

Tema 21. Régimen Jurídico

SUMARIO: RÉGIMEN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: Libertad contractual. Potestades administrativas. RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA: Principio del equilibrio económico. Técnicas de garantía de compensación económica.

RÉGIMEN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

§916. Introducción — La Administración Pública propiamente tal cuando celebra un contrato administrativo cualquiera adopta el papel de parte contratante —que no particular— y, es precisamente su presencia y el servicio público *strictu sensu* envuelto, lo que introduce más intensamente que en otros contratos los elementos jurídico-administrativos en las relaciones contractuales celebradas por las Administraciones Públicas entre sí y con los particulares, y donde la diferencia más notoria es, por un lado, las diversas prerrogativas de Poder Público —en más y en menos— de la Administración Pública; y por el otro, las diferentes teorías del régimen de compensación económica a favor del contratista.

A. LIBERTAD CONTRACTUAL

§917. Planteamiento — Dentro de la etapa de formación, celebración y ejecución, el contrato administrativo se caracteriza por un conjunto de sujeciones y potestades administrativas que introduce su régimen jurídico público tanto en el principio de libertad contractual como en el principio de igualdad de las partes.

§918. Sujeciones — Las sujeciones a la libertad contractual de la Administración Pública surgen con relación a: (i) las reglas que regulan la capacidad de contratar; y (ii) la selección del contratista.

En efecto, los textos normativos determinan las autoridades competentes, según las diferentes personas públicas para celebrar los contratos administrativos, así como las reglas de forma y de procedimiento según las cuales la voluntad administrativa podrá ser manifestada.

§919. Potestades administrativas — Finalmente, en sus orígenes la celebración y ejecución de los contratos administrativos estuvo dominada por los principios generales establecidos por el Derecho privado, como ser la común intención de las partes o la fuerza obligatoria de los contratos que se admite en el Derecho administrativo, salvo el caso de fuerza mayor que tornaría

imposible la ejecución de las obligaciones. Sin embargo, esos principios son objeto de adaptación conforme a la noción de servicio público *strictu sensu*.

En efecto, por un lado, a la Administración Pública se le reconocen ciertas potestades administrativas que tienen su origen en las reglas generales que rigen la materia o de las cláusulas del contrato administrativo que comportan, pero a su vez una contrapartida como lo es la existencia del principio del equilibrio económico a favor del contratista.

B. POTESTADES ADMINISTRATIVAS

§920. Planteamiento — Dentro de los distintos aspectos del régimen jurídico de contratación, la doctrina menciona las diversas potestades administrativas que ostenta la Administración Pública, las cuales constituyen un derivado natural de las cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas y, por tanto, se entienden incorporadas –tácitamente– en todos los contratos administrativos (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 6 de agosto de 1998, caso *Consortio Aeropuertos del Zulia, C.A.*).

§921. Potestad de dirección, suspensión y control — La Administración Pública dispone de una potestad administrativa de dirección, de suspensión y control sobre la ejecución del contrato administrativo. Estas potestades son particularmente remarcables, pues se traducen en la competencia de dar órdenes e instrucciones de servicio al contratista en cuanto a la forma y modalidades de ejecución de la prestación, de suspender la ejecución, y la realización de inspecciones y fiscalización por parte de la Administración Pública.

§922. Potestad de modificación (*potestas variandi*) — La Administración Pública también dispone de la potestad administrativa que le permite modificar, de forma unilateral, dentro de ciertos límites, y en función del interés general, las obligaciones previstas a cargo del contratista. Si bien su origen se remonta a una jurisprudencia muy antigua en materia de servicios públicos (Véanse Sents. caso *Puerto La Guaira*; y de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1993), y objeto de críticas por la doctrina, ha sido ratificada por jurisprudencia más reciente (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 27 de enero de 1993), y receptada en el Derecho positivo (Art. 106 de la LCP).

Ahora bien, la potestad administrativa de modificación unilateral se funda en el principio de continuidad y el de adaptación del servicio público *strictu sensu*, pero contiene ciertas limitaciones puesto que su ejecución sólo procede frente a las cláusulas referidas tanto a la organización como el funcionamiento del servicio público, y en ningún caso frente a las cláusulas concernientes a los beneficios económicos del contratista.

§923. Potestad de interpretación — Asimismo, la Administración Pública tiene la potestad administrativa de interpretar unilateralmente los contratos administrativos mediante actos administrativos, que constituye uno de los efectos más genuinos y característicos de dichos contratos (Véase Sent. de la CFC, de fecha 12 de noviembre de 1954, caso *Machado Machado*), y que encuentra justificación en el principio de continuidad de la prestación del servicio público.

§924. Potestad sancionatoria — La potestad administrativa sancionatoria es bien característica y la Administración Pública no puede renunciar a ella. Se ejerce en caso de falta durante la ejecución (retardo, mala ejecución, etc.) del contrato administrativo, pero solo una vez que ha sido advertido el contratista.

Así las cosas, el ejercicio de la potestad sancionatoria podrá ejercerse de pleno derecho y de manera unilateral, respetando las formalidades del procedimiento administrativo debido, sin que proceda constatación previa de la falta por parte de juez alguno.

§925. Potestad extintiva — Por último, además de la potestad rescisoria, se reconoce a favor de la Administración Pública la potestad revocatoria. En efecto, ella puede unilateralmente decidir resolver el contrato administrativo en todo momento en interés del servicio (Véase CE, de fecha 2 de mayo de 1958, fallo *Destilería de Magnac-Larral*), o por un motivo de interés general (Véase CE, de fecha 2 de febrero de 1987, fallo *Sociedad TVG*; asimismo en nuestro país (Sent. de la CFC, de fecha 12 de noviembre de 1954, caso *Machado Machado*), o de orden público (Véase Sent. de la CSJ/SPA, de fecha 19 de noviembre de 1992).

RÉGIMEN DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

A. PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

§926. Planteamiento — La ejecución del contrato administrativo que generalmente tiene un plazo sumamente largo, se puede ver afectada por una infinidad de circunstancias que interfieren en el equilibrio de la ecuación económica. De ahí que un aspecto fundamental concierne al respeto de las bases de lo acordado o principio del equilibrio económico o de la ecuación financiera del contrato administrativo.

En efecto, del hecho de la existencia dentro del contrato administrativo de ciertos factores de mutabilidad, de manera particular derivados del ejercicio de las potestades administrativas que inciden en la ejecución del contrato

administrativo, el contratista se encuentra expuesto, mucho más que en los contratos entre sujetos privados, al ver su situación agravada sin su causa.

§927. Concepto — El equilibrio económico es una relación establecida entre lo pactado por las partes contratantes, entre un conjunto de derechos y obligaciones considerados equivalentes; de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-equilibrio); esta última no puede ser alterada (lo que equivale a una equivalencia honesta entre lo que se otorga y lo que se exige) y esto es esencial a la teoría general del contrato administrativo.

§928. Plan — Es necesario precisar las condiciones rigurosas de la aplicación del principio del equilibrio económico que, como sabemos, no tiene carácter automático y son: (i) situación directa y particular; (ii) situación extraordinaria o anormal; (iii) situación imprevisible; (iv) daño cierto y especial; y (v) álea anormal.

§929. Situación directa y particular — El perjuicio o daño ha de ser el resultado de una situación directa y particular o diferencial del contratista, es decir, no debe tratarse de consecuencias que lo afecten de manera refleja, de la misma manera que al resto de las personas que se hallan en la misma situación general, o sea, como constructor, comerciante, industrial, etc.

Por ejemplo, cuando las consecuencias de la intervención de la autoridad administrativa contratante, realizadas bajo la forma de medidas que tengan por consecuencia afectar alguna condición que pueda considerarse fue esencial, determinante en la evaluación de los términos de la contratación y que, en ese sentido, fue decisiva para el contratista, pueden servir de base para que este reclame la compensación económica correspondiente.

§930. Situación extraordinaria o anormal — Debe de haber ocasionado no cualquier daño, sino que es indispensable una alteración sustancial, debido a una situación extraordinaria o anormal en la ecuación económica del contrato administrativo, puesto que los perjuicios comunes u ordinarios que constituyen el riesgo normal de todo negocio, no pueden dar lugar a compensación económica.

Se trata, pues, de un perjuicio real, cierto, sustancial al contratista, que este no haya podido prever, que perjudica de manera anormal su ecuación económica y –de manera acumulativa– torne excesivamente más onerosas las condiciones de ejecución del respectivo contrato administrativo.

En consecuencia, las ganancias o utilidades dejadas de percibir no están cubiertas; la mera disminución de las ganancias no justifica su compensación, pues ello no constituye un riesgo extraordinario. Es por ello que el

principio del equilibrio económico no debe confundirse con una garantía de resultados económicos.

§931. Situación imprevisible — La causa de la ruptura de la ecuación económica ha de ser una situación que el contratista no haya podido prever, ya que si hubiera podido proveerlo, debía haberlo hecho y tenerlo en cuenta, salvo el caso de revisión de precios.

§932. Daño cierto y especial — El perjuicio o daño causado debe ser cierto y especial; no se tomarán en cuenta disposiciones que tienen un carácter absolutamente general, que afectan con carácter general a todos, cuyas consecuencias pueden ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad, pues de otro modo librar de ellas al contratista será un privilegio en relación con los demás particulares y, en consecuencia, inconstitucional.

§933. Álea anormal — Por último, en todo contrato administrativo corresponde distinguir entre el “álea” o riesgo normal que asume el concesionario y el “álea” o riesgo anormal. El primero es a exclusivo cargo del contratista, no así el segundo. Si el contratista se equivocó en sus cálculos y obtiene pérdidas es evidente que no hay compensación económica.

B. TÉCNICAS DE GARANTÍA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA

§934. Plan — Para garantizar el principio del equilibrio económico como núcleo de la contratación administrativa, la doctrina reconoce básicamente cuatro (4) técnicas de garantía de compensación económica de los desequilibrios en la ejecución del contrato administrativo, así: (i) la compensación por el empleo de la *potestas variandi*; (ii) la teoría del hecho del príncipe; (iii) la teoría de la imprevisión y por último, (iv) la revisión de precios.

§935. Teoría de la *potestas variandi* — Si de conformidad con el Art. 106 de la LCP, el órgano o ente contratante, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introduce las modificaciones, de forma unilateral, que estime necesarias, procederá a reconocer y pagar íntegramente las modificaciones o cambios cuando los haya autorizado (Art. 107 de la LCP).

§936. Teoría del hecho del príncipe — La teoría del hecho del príncipe –denominación histórica o tradicional para designar un hecho del Estado– hace referencia a cualquier medida de carácter general de índole económica que tome la propia autoridad administrativa contratante fuera del ejercicio de la potestad modificatoria (*alea* administrativa) que repercuta sobre el contrato y llegue a agravar la situación del contratista. A pesar del nuevo obstáculo que hace más difícil u oneroso el cumplimiento de las obligaciones, el principio

de la continuidad del servicio público obliga al contratista a proseguir el cumplimiento del servicio público, teniendo en todo caso el derecho a que la Administración Pública contratante restablezca el equilibrio económico y lo compense económica y totalmente por el perjuicio que le ha podido causar con la medida de carácter general que ha tomado.

§937. Teoría de la imprevisión — El origen de la teoría de la imprevisión fue el fallo del Consejo de Estado francés *Compañía General de Iluminación de Burdeos* (CE, de fecha 30 de marzo de 1916), sobre la base de tres (3) reglas: (i) el carácter imprevisible y extraordinario, pues es necesario que se esté en presencia de elementos anormalmente extraños o ajenos a la voluntad de las partes y que la economía del contrato se encuentre absolutamente trastornada (*alea* económica); (ii) la imprevisión no dispensa al contratista de sus obligaciones, pues sigue obligado a que el servicio público funcione de manera continua; y por último (iii) justamente por cuanto se exige la continuidad del servicio público en condiciones anormales es que surge la tercera regla consistente en el derecho del contratista a una ayuda económica (indemnización de imprevisión), no por la falta de ganancia sino para cubrir las pérdidas sufridas y que le permita continuar con la ejecución del contrato.

Finalmente, el hecho imprevisible tiende a desaparecer con el transcurso del tiempo de dos maneras: (i) el hecho imprevisible se transforma en una imposibilidad radical y absoluta, entonces funciona la teoría de la fuerza mayor; y (ii) el hecho imprevisible desaparece entonces cesa la indemnización de imprevisión.

§938. Revisión de precios — Por último, de acuerdo con el Art. 110 de la LCP, se regula régimen de mayores costos, esto es, todas las variaciones de precios –excesivos o no– que hayan afectado realmente el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, sin que se exija la imprevisibilidad, y debidamente aprobada por el órgano o ente contratante, se reconocerán y pagarán íntegramente al contratista de acuerdo con los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en fórmulas polinómicas o el de comprobación directa.

§939. Conclusión — La teoría del contrato administrativo revela la pertinencia conceptual y la utilidad práctica evidente no solo con respecto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sino a la presencia de un régimen jurídico-público mucho más idóneo para asegurar la prevalencia del interés público como la efectiva protección de los derechos del contratista.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO-JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo General*. Vol. III *Acto y Contrato Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; Vol. V *Procedimiento y Recurso Administrativo*, Paredes Editores, Caracas, 2010; BADELL MADRID, R., *Régimen Jurídico del Contrato Administrativo*, Caracas, 2001; BREWER-CARÍAS, A. R., *Contratos Administrativos*, EJV, Caracas, 1992 y “Sobre los contratos del Estado en Venezuela” en *Derecho Administrativo Internacional, Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza*, (Coord.) Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Mendoza, Septiembre de 2010, p. 651; FARIAS MATA, L. E., *La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolanas*, Caracas, 1968; LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV Ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013; RODRÍGUEZ, A., “Ejecución del contrato administrativo: Potestades de la Administración y Derechos de los Contratistas”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, FPGR, Caracas, 1991; SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, 9^a Ed. puesta al día, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.