtud del decaimiento de la causa de las obligaciones del contratista.

### 3.- en cuanto a la **igualdad entre las partes**.

Se reconocen determinados privilegios de la administración durante la ejecución del contrato. Entre los privilegios o prerrogativas de la administración más relevantes podemos indicar los siguientes:

A.- el poder general de la Administración en cuanto a la dirección y control de la actividad del contratista. Art. 112 LCP.

Ante todo deseamos aclarar que los contratos administrativos suelen tener un equivalente especular en el marco de las relaciones de derecho privado.

Es así como, por ejemplo, el contrato de obra regido por el código civil, tiene un equivalente concreto en el ámbito de la contratación administrativa que es, por supuesto, el contrato de obra pública.

Las peculiaridades o modulaciones que introduce la presencia de la administración en algunos de estos contratos, no modifica, a nuestro juicio, sus características esenciales y comunes a la contratación de derecho privado. Así, es nuestra opinión que, de la misma forma que se afirma que del contrato de obra se deriva, fundamentalmente, una obligación de resultado para el contratista (ejecutar la obra); las obligaciones del contratista en el contrato de obra pública, son también, en principio, de resultado, a pesar de la decisiva e importante presencia de la Administración a lo largo de la ejecución del contrato en ejercicio de precisas potestades de control y dirección (lo cual, dicho sea de paso, no es tampoco ajeno al ámbito de la contratación de derecho privado,

en la que se suelen pactar, por ejemplo, diversas formas de intervención del comitente o dueño en la ejecución de la obra).

Aclarado lo anterior, es necesario precisar que la Administración, en todo caso, es titular de un poder general de inspección, dirección y fiscalización de la actividad del contratista.

En efecto, la administración puede lograr la colaboración de los particulares, mediante contrato, para alcanzar los fines que le son propios, pero no puede, por ello, desentenderse de la tutela del interés público que siempre estará ligado a la ejecución del contrato administrativo.

Ahora bien, aún a falta de previsión legal o contractual expresa, tales facultades de dirección y control podrían predicarse en el marco de cualquier contrato administrativo, debido a que se trata de facultades de la administración, irrenunciables, y directamente vinculadas con la tutela del interés público que ella tiene encomendada.

B.- tiene la administración, también, en el marco de los contratos administrativos, la facultad de interpretar unilateralmente el contenido del contrato

Aun sin contar con una disposición legal expresa que lo consagrara, la Corte Federal y de Casación había hecho referencia a este poder de la administración en la sentencia dictada el 12 de noviembre de 1954 en el caso Machado – Machado (conocida también como el caso de los conejos mestizos).

La doctrina (Badell) sostiene que se trata en este caso de una potestad implícita en todo contrato administrativo, independientemente de su incorporación expresa o no en el clausulado del contrato.

Se trata, en todo caso de una potestad que es ejercida por la administración a través de actos dotados de fuerza ejecutoria, en virtud de lo cual, el contratista tendrá la carga de impugnar, *a posteriori*, el acto administrativo de interpretación.

De esta manera se beneficia la continuidad del servicio público, garantizando que las controversias derivadas de la interpretación del contrato no podrán paralizar su ejecución, la cual se realizará con arreglo a la interpretación administrativa, sin perjuicio de los resultados que deriven de la consecuente interpretación judicial, correspondiéndole al contratista *a posteriori* promover la intervención judicial y enervar los efectos ejecutorios de la decisión administrativa.

C.- se suele afirmar, igualmente, que en las relaciones derivadas de un contrato administrativo, tiene la administración el poder de sancionar al contratista, incluso pecuniariamente, por infracciones cometidas en la ejecución del contrato.

Ciertamente, este poder sancionador se corresponde con las facultades generales de policía de la administración en protección del interés público que está implícito en las prestaciones que debe ejecutar el contratista.

Sin embargo, en nuestra opinión, el principio de tipicidad de las infracciones administrativas impide sostener la existencia de una potestad sancionadora de la administración genérica e implícita en todo contrato administrativo. La sanción (así lo exige el ordinal 6 del artículo 49 de la Constitución de 1999) debe constar en una norma legal preexistente.

En consecuencia, consideramos que no se trata en este caso de un poder general de la administración, implícito en todo contrato administrativo. Es una facultad ejercitable en los estrictos límites fijados por la ley

D.- asimismo, debemos hacer referencia a las prerrogativas de la administración que derivan de la inaplicación a la contratación administrativa de determinados institutos jurídicos existentes en el derecho privado para defensa de los intereses de las partes.

Nos referimos concretamente al dogma, común en nuestra jurisprudencia y doctrina, que predica la inaplicación al ámbito de la contratación administrativa de la *excepción de contrato no cumplido* en beneficio de la continuidad el servicio público.

La consecuencia de este dogma sería la imposibilidad del contratista de excusarse válidamente del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando exista un recíproco incumplimiento de la administración.



Esta afirmación se repitió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia durante muchos años, empujada quizá por la inercia generada desde el reconocimiento jurisprudencial de la figura de los contratos administrativos en la mencionada decisión de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, en la cual se acogió este criterio.

Sin embargo, consideramos que hoy se impone la necesidad de una revisión crítica de este supuesto dogma de la contratación administrativa.

Si con ello se pretende beneficiar al interés público, consideramos que la defensa a ultranza y en todo caso de semejante principio, acabaría por tener un resultado completamente distinto al deseado.

La obligación fundamental de la administración en cualquier contrato administrativo es pagar el precio convenido, así como las contraprestaciones o subvenciones acordadas por las partes, o autorizar la percepción de un precio o tarifa de los usuarios de los servicios administrados por los contratistas.

Por consiguiente, el incumplimiento de las obligaciones de la administración tendrá como consecuencia, normalmente, la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, obligando al contratista a ejecutar las prestaciones pactadas, aun en condiciones económicas desfavorables.

Lógicamente, los resultados de mantener a un contratista en precaria situación económica, ejecutando un trabajo o prestando un servicio

público, tendrá como consecuencia lógica, el deterioro del servicio prestado o la deficiencia y lentitud de los trabajos que se ejecuten, en perjuicio, precisamente, del interés público.

Para evitar semejantes situaciones, legislaciones de otros países como Argentina o España, autorizan al contratista a paralizar la ejecución del contrato o a solicitar su resolución en caso de incumplimiento de la administración o de retardos prolongados en el cumplimiento de sus obligaciones.

Una solución semejante se materializó en nuestro derecho positivo, a través de la derogada norma contenida en el artículo 60 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, la cual permitía la paralización de la obra cuando la administración se retrase en el pago de las valuaciones por más de 60 días y en montos superiores al 10% del valor total del contrato más el saldo no amortizado del anticipo. Sin embargo recientemente parece resucitar en nuestra jurisprudencia el mito de la inoponibilidad de la excepción en los contratos administrativos.

Ahora bien, el panorama, tal como lo hemos descrito hasta ahora, haría pensar que el contrato administrativo es, en realidad, para el contratista, un terreno muy inestable, ya que el vínculo contractual lo obliga y vincula a él con la misma fuerza de la ley, pero no es –si así se le mira– un vínculo equitativo, ya que la administración puede excusarse de cumplir las obligaciones asumidas, puede modificar el objeto del contrato, y goza de prerrogativas a lo largo de su ejecución que rompen con la igualdad de las partes en el marco del contrato.

Todo ello conforma una situación de privilegio de la administración que se ha señalado como la característica esencial de los contratos administrativos, situación que –se ha dicho- es atípica en el derecho privado y configura una serie de exorbitancias que son el signo distintivo de este tipo de contratos.

Sin embargo, de otra parte, la doctrina y la jurisprudencia en la materia reconocen (y así lo hemos hechos notar en cada uno de los casos antes mencionados) que el contratista de la administración tiene, en todo caso, el derecho de reclamar la indemnización de los daños que deriven del ejercicio de las prerrogativas de la administración.

Este derecho del contratista se resume en el principio de preservación del equilibrio económico financiero o ecuación financiera del contrato.

Es por ello, precisamente, que se ha llegado a sostener que, contrario a lo que caracteriza a la contratación privada (regida por el principio contenido en el artículo 1.159 del código civil); la única ley del contrato administrativo es el equilibrio económico financiero.

No obstante, contrario a lo que pueda parecer, el principio de preservación del equilibrio económico financiero del contrato no tiene, tan sólo, un contenido reactivo. No es tan sólo una respuesta frente ejercicio por parte de la administración de su posición de privilegio en el contrato.

Mucho más importante que esto, es entender que la administración está llamada, en ocasiones, a restablecer el equilibrio económico financiero, incluso cuando dicho equilibrio se ha roto por razones ajenas a sus potestades o privilegios en el marco del contrato administrativo.

Todo esto tiene como consecuencia que, a todo lo largo de la ejecución del contrato administrativo, debe la administración velar por el mantenimiento del equilibrio económico – financiero del contrato, en beneficio, fundamentalmente, de la continuidad del servicio encargado al contratista o de los fines de utilidad pública que derivan directamente de las prestaciones que debe ejecutar.

Cómo opera, de manera práctica, el principio de preservación del equilibrio económico – financiero, no es, sin embargo, un tema sencillo.

El deber de la administración de preservar el equilibrio económico – financiero del contrato no puede traducirse en una eximente total de riesgos para el contratista, quien no puede sentirse autorizado, por ello, a reclamar un resarcimiento cada vez que la ejecución del contrato no le reporte beneficios.

El contratista es dueño, en todo caso, del riesgo comercial normal que asume todo empresario al momento de celebrar un contrato, en virtud del cual espera, pero no tiene garantizado, un beneficio.

El principio en la materia es que el contratista debe ejecutar las prestaciones pactadas a su riesgo y ventura (así lo consagra de manera

general la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España).

En el ámbito legal venezolano, el literal c) del artículo 31 del Decreto – Ley no. 318 sobre el Régimen de Concesiones, dispone que las obras se ejecutarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación.

No obstante, en casos excepcionales, no atribuibles a la responsabilidad del contratista, la administración puede acudir en su auxilio, cuando circunstancias extrañas, imprevisibles e inevitables han alterado la ecuación económica del contrato, creando riesgos superiores a los tomados en cuenta por el contratista al momento de celebrar el contrato, y amenazando el cumplimiento de los objetivos de utilidad pública implícitos en la contratación.

Estimamos, por tanto, que el principio de riesgo y ventura no desaparece totalmente del ámbito de la contratación administrativa, pero ciertamente sufre importantes modulaciones.

Si dejamos de lado el deber concreto de la administración de indemnizar al contratista -en los casos en que ello sea procedente- como consecuencia del ejercicio de algunas de las prerrogativas de Derecho Público de las que goza en el marco del contrato administrativo, a lo cual ya nos hemos referido, podemos afirmar que, es también el deber de la administración restablecer el equilibrio económico financiero del contrato en dos circunstancias concretas: (a) por aplicación de la teoría de la imprevisión y (b) en virtud de un hecho del príncipe.

(a) bajo el título de la **teoría de la imprevisión** se agrupan los principios y fundamentos que predicán la necesaria intervención de la administración cuando circunstancias que no han podido ser previstas por las partes al momento de celebrar el contrato, alteran de tal modo su economía **que ponen en peligro la continuidad del contrato mismo.**

El problema concreto que dio origen a esta teoría se planteó, luego del inicio de la primera guerra mundial, en relación con el servicio de alumbrado y distribución de gas de la ciudad de Burdeos.

El pacto suscrito por la sociedad concesionaria de este servicio y el municipio de la ciudad, ligaba el precio de venta del gas al consumidor final, al costo de la materia prima: el carbón, más sin embargo, se fijaba también un precio máximo de venta del gas.

La guerra en Europa, sin embargo, implicó un alza desproporcionada del precio del carbón, hasta el punto que la empresa –impedida de superar el tope del precio de venta- no pudo garantizar la prestación del servicio en esas condiciones.

Llevado el asunto al Consejo de Estado, éste declaró (en decisión del 30 de marzo de 1916) que el municipio (ente concedente) estaba en deber de indemnizar a la sociedad por el aumento imprevisto del precio del carbón, a menos que ambas partes acordasen la elevación del precio mínimo por la venta del gas.

El caso ilustra claramente el alcance de la teoría de la imprevisión. Una aplicación irrestricta del principio del *contrato-ley* habría obligado al contratista a asumir todas las consecuencias de las circunstancias en las cuales debe ejecutar las prestaciones acordadas, o a asumir, definitivamente la imposibilidad de cumplir con lo pactado, perjudicando así o la calidad del servicio o su continuidad misma.

Sin embargo, tratándose de la ejecución de un contrato administrativo, en el cual están involucrados fines de utilidad pública, la situación es distinta, ya que el interés de la administración es no paralizar la ejecución de tales contratos.

Por ello, si se trata de circunstancias sobrevenidas que no han podido ser previstas por las partes al momento de celebrar el contrato, es decir, circunstancias que no fueron y no han podido ser tomadas en cuenta por las partes al analizar los riesgos que asumían al momento de contratar, pero que hacen más onerosas las prestaciones del contratista, la administración debe, entonces, en beneficio del interés público, colaborar con éste compensándole por esa mayor onerosidad. Lo cual, como es evidente, no implica garantizar que la actividad del contratista le reportará un beneficio o utilidad.

La aplicación de la teoría de la imprevisión es clara cuando ella está llamada a resolver una variación de las circunstancias externas que afectan las condiciones estrictamente económicas del contrato.

La situación, sin embargo, no es tan sencilla cuando se trata de las llamadas *dificultades materiales imprevistas*. Con ello se identifican circunstancias internas, relacionadas con la propia ejecución del contrato, que sin embargo, no han podido ser previstas por el contratista y que implican una mayor onerosidad de sus prestaciones.

Tal sería el caso, por ejemplo, de la necesidad de realizar trabajos extraordinarios para la ejecución de una obra en virtud de la aparición de un lecho rocoso bajo el suelo, lo cual no había podido ser considerado por las partes al contratar.

Para algunos autores (Badell) el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa sería suficiente para explicar el deber de la administración de indemnizar en estos casos al contratista.

No obstante, consideramos que sólo la teoría de la imprevisión puede dar respuesta a este deber de la administración, ya que normalmente (sobre todo en el contrato de obra pública) la obligación del contratista es una obligación de resultado, que –salvo pacto expreso de las partes–, en virtud del principio del riesgo y ventura, obligaría al contratista a asumir todos los riesgos derivados de la ejecución material de la obra.

(b) por otra parte, de acuerdo con García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “el *factum principis* o **hecho del príncipe** alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato [como ocurre en caso del ejercicio del ***ius variandi***], y no lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole más oneroso para el contratista sin culpa de éste.”



Siguiendo a estos mismo autores, es necesario precisar que el hecho del príncipe es una medida imperativa, de obligatorio acatamiento que debe reunir las características de "generalidad" e "imprevisibilidad" y que produce un daño especial al contratista.

El correlativo deber de la administración de compensar este daño se fundamenta en el principio general de responsabilidad de la administración por los daños ocasionados a los ciudadanos como producto de sus actuaciones lícitas o ilícitas; consagrado irrefutablemente en los artículos 6 y 259 de la constitución de 1999.