
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Elizabeth Iñiguez de Salinas

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIOS GENERALES DEL CONTRATO. OBJETO. FORMALISMO. AUTORIZACIÓN PARA LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DERECHOS DEL CONSECIONARIO. CONTROL DE ADMINISTRACIÓN. PRERROGATIVAS. CLAÚSULAS EXSORBITANTES. ECUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EL HECHO DEL PRÍNCIPE. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. PRECIO DEL CONTRATO. PODER DE LA ADMINISTRACIÓN PARA MODIFICAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MUTACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTINCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RESCISIÓN. EL RESCATE. RENEGOCIACIÓN O RECONVERSIÓN. NEGOCIACIÓN. CONTRATO DE CONCESIÓN. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN. ANULACIÓN DE CONCESIONES. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN. ARBITRAJE. CONTRATO DE EMPRÉSTITO PÚBLICO. CONTRATO DE EMPLEO PÚBLICO. ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. LICITACIÓN PÚBLICA. VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO. FINALIDAD Y PRINCIPIOS. JURISPRUDENCIA. Bibliografía

Introducción

“El Derecho Administrativo regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público”¹.

La función administrativa es una de las vías de actuación jurídico – formal junto con la gubernativa, la legislativa y la judicial para el ejercicio del poder como medio de la comunidad para alcanzar sus fines. Es la actividad que tiene por objeto la gestión y servicio en función del interés público para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales mediante la realización de simples actos administrativos, actos de la administración, y contratos administrativos.

Estas formas jurídicas son los mecanismos procedimentales que el ordenamiento positivo prevé para la exteriorización del bien administrativo estatal. Cada uno tiene conceptualización específica y un régimen jurídico propio pues son diversos sus elementos, formas requisitos y caracteres jurídico.

¹ Dromi, José Roberto. “Derecho Administrativo”.

“Si bien el actuar administrativo tiene por finalidad el bien común, es en la actividad administrativa contractual donde se evidencia y con mayor fuerza la finalidad del interés general”².

Dentro de las Instituciones del Derecho Administrativo, el contrato administrativo viene alcanzando un notable avance doctrinario y jurisprudencial a causa del crecimiento de las necesidades colectivas y la aparición de nuevas tecnologías, así como el arraigo de la idea de colaboración de los sujetos privados a la administración pública que asumen cargas y obligaciones que no encajan en los moldes del derecho privado, situaciones que reguladas dentro de los derechos y garantías vienen a compensar, de algún modo las prerrogativas públicas del Estado.

“La concepción finalista del contrato administrativo no obstante la estabilidad de sus principios fundamentales, participa de la dinámica que es propia del derecho administrativo y que lo torna en algunos temas mutable, con una textura abierta a las necesidades sociales y económicas.

En este marco, las instituciones y técnicas de la contratación administrativa acompañan siempre la evolución que se opera en los fines del Estado, cuyo bien se conforma y desarrolla según el destino histórico de cada comunidad, variando de Estado a Estado”³.

No obstante surgieron desde hace varias décadas, posturas negatorias de la categoría de los contratos administrativos desde la doctrina Italiana (Ronelleti, Alessi) o las teorías negativas alemanas protagonizada por Otto Mayer, que sostiene que no existen actos bilaterales de la administración pública, o sea que los actos que de ella emanan son unilaterales, son aceptados por los particulares, lo que no configuraría un contrato, ya que no existe un plano de igualdad entre las partes, así como críticas de varios tratadistas contemporáneos como del Argentino Héctor Maeval, que intentan el retorno al derecho privado contractual, dejando librado el régimen administrativo del contrato a la aptitud negociadora de las partes, desdibujando el sentido de los fines de interés público que persigue la contratación pública. Esta postura fue cuestionada por varios tratadistas entre ellos Juan Carlos Cassagne, que sostiene que la figura del contrato administrativo resulta útil tanto para encuadrar los poderes jurídicos de la administración, reduciéndolos a sus justos límites garantizando los derechos de los contratistas privados, a un sistema jurídico que compensa el desequilibrio contractual derivado del ejercicio de las potestades públicas.

Más allá, de las corrientes contrapuestas sobre la utilidad de los contratos administrativos, la contratación del Estado con los particulares es hoy una actividad corriente en todos los países. Históricamente el Estado en ejercicio de su poder soberano imponía en toda circunstancia su voluntad y era inconcebible la igualdad entre las partes y el respeto riguroso a los pactos suscritos con particulares. Más tarde, el Estado o la Corona ante la creciente necesidad de prestación de servicios por los particulares, y no pudiendo contratar

² Dromi, José Roberto. “*Licitación Pública Administración y Contratación*”.

³ Cassagne, Juan Carlos. “*Contrato Administrativo*”.

con ellos en ejercicio de su poder, creo la ficción de que lo hacía como un particular con otro particular para que se encargue de los actos de gestión, con una personalidad diversa a la del poder público. De esta fase en la que el Estado se disfrazaba de persona privada para explicar su vinculación y poder ser demandado por los particulares ante los tribunales en caso de incumplimiento, se ha pasado a una normal convivencia entre el Estado y los particulares en sus relaciones contractuales.

Como lo afirma el tratadista Dromi “La moderna doctrina nos enseña que la personalidad jurídica del Estado es única, no tiene doble personalidad, pública y privada, que le posibilite celebrar contratos administrativos y contratos privados, civiles o comerciales, sujetos a regímenes jurídicos diversos. El Estado tiene una sola personalidad que es pública aunque su actividad pueda en algunas oportunidades estar regulada por el derecho privado”⁴.

Las tendencias a contrataciones por el Estado a particulares se acentúan en gobiernos de corte liberal, alcanzando su punto alto con la globalización, reduciéndose la aplicación de estos contratos como sistema de gestión administrativa en gobiernos de izquierda o revolucionarios, que en base a los principios de centralización crean servicios públicos propios, siendo ambos extremos peligrosos para la estabilidad y bienestar de la Nación.

Concepto y definición del Contrato Administrativo

No es fácil llegar a un concepto claro y técnico de los contratos administrativos. Podríamos decir que los contratos administrativos o contratos del Estado, son una especie dentro del género de los contratos, con características especiales tales como que una de las partes interviniente es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público, y que la administración puede ejercer sus prerrogativas si ello es necesario.

Entonces definimos a los Contratos Administrativos como el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas.

Señalamos algunos conceptos que vamos a mencionarlos en el curso de la ponencia.

Interés General

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el Interés General como el bien público, la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado como entidad de Derecho Público.

Interés Público

⁴ Dromi, José Roberto “*Contratos administrativos*”.

Como la utilidad, conveniencia o bien de los más antes los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno.

Servicio Público.

El tratadista Roberto Dromi, en su libro Derecho Administrativo, con referencia al Servicio Público manifiesta que: “Cuando se habla de los servicios públicos, se está haciendo referencia a prestaciones de interés comunitario que explicitan las funciones y fines del Estado, de ejecución por si o por terceros, bajo fiscalización estatal. Señala que los servicios públicos implican la actividad prestacional del Estado”.

El Servicio Público presenta los mismos caracteres jurídicos que exhibe la función pública. Éstos se impondrán cuando más intensa, más general es la necesidad pública que los crea, por eso debe organizarse un régimen administrativo que responda a esa necesidad y la satisfaga en forma continúa.

Noción de Utilidad Pública

La Enciclopedia Jurídica Omeba al referirse a la Noción de Utilidad Pública señala que comprende el provecho, comodidad y progreso de la comunidad, aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número.

Dado el carácter evolutivo, contingente y eventual de la noción de utilidad pública, la mayoría de los autores entienden que no es susceptible de definición. Sin embargo, algunos lo han intentado. Bielsa, afirma que se trata de un concepto relativo, variable, sujeto a las condiciones económicas, políticas y sociales, y que prescindiéndose de toda definición debe dejarse que el legislador determine la utilidad pública mediante el examen de una compleja cuestión circunstancial.

De acuerdo a la moderna doctrina, el concepto de utilidad pública es tan amplio que impulsa no solo a la actividad destinada a la satisfacción material y espiritual de la comunidad social, sino también a los actos de gobierno que tienden a eliminar lo que se considere pernicioso para aquella.

Goldstein señala que se trata de un concepto elástico que comprende desde los principios supremos de la dirección de los pueblos, cuyos gobiernos cifran en el bien común o en el bienestar del pueblo sus fines políticos, hasta la mejora fragmentaria que se concreta en obras públicas.

Principios Generales del Contrato

1. Continuidad.- La Administración Pública tiene facultad de exigir a su contratista la no suspensión del servicio por ningún motivo, pues su finalidad es la satisfacción del interés público en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la administración pública.

2. Mutabilidad.- La Administración Pública puede modificar unilateralmente los términos del contrato para variar las prestaciones debidas por el contratista en ejecución del contrato siempre que no se infrinja los límites reglados o discreciones del ius variandi.

3. Dirección y Control.- Son facultades de la administración para el adecuado cumplimiento de las prestaciones, esta prerrogativa de la administración es exorbitante, no depende de que haya sido prevista expresamente en el contrato administrativo, existe aún en ausencia de una cláusula expresa.

4. Flexibilidad Contractual.- En virtud de la cual puede modificarse el contrato bajo los límites señalados.

5. Los contratos administrativos, como todo contrato deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse **de buena fe**, éste principio abona el cumplimiento de las obligaciones pactadas y se funda, en la exigencia de conductas leales y honestas, honrando la confianza y seguridad en los negocios.

Objeto

El objeto del contrato administrativo es la obligación pactada, es una prestación de utilidad pública (servicio público, un empleo público, una obra pública de interés colectivo, etc.) Es la administración pública la que debe fijar unilateralmente el objeto, modo, condiciones de la prestación y de la contraprestación.

El particular que contrata con la administración pública no es un contratista, propiamente dicho, es un colaborador de los administrados con la administración, en materia de servicios públicos y suministros.

Para el tratadista Miguel S. Marienhoff “el servicio público solo debe considerarse en cuanto integre o pueda integrar las funciones esenciales y específicas del Estado, los fines públicos, propios de éste coincidiendo con tales finalidades. El servicio público que va comprendido en la noción de funciones esenciales y específicas del Estado, por si solo, no es idóneo para caracterizar como administrativo un contrato; el servicio público solo podrá caracterizar como administrativo un contrato cuando la actividad pertinente integre las funciones esenciales o específicas del Estado y los fines públicos propios de éste”⁵.

Los contratos administrativos por razón de su **objeto** son de:

a) Concesión de servicios públicos, b) Construcción de obras públicas y c) Concesión para la explotación de riquezas naturales. d) Concesión de uso de bienes del dominio público e) La relación de funcionario o empleo público. f) El contrato de suministro y otros.

Formalismo

La forma del contrato es un elemento esencial para exteriorizar o instrumentar el vínculo contractual.

Las distintas formalidades que exigen los contratos administrativos se rigen por normas establecidas por el Derecho Público, leyes, decretos, propias del derecho administrativo, constituyen verdaderas garantías para los intereses en juego de las partes.

⁵ Marienhoff, Miguel. “*Contrato de Derecho Administrativo*”. Tomo II.

El contrato administrativo es solemne puesto que la actividad administrativa es formal, por ello se debe cumplir con el formalismo con rigurosa aplicación y observancia de las normas.

Por razones de seguridad jurídica y de prerrogativa administrativa, la forma escrita y mediante escritura pública por ante Notario de fe Pública, o de Hacienda es el modo regular en que se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa.

Autorización para los Contratos Administrativos

Como lo afirma el tratadista Sayaguez: “La autorización y la aprobación son formalidades del contrato, la autorización es previa al contrato, se da por un órgano superior. Debe ser dada por el Congreso, considerando la materia y de acuerdo a las normas internas.

La aprobación de un contrato administrativo es la formalidad que se da con posterioridad a la celebración del contrato y le otorga validez y eficacia al contrato incidiendo en su perfeccionamiento⁶”. Consecuentemente el contrato que debe ser aprobado ex post, o después de su celebración por otro órgano, no es válido mientras dicha aprobación no se produce. La aprobación le otorga eficacia jurídica. El acto de aprobación no es declarativo sino constitutivo.

En el proceso de formulación de la voluntad administrativa con la aprobación del acto alcanza su perfección y por ende su eficacia y ejecutoriedad. En cuanto a la aprobación legislativa el acto del Congreso aprobando el contrato, solo es ley en sentido formal, constituyendo un acto administrativo.

Por su parte el tratadista Gordillo manifiesta sobre este tema, refiriéndose a la legislación argentina que “Sólo el congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio. Tal como dice Marienhoff su otorgamiento “Es, siempre de competencia legislativa”.

Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay privilegios implícitos.

Este principio se halla indirectamente violado cuando la ley autoriza al poder Ejecutivo Nacional a hacer todo el proceso de otorgamiento, fijar bases y condiciones, etc. A partir del art. 76 de la Constitución Argentina de 1994 se trata de una atribución legislativa que no puede ya delegarse al poder Ejecutivo por no tratarse de cuestiones internas de administración⁷”.

Clasificación de Contratos Administrativos

Para realizar cometidos estatales la administración pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación al grado y naturaleza del

⁶ Sayagués Laso, Enrique . “*Tratado de Derecho Administrativo*”.

⁷ Gordillo, Agustín. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Cap. XI pág 20 Tomo I Parte General.

interés público tutelado en cada caso y las finalidades que persiguen las partes en la relación jurídica.

Dentro del género de contratos administrativos existen diferentes especies, de acuerdo a su objeto y las funciones que persiguen las partes. Pueden ser contratos administrativos propiamente dichos y contratos de derecho común.

Se está frente a un contrato administrativo propiamente dicho por razón de su objeto cuando tratándose de una prestación a cargo del contratante, dicha prestación se relaciona directa o indirectamente con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos, propios de éste (construcción de un camino).

En cambio si bien el Estado puede realizar actividades comerciales e industriales, éstas no constituyen funciones estatales estrictu sensu. Los fines específicos del estado no son comerciales o industriales, éstos últimos no constituyen fines estatales específicos ya que habitualmente emplean o representan actividades propias de los particulares o administrados. Por eso los contratos de la administración relacionados con su actividad comercial o industrial no constituyen contratos administrativos propiamente dichos⁸(equipamiento de muebles para una oficina).

Las funciones esenciales del Estado, sus fines públicos específicos que caracterizan al contrato administrativo, deben ser facilitados por el contratante. Esto no significa una sustitución del Estado por el administrado para dicho cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquel, sino de una colaboración del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones.

Los contratos de colaboración y atribución, tienen regímenes jurídicos que contienen modalidades y características propias, en el primero lo fundamental es la prestación que debe el particular al Estado (Contrato de obra pública, empleo o función pública, contrato de concesión de servicios públicos o de suministro).

En los de atribución, lo esencial es la prestación del Estado, mientras que el contratista se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene el Estado (Concesión de uso de bienes de dominio público en la que la prestación principal esta a cargo del Estado - Comodato).

“Si bien en ambas especies se aplican algunas prerrogativas del poder público, en los contratos de atribución son mas tenues. Por otra parte, si existe una duda razonable en un punto de interpretación de un contrato de atribución, ella debe resolverse a favor del contratista, en cambio en los contratos de colaboración, en caso de duda, esta favorece a la administración por la naturaleza de la obligación que ha contraído (servicio público, obra público)”⁹.

⁸ Marienhoff, Miguel. “*Contrato de Derecho Administrativo*”.

⁹ Cassagne, Juan Carlos. “*Contrato Administrativo*”.

Derechos del concesionario.

Los derechos que derivan de una concesión no puede ser restrictiva o denegatoria de las facultades que le permitan al concesionario el cumplimiento de su cometido, la prestación del servicio para el cual se le otorga dicha concesión

Los derechos del contratista que implican recíprocamente obligaciones para la administración pública, son los de percepción del precio, suspensión de la ejecución y rescisión del contrato por culpa de la administración, mantenimiento de la ecuación económica – financiera.

Control de la Administración.

No se halla en discusión que el Estado tiene poder de control permanente no solo en cuanto a la prestación del servicio, sino también en lo referente a las tarifas y a las inversiones comprometidas a través de entes reguladores de auditorías y audiencias públicas y cualquier otra actividad de control otorgada.

Es una potestad inherente a la administración en el ámbito propio de la ejecución del contrato administrativo para impulsar, verificar y supervisar su cumplimiento efectivo, la que debe surgir de las cláusulas de los contratos.

Dentro de esta prerrogativa se incluye el poder sancionatorio que se rige por las reglas generales de las sanciones administrativas considerando las peculiaridades de cada contrato que celebra la administración como por ejemplo la ejecución directa de las prestaciones o sustitución del contratista en los contratos administrativos de colaboración.

Prerrogativas

La igualdad de las partes quedan subordinadas en el contrato administrativo, pues el contratista está limitado por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista, sujeto a la autorización y aprobación legislativa o administrativa. No tiene libertad de disentir sobre las condiciones del contrato, solo puede aceptar o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre el privado. Consecuentemente las prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en la relación con el contratante y en las cláusulas exorbitantes del derecho común cuando la administración impone ciertas prerrogativas que subordinan jurídicamente al contratista.

El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido sino que cede ante el *jus variandi* que tiene la administración de introducir modificaciones en ellos y que son obligatorias dentro de la razonabilidad para el contratista.

Cláusulas Exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado y de incorporarse en un contrato entre particulares. Estas cláusulas son potestades administrativas no siempre escritas.

Algunos autores consideran, que el solo hecho de poner una cláusula exorbitante, lo convierte al contrato en administrativo. Este criterio ha sido objeto de críticas, sosteniendo

que de esta manera el contrato tendrá naturaleza administrativa según las partes la incluyan o no. Sin embargo son aceptadas por el contratante particular porque no las consideran caprichos de voluntad administrativa sino una herramienta diseñada por el Derecho Público, para garantizar al derecho colectivo.

Ecuación económica y financiera de los contratos administrativos.

Cuando se producen desequilibrios que afectan las bases de lo acordado por las partes, estamos frente a la ecuación económica, financiera del contrato.

“La doctrina y la jurisprudencia administrativas advirtieron que esa alteración del equilibrio de las prestaciones podía provenir de actos propios del Estado cuando modifica unilateralmente el contrato en ejercicio de la potestad variandi, y que esta circunstancia tenía que incidir en la extensión y alcance de la compensación, la cual no debía limitarse a una ayuda o subsidio para morigerar las pérdidas del contratista (como acontecía al aplicar la teoría de la imprevisión) sino en una reparación integral de la ecuación, una indemnización ya que no es posible que se obligue al contratista extender y ampliar las prestaciones acordadas, sin mantener la renumeración pactada, toda vez que el respeto a lo pactado constituye un principio aplicable a todo tipo de contratos administrativos o no”¹⁰.

El mantenimiento del equilibrio financiero aplicable al contrato administrativo como una condición inherente en la concesión de servicio público en la cual se halla comprendida la equivalencia honesta de las prestaciones, inicialmente fue resistida, pero terminó por ser reconocida ampliamente, más que para propugnar la resolución contractual, para revisar el contrato con el objetivo básico de no alterar la continuidad de la obra o servicios públicos. Es en este principal fundamento en que se apoyan las distintas técnicas (hecho del príncipe, revisión de precios, imprevisión, etc.).

Consecuentemente si sobre el contratista recae la carga de soportar las consecuencias de la modificación de las circunstancias originalmente convenidas y previstas en el contrato, resulta justo otorgarle una compensación o indemnización razonable que le permita continuar con la ejecución del mismo, con lo que se impone el restablecimiento de la ejecución económica financiera, esto viene a ser la compensación por el ejercicio de la potestad variandi.

“El poder modificador de la administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable y que tiene sus límites racionales como el que no permite afectar la sustancia o esencia del contrato. Esto no excluye la facultad de pactar cláusulas inherentes al ejercicio de la potestad. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato”¹¹.

El hecho del príncipe.

Se denomina hecho del príncipe a toda intervención de los poderes públicos que afecten las condiciones jurídicas o de hecho en las cuales el contratante ejecuta su contrato.

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos. “*Contrato Administrativo*”.

¹¹ Cassagne, Juan Carlos. “*Contrato Administrativo*”.

Es la intervención del Estado que mediante actos de imperio y medidas generales afecta los derechos patrimoniales reconocidos al contratista en el contrato. Por ejemplo una disposición legislativa que mediante normas de carácter económico altera el contrato.

A diferencia de la alteración del equilibrio financiero que se opera por el ejercicio de la potestad modificatoria unilateral, el hecho del príncipe surge de medidas de carácter general que adopte el Estado que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso.

Teoría de la Imprevisión.

La teoría de la imprevisión tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviviente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato provocada por un cambio imprevisto, producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato.

Esta teoría viene de la Edad Media a través de la cláusula rebus sic stantibus donde se postula el respeto por la palabra empeñada. En el siglo XX la jurisprudencia del estado Francés en el caso de la Compañía de Gas de Burdeos reconoció que cuando el cambio de circunstancias causaba una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del concesionario y se trataba de un “alea económica imprevisible”, correspondía indemnizar al contratista mediante una ayuda que le permitiese compensar sus pérdidas y continuar en la ejecución del contrato de concesión manteniendo la continuidad del servicio público¹². (alza de precios de proveedores nacionales o extranjeros para compra de insumos necesarios para prestar el servicio).

Los hechos imprevisibles y sobrevivientes a la celebración del contrato administrativo que distorsionan la ecuación económica- financiera prevista en el mismo, dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión; pues se ha producido una verdadera alteración de la base del negocio, por razones ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes. En este caso, se permite al contratista obtener un reajuste o la resolución del contrato.

El acontecimiento causante de dicho desequilibrio no debe serle imputable al Estado, pues si lo fuera tendría vigencia el hecho del príncipe.

La imprevisión se diferencia de la fuerza mayor, pues esta imposibilita la ejecución contractual, la imprevisión solo la hace más onerosa y puede ser revisado, negociado y reajustado, prorrogarse el plazo y, tomar otras medidas que hagan posible la ejecución del contrato, porque de no hacerlo, se produciría la rescisión del mismo.

Precio del contrato

“El principio fundamental que rige el precio en los contratos administrativos es el de su intangibilidad. En consecuencia, el principio de la mutabilidad carece de validez en relación al precio del contrato, el cual no puede ser variado sino por medio de un nuevo acuerdo de las partes al que pueda llegarse a través de la negociación. Así, pues, no existe

¹² Cassagne, Juan Carlos. “*Contrato Administrativo*”.

mutabilidad del precio contractual, pues éste no puede ser alterado unilateralmente por la Administración, sin embargo la intangibilidad del precio no obsta para que sufra variaciones cuando estuvieren ellas previstas en el contrato. En algunos casos se incorporan cláusulas de variabilidad o cuando se presume alteración de elementos no contractuales de la reenumeración, por la voluntad del legislador¹³.

Poder de la Administración para modificar contratos administrativos

En los contratos civiles las partes están en pie de igualdad y de libertad absoluta, lo que no ocurre en los contratos administrativos, pues el principio de la autonomía de la voluntad de las partes queda subordinado al interés público, por lo que no existe igualdad jurídica en éste y la desigualdad se traduce en las prerrogativas que tiene la Administración Pública para fijar unilateralmente la naturaleza, modo, términos y condiciones de estos contratos para introducir variaciones en los mismos durante su ejecución, dentro de ciertos límites para y dirigir y controlar su cumplimiento, así como para valerse de otras cláusulas exorbitantes¹⁴.

El *ius variandi* dice Juan Carlos Cassagne no se ejerce como una excepción al principio de inalterabilidad del contrato. Sino que juega como un supuesto de articulación entre la finalidad y el contenido de las obligaciones asumidas por ambas partes.

Marienhoff afirma que la administración durante el lapso de ejecución del contrato puede introducir todas las modificaciones requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la administración va incluida en todo contrato administrativo al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna, pues esta sobreentendida.

Esto permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, siempre que sean absolutamente necesarios¹⁵.

Entonces si el ordenamiento jurídico atribuye a la administración introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos, puede razonablemente ejercer este poder dentro del marco del ordenamiento y a condición de que no se altere la finalidad del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica necesaria para mantener el equilibrio financiero del contrato.

La administración puede hacer uso de sus prerrogativas inherentes, en mérito al interés público.

Mutación de los contratos

La mutación de los contratos administrativos persigue un cambio, una modificación del mismo, absolutamente necesaria si el interés público lo justifica. La flexibilidad del contrato administrativo es lo que permite el cambio frente a la rigidez de los contratos privados.

No necesita el Estado invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor para modificar un contrato administrativo: esas son causales para modificar el contrato a

¹³ Dromi, José Roberto. “*Derecho Administrativo*”.

¹⁴ Dermizaky Peredo, Pablo. “*Derecho administrativo - Contrato Administrativo*”.

¹⁵ Marienhoff, Miguel. “Contrato de la Administración Pública”. Tomo III

pedido del concesionario. El concedente tiene en cambio facultades más discrecionales. Dice Gastón Jezé que el Consejo de Estado francés ha proclamado, de manera inequívoca, el principio fundamental que rige en materia de contrato de concesión de servicio público al establecer que: “La administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio”. Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes, este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia”¹⁶.

Por cierto una de las diferencias más notorias en relación con los contratos privados que tiene el contrato administrativo, está en la prerrogativa modificatoria unilateral, que puede ejercer la administración, frente a las necesidades del interés público, vinculadas a la ejecución del contrato, y en ejercicio de su potestad, lo cual dentro de ciertos límites cuantitativos establecidos por el derecho positivo es susceptible de serle impuesta al contratante. El contratista tiene la opción de resolver el contrato por culpa de la administración si la modificación que se pretende llevar a cabo alterar la ecuación económica financiera contractual o excediera el tope cuantitativo o puede ocurrir que mediante negociaciones la administración y el contratista acuerden modificaciones de un contrato administrativo en cumplimiento de la finalidad pública. Cuando la administración se encuentra ante la necesidad de introducir modificaciones al contenido del contrato originario en mérito al principio de la flexibilidad contractual, lo único inmutable en esta materia y que no se puede modificar, es el fin del contrato administrativo que prevalece sobre el alcance y modalidad de las prestaciones.

Extinción de Contratos Administrativos.

Un contrato administrativo, de un modo general concluye por incumplimiento del objeto, expiración del plazo, caducidad que se da por incumplimiento de las obligaciones del contratante como el plazo o la ejecución de los servicios en forma parcial o defectuosa, o la transferencia a terceros, pudiendo la administración proceder a su rescisión o rescate.

También puede concluir unilateralmente cuando el interés público lo aconseje por razones de oportunidad y mérito o conveniencia o el incumplimiento de la administración a sus obligaciones esenciales que haga imposible al contratista ejecutar su contrato dando lugar a la resolución del mismo que le da derechos a percibir daños y perjuicios de la administración. Asimismo, es causa de resolución el incumplimiento del contrato por el contratante cuando exista la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo por excesiva onerosidad.

La suspensión del servicio o supresión del objeto del contrato por parte de la administración, es otra causal de resolución, teniendo el contratante derecho a una indemnización

¹⁶ Gordillo, Agustín. “*Clasificación de los Contratos Administrativos*”. Tratado de Derecho Administrativo. Clasificación de los Contratos Administrativos. Cap. X pág 26 Tomo I Parte General.

Cossagne sostiene que el interés público en que se funda la extinción del contrato por razones de interés público debe hallarse previamente declarado en una ley, no pudiendo dejarse al arbitrio de la Administración la apreciación de interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades.

Rescisión.

La facultad rescisoria unilateral de la administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es una prerrogativa irrenunciable. La administración puede ejercer tal competencia de manera directa por ejecutoria propia, sin intervención previa del órgano judicial. La administración debe indemnizar al contratista por los daños causados como los beneficios de los que ha sido privado a causa de su rescisión en negociación directa o por órdenes judiciales.¹⁷

Para la procedencia de la indemnización se exige que el perjuicio exista efectivamente y que sea resarcible en mérito a que el daño se haya producido imprevistamente, que no se tomó en cuenta el momento de suscribir el contrato y que la medida del Estado tenga carácter general y que la medida provenga de una autoridad pública.

El Rescate

Es la decisión unilateral de la administración la que por razones de interés público o general pone fin al contrato antes del vencimiento del plazo, asumiendo directamente la ejecución del contrato. Se da en aquellos contratos que por la naturaleza de su objeto suponen una actividad que originalmente compete al Estado y que puede ser reasumida por la administración pública, se aplica a la concesión del servicio público y a la concesión de la obra pública. Es una medida para sustituir la concesión por la ejecución directa.

El fundamento jurídico del rescate es análogo al de la revocación por razones de oportunidad, mérito o convivencia sin perjuicio patrimonial del concesionario. Se justifica por el interés general que así lo exija. No requiere pre aviso al concesionario pero debe notificárselo, no necesita de norma que lo disponga expresamente.

Renegociación o reconversión

Renegociar significa equilibrar los elementos del mismo contrato sin que importe una variación sustancial en la prestación.

La renegociación de los contratos públicos ante la ruptura de la ecuación jurídica, económica, política, social y aun ética, tiene fundamentos legales y constitucionales, bajos los principios de igualdad y razonabilidad, para mantener la seguridad jurídica de la que gozan todos los contratos públicos.

La renegociación puede llevar a la reconversión que se traduce en un cambio más profundo que significa transformación de elementos esenciales, como los sujetos, objetos partes, etc.

¹⁷ Dromi. José Roberto. “*Derecho Administrativo*”.

Puede producirse contingencias sobrevivientes no previstas por las partes a tiempo de suscribir el contrato que dificultan y hasta imposibilitan la ejecución de mismos y que requiere una revisión que implica un proceso de negociación pudiendo concluir con una rescisión, resolución o rescate.

Negociación

La negociación opera cuando por efecto de las modificaciones y migraciones que puede imponer la administración al contratista en uso de sus prerrogativas, con el propósito de establecer nuevas condiciones y obligaciones de las partes para la prosecución de la relación contractual, y evitan así ingresar al arbitraje.

También se acude a la negociación entre partes para dar fin a la relación contractual de manera menos traumática, donde ha de determinarse las indemnizaciones, y compensaciones, situación de los bienes de la empresa, etc.

Si ningún intento de negociación tuviera éxito, las partes acudirán al arbitraje que generalmente está previsto en el contrato administrativo.

Contrato de Concesión

Dentro de la economía de mercado se utilizó la concesión como la vinculación contractual del Estado para ejecutar transformaciones sustanciales en el campo económico.

Este contrato que transfiere el cometido del Estado a manos privadas desprendiéndose de la responsabilidad directa en la prestación de un servicio, determina las obligaciones a las que está sometido el concesionario, como calidad, inversiones permanentes, modernización tecnológica y todo cuando haga a la prestación de un buen servicio. Asimismo reconoce sus derechos subjetivos contenidos en la normativa vigente como la percepción del precio pactado, suspensión de la ejecución o rescisión del contrato por culpa del Estado y el mantenimiento de la ecuación económica – financiera.

Desde la segunda mitad del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por excelencia. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas, fue la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades. Fue la época del marxismo y el desarrollo histórico del Estado de Bienestar, siendo éste el sujeto activo de la economía¹⁸.

A partir de los años 90 se opera el cambio de orientación mundial de las ideas económicas surgiendo nuevos modelos y se produce un traspaso a la actividad privada de algunas actividades que antes había asumido el Estado, quedando desestatizadas, desmonopolizadas y libradas a las reglas del mercado. Surge la época de los grandes contratos de concesión a las transnacionales y el sistema regulatorio. En el lapso de 15 años de estos nuevos hechos

¹⁸ Gordillo, Agustín.. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Clasificación de los Contratos administrativos. Cap. XI. Pág. 7. Tomo I Parte General.

se revierte la tendencia y se sienten nuevos vientos de nacionalizaciones en Latinoamérica, poniéndose en duda la eficacia de los contratos de concesión y surge una lucha de interés-que está latente.

Modificación de los contratos de concesión.

Como ya lo expresamos, una de las importantes prerrogativas de la administración pública, es la facultad que tiene de modificar las formas y condiciones de los contratos suscritos con los particulares y entre ellos los de concesión.

Partimos de que el servicio público por definición tiene en vista el interés público y ante esta consideración primordial el argumento contractual pierde toda importancia. El no puede ser una traba al mejoramiento o perfección del servicio. Dice Jezé: “Si se pudiese admitir por un instante, que por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremediabilmente el sistema de la concesión como contraria al interés general”. Esto es, que la concesión, forma transitoria de la prestación está siempre subordinada a las necesidades del mejor servicio.

La doctrina nos enseña que, toda revocación, que no sea por ilegalidad conlleva una indemnización. Por el contrario si la concesión es nula, no hay indemnización, porque nunca ha tenido el concesionario derecho alguno por ejemplo si en el contrato se le atribuye al concesionario la propiedad de la concesión, pues la administración solo puede delegar temporalmente para la prestación de un servicio de interés público.

Extinción de la concesión

Al contrato de la concesión se extingue por las mismas causas que cualquier contrato administrativo.

Pueden ser revocadas las concesiones por ilegalidad o por inoportunidad o inconveniencia. Si se revoca la concesión por inoportunidad, y si el contrato no está afectado de vicio alguno, tiene que ser indemnizado.

El servicio público debe ser dominante y rígido, es decir continuó, general y eficiente. Si el contratista contraviene estas reglas, la administración puede revocar la concesión.

Al otorgarse la concesión puede la administración establecer en su favor la facultad de rescatar, es decir de revocar la concesión y apropiarse de la obras y elementos de la explotación mediante indemnización. Esta es una solución legal y convencional, según el caso. No debe entenderse como expropiación porque las concesiones no se expropián pues el derecho originario lo tiene siempre el Estado.

Anulación de concesiones

La concesión como todo acto administrativo se anula por cualquiera de los vicios consistentes en la omisión de requisitos esenciales para que el acto exista válidamente, como la falta de competencia del organismo administrativo que otorga la concesión; la

omisión de requisitos esenciales como la autorización legislativa de acuerdo a las normas que regulan ésta; la falta de licitación y vicios del consentimiento.

La nulidad puede demandarla el concesionario o la Administración Pública aunque **ésta puede revocar la concesión por ilegalidad** según algunas opiniones y otras se pronuncian en sentido de que la Administración Pública después de revocar el acto, está obligada a demandar Judicialmente la nulidad. El concesionario debe en el caso, promover el recurso Jurisdiccional contra la Administración Pública si la revocación es ilegal.

Efectos de la extinción

La extinción de la concesión autoriza al poder concedente a ordenar al concesionario el levantamiento de instalaciones, esto es, volver las cosas al estado anterior.

Pero si así lo considera la administración, por razones de servicio, el contratista debe seguir prestándolo durante un tiempo pactado en las condiciones acordadas, debiendo cancelarle por este servicio; esto se funda en el principio de continuidad del servicio público, bien entendido, sin perjuicio patrimonial del concesionario, sin que ello signifique prórroga del convenio. A falta del consentimiento del concesionario, la administración puede disponer momentáneamente de las instalaciones o medios de explotación por la urgente necesidad pública.

Arbitraje

Gordillo expresa que: "El arbitraje en el contrato administrativo es una excepción y cabe en el caso en que las cuestiones a dilucidar no afecten al orden público ni al orden constitucional. El Estado puede recurrir al arbitraje para dilucidar conflictos técnicos, cuestiones de orden financiero patrimonial, pero no podrá tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la administración pública o de funciones esenciales del Estado¹⁹".

Existen temas de derecho en los cuales la cultura jurídica tradicional ejerce gran influencia y sobrevive a los cambios normativos; esto ocurre con el arbitraje internacional, pues no obstante existir varios tratados de arbitraje internacional que admiten el arbitraje en los conflictos con la administración, existen normas internas y una tradición muy arraigada contraria al arbitraje. Porque ello supone el renunciamento expreso a la jurisdicción nacional y al sometimiento a una extranjera, aunque otros sostienen que esto se ha superado.

La normativa argentina sustenta que no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. Se requiere autorización judicial para novaciones o comprometer árbitros. Por ello es muy escaso el número de transacciones sometidas a arbitraje internacional en la Administración Pública.

En nuestro país dentro del ordenamiento interno tenemos la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 de 10 de marzo de 1997, en cuyo artículo 4, expresa claramente que podrán

¹⁹ Gordillo Agustín. "Derecho Administrativo". Tomo I. Parte general

someterse a arbitraje nacional o internacional, sin autorización expresa las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de Derecho Público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

El DS 27328, de 31 de enero de 2004 que aprueba las Normas Básicas que regulan los procesos de contratación de bienes, obras, servicios generales y de consultoría, en su artículo 56 dispone: “Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución de los contratos, podrán ser resueltas mediante el arbitraje; para lo cual, la entidad pública deberá incorporar en el contrato la cláusula de arbitraje del modelo de contrato.

El arbitraje en los contratos internos de nuestro país va tomando cada vez más carta de ciudadanía. Existen al efecto varios Tribunales o centros de arbitraje privados.

Los gobiernos tienen diversos temores de someterse al arbitraje internacional como el afrontar un proceso desconocido y complejo, en el de los terceros árbitros son desconocidos hasta el final del proceso, que es práctica en algunos Tribunales Internacionales; a la conformación del Tribunal Arbitral, al idioma, a la ubicación geográfica del tribunal, generalmente París, Londres o Nueva York, la complejidad de la ejecución de las sentencias arbitrales y los elevados costos.

Sin embargo de ello, en el mundo financiero de hoy, los inversionistas para proteger sus intereses condicionan el contrato administrativo al arbitraje internacional porque temen que el gobierno ejerza influencia sobre la justicia en un país extraño para ellos, por su parte los Estados no obstante temer también por las ventajas que pudieran tener las Empresas económicamente poderosas, están obligados a aceptar. De cualquier manera, el arbitraje como solución de conflictos emergentes de contratos administrativos internacionales, está en incremento constante.

La tarea de un tribunal arbitral no es solo resolver el conflicto en la forma imparcial e independiente conforme a su conciencia. Su función es además convencer a las eventuales jurisdicciones de ejecución o revisión, que se hallan ante una pieza jurisdiccional sólida. Debe ser y parecer razonable, más allá de toda sospecha, indubitable en su seriedad. Por otra parte, el árbitro de parte tiene que tratar de convencer al tercero de la rectitud de su fallo administrativo.

Gordillo afirma que los fallos de la jurisprudencia de los distintos tribunales administrativos internacionales recogen principios como la buena fe, o al debido proceso legal, otros más contemporáneos al derecho público, incorporan además los principios de la proporcionalidad, transparencia, no discriminación, y las constitucionales de la razonabilidad e igualdad.

Existen varias Convenciones sobre la materia como la Convención sobre Procedimiento Civil en el ámbito Interamericano, la Convención Interamericana sobre la Arbitraje Comercial Internacional. La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales extranjeros, la Convención sobre Reconocimiento y

Ejecución de sentencias arbitrales extranjera, el Protocolo del MERCOSUR de Cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, en otros.

Los principales tribunales internacionales que operan en el campo de las diferencias entre empresas extranjeras y Estados son: La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Asamblea General de la ONU encomienda a la CNUDMI la labor de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

El Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, con sede en Washington. El Tribunal Administrativo de Arbitraje Internacional del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). El Tribunal administrativo Internacional- Corte Europea- que tiene carácter mundial, conoce de esta materia.

Además de estas instancias de arbitraje hay otras que tienen procedimientos menos complicados, las reglas más claras y costos más bajos.

Existen entre los Estados acuerdos bilaterales llamados BIT que contienen cláusulas que aceptan anticipadamente jurisdicción y el recurso de arbitraje.

Unos BITs establecen que previamente las controversias deben pasar por las instancias nacionales para llegar al arbitraje internacional. Otros establecen que pueden acudir a él directamente.

Bolivia tiene suscritos 23 BITs con varios países entre ellos Inglaterra y Francia habría que analizar si se ajusta a nuestra Constitución Política del Estado.

Los BITs son legales en tanto no contravengan los preceptos constitucionales de los Estados.

El analista Ton Kruse sostiene que el poder del arbitraje radica en gran medida en la presión que ejerce la empresa para llevar la controversia al arbitraje que difícilmente podrán sostener los países pobres, pues ello supone elevados gastos en abogados, expertos en varias materias, consulares, pasajes, hoteles, siendo generalmente tan poderosas y grandes las Empresas que pueden tener ingresos mayores que el PIB anual de los Estados en conflicto.

Sin embargo, siempre es posible una buena defensa y ofensivas prácticas manejadas por expertos que den confianza al Estado. No hay que temer un arbitraje que, es una etapa más en la negociación de un contrato ni aceptar la derrota anticipada.

Con respeto a las regalías e impuestos, señala Kruse que, son materia de arbitraje aunque algunos tratadistas consideran que estos temas son potestad de soberanía que no puede ser discutido por ningún Tribunal de Arbitraje Internacional. No obstante de ello en la práctica

es allí donde muchas empresas ventilan sus controversias con los países con los que contratan²⁰.

Contrato de Empréstito Público

Es un contrato de Derecho Público (contrato administrativo) el empréstito es considerado como un procedimiento del Estado para obtener dinero y afectar éste a los gastos públicos, es materia propia de la ciencia de las finanzas y de derecho financiero. Los empréstitos pueden ser internos o externos.

Los empréstitos internos son comúnmente de carácter circunstancial. Ellos constituyen respecto del Estado la deuda flotante (deuda a corto plazo) y a veces la deuda consolidada. Éstos empréstitos se justifican por desequilibrios del presupuesto y por la necesidad de proveer a gastos imprevistos, aunque no carácter extraordinario.

Los empréstitos externos, los emite el Estado, en atención a la situación de la moneda, y de los capitales del país. Son consideraciones de orden político económico las que se tienen vistas. Estos son motivados por gastos extraordinarios, grandes obras públicas, guerras, etc.

El empréstito implica el establecimiento de cargas públicas a veces más graves u onerosas que los impuestos afectados a gestiones administradas dadas, pues se resuelven en aumento de impuestos a generaciones enteras. Es el congreso el que tiene competencia para autorizar un empréstito que compromete el crédito de la nación.

Contrato de Empleo Público

El contrato de empleo público es una relación de subordinación del sujeto particular respecto del Estado que cumple las funciones asignadas al órgano o institución, sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe.²¹

Nuestra legislación no define claramente el concepto de funcionario público o empleado público, se los nomina indistintamente sin considerar las jerarquías. El Tratadista Agustín Gordillo, expresa sobre el tema en sentido de que, dentro de los agentes de la administración no existe distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos, es decir que todos los que están sometidos al régimen del derecho público lo están bajo un mismo concepto que será indistintamente el de funcionario o empleado. Sin embargo, pueden excepcionalmente encontrarse casos de personas que trabajan para la administración pública no en relación exclusiva de derecho público, sino también en alguna medida de derecho privado.

Los empleados que se desempeñan en la administración pública descentralizada tienen la calidad de empleados públicos por su relación laboral con un organismo estatal aunque estén contemplados en las leyes laborales para el sector privado, lo sostiene²².

²⁰ La Época- reportaje al Analista Tom Kruse – 3.4.2005

²¹ Dromi, José Roberto. “*Licitación Pública*”

²² Gordillo, Agustín. “Agentes Públicos”. Cáp. XIII Tomo I, Parte General.

Estatuto del Funcionario Público

No obstante que existe y existió desde la Constitución Política del Estado de **1967** el precepto constitucional que dispone que una Ley Especial establecerá el Estatuto del Funcionario Público sobre la base del principio fundamental de que los funcionarios y empleados públicos son servidores exclusivos de los intereses de la colectividad y no de parcialidad o de partido político alguno, recién entra en vigencia el Estatuto con la Ley 2077 de 27 de octubre de 1999, Reglamentado por el D.S. N° 25749 de 20 de abril de 2000 y complementado por el DS 26311 de 15 de septiembre de 2001 (Recursos de Revocatoria y jerarquías) y que instituyó la carrera administrativa para los servidores públicos.

Hasta entonces, no había en el país un trabajador más desprotegido que el empleado público sujeto a los vaivenes de la política y al constante cambio de autoridades.

Son funcionarios de carrera aquellos que formen parte de la administración pública cuya incorporación y permanencia se ajusta a las disposiciones de la carrera administrativa, consecuentemente no podrán ser retirados sin previo proceso.

Según el Estatuto no están sujetos a la Carrera Administrativa y Régimen Laboral del Estado los funcionarios electos (Presidente, Vicepresidente, parlamentarios, munícipes); los designados (ministros de la Corte Suprema de Justicia, magistrados del Tribunal Constitucional, consejeros de la Judicatura) los de libre nombramiento, confianza y asesoramiento (ministros de Estado, Vice ministros, asesores especializados), los interinos que son los que de manera provisional por un máximo de 90 días ocupan cargos públicos previstos para la carrera administrativa en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y otras personas que con carácter eventual o para prestar servicios específicos o especializados, que se rigen por los términos de su contrato. (Consultores).

Por ley 2104 se modificó el Estatuto y se exceptúa de la carrera administrativa a los Gobiernos Municipales, Universidades Públicas, Escalafón del Poder Judicial, Ministerio Público, servicio exterior, escalafón diplomático, Servicio de salud Pública y Seguridad Social, Magisterio Público, Fuerzas Armadas de la Nación y Policía Nacional, debiendo aplicarse su legislación especial encuadrada en el marco de principios y garantías que hace a la administración pública recogida en el Estatuto del Funcionario Público.

Mencionamos por su importancia al art. 36 del Reglamento que se refiere a la **transición en la contratación de los servidores públicos**, y que señala que los incorporados a las entidades públicas sin proceso de convocatoria pública y evaluación de méritos tendrán el carácter de funcionario público provisorio, por consiguiente no serán acreedores a los derechos contenidos en el numeral II del art. 7 de la Ley. Sin embargo los funcionarios que se encuentran en esa situación podrán acceder a la carrera administrativa cumpliendo los requisitos de convocatoria y selección establecidos para el efecto. Se considera funcionarios de carrera aquellos servidores públicos que en la fecha de vigencia del Estatuto del

Funcionario Público estuvieren desempeñando la función pública en la misma entidad, de manera interrumpida por 5 ó mas años, art. 70. I inc. a).

Según el párrafo III del art. 70 éstos podrán ser incorporados a la carrera administrativa si presentan renuncia voluntaria a su cargo, se les hará la liquidación de acuerdo a su régimen laboral quedando sujetos al Estatuto, manteniendo su antigüedad para efectos de calificación de años de servicio.

A pesar de la Institucionalización de la carrera administrativa por el Estatuto del Funcionario Público, por falta de cultura de respeto al funcionario público por las propias autoridades del Estado se ha incumplido el Estatuto frecuentemente, vulnerando derechos de los funcionarios, quienes plantearon numerosos recursos constitucionales al Tribunal Constitucional.

Licitación Pública

La administración manifiesta su voluntad y presta su consentimiento en un contrato, pasando previamente por un procedimiento de selección del contratista por cuanto la voluntad estatal siempre debe exteriorizarse según las formas especiales que el derecho público lo prevé y son las legislaciones las que señalan a la licitación pública como procedimiento que regula los contratos administrativos.

La importancia de la licitación es tal que no solo regula el comienzo del contrato sino que, su normativa se proyecta durante todo el desarrollo de la vinculación contractual, pues las bases de la licitación, el pliego de condiciones, y toda la documentación rige a lo largo de la ejecución contractual²³.

“En materia contractual, la actividad preparatoria de la voluntad de la administración transcurre a través de las formalidades de un procedimiento de selección, que en este caso es la licitación pública”²⁴.

El procedimiento de licitación no es un fin en sí mismo, sino un medio para otros fines que le dan razón sustancial de ser.

Vicios en el procedimiento licitatorio.

Toda la actividad de la administración está regida por la reglas del ordenamiento jurídico administrativo que sustenta los principios de legalidad, jerarquía, normativa, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, transparencia, buena fe y equidad. Estas constituyen las bases jurídicas comunes al procedimiento administrativo, tanto de preparación de la voluntad unilateral como contractual. En tal sentido las irregularidades que se produzcan en el desarrollo del procedimiento licitatorio afectan al contrato. De un modo general la ausencia de legalidad en éste provoca la invalidez del contrato administrativo.

²³ Sayagués Lazo Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo*”

²⁴ Dromi, José Roberto. “*Licitación Pública*”

La nulidad que quita todo efecto al acto viciado, produce efectos retroactivos, (ex tunc) y vuelve las cosas al estado que se encontraban antes del acto o contrato inválido. Por lo tanto las partes no podrían invocar sus estipulaciones y quedan liberados de sus obligaciones contractuales.

Finalidad y principios.

La finalidad del procedimiento licitatorio es la elección del contratista que resulta el proponente que hace la oferta mas ventajosa para el Estado, siendo sus principios rectores la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia.

Los procedimientos para la contratación se expresan en los diferentes países en sus leyes internas.

En muchos países existen Leyes de Contratación Administrativa, Costa Rica la tiene muy completa. Nuestro país en la década del 70 contaba con el DL de Licitaciones de Obras del Sector Público N° 25192 de 15 de diciembre de 1977, DL de Consultoría de 19 de julio de 1979; DL de Adjudicaciones del Sector Público N° 15223, que estuvieron vigentes como 20 años.

La Ley 1178 de 20 de julio de 1990 (SAFCO) estableció los Sistemas de Administración y Control Gubernamental, determinando que el Ministerio de Hacienda sea el Órgano Rector del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, a través del que se dictaron Resoluciones Supremas que normaron las adquisiciones del Estado que eran modificadas con frecuencia, tenían varios meses de vacatio legis y se daban ampliaciones en su vigencia, provocando inseguridad jurídica y desconcierto entre las instituciones del Estado y las Empresas oferentes.

La última norma dictada para Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios Generales y Servicios de Consultoría, es el DS 27328 de 31 de enero de 2004 puesto en vigencia el 15 de marzo de 2004 y complementado con su Reglamento de la misma fecha, el mismo que en el párrafo I de su Disposiciones Derogatorias y Abrogatorias, dispone:

“Se deroga el Título I, en lo que corresponda a contrataciones estatales, y el Título II de las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios, aprobadas por el Decreto Supremo N° 25964 de 21 de octubre de 2000 y los ajustes realizados a los Títulos I y II del Decreto Supremo N° 25964, por los Decretos Supremos N° 26144 de 6 de abril de 2001 y N° 26208 de 7 de junio de 2001.”

Lo que significa que:

- a) Se deroga en el Título I del DS 25964, todas las normas que en ese Título se refieran a Contrataciones Estatales;
- b) Se deroga el Título II en su totalidad, pues se refiere al Subsistema de Contratación de Bienes y Servicios;

-
- c) Continúan vigentes los demás Títulos del DS 25964, que son los referidos al Subsistema de Manejo de Bienes (Título III); y al Subsistema de Disposición de Bienes (Título IV).

No vamos a analizar estas disposiciones, porque por su extensión y complejidad nos tomaría mucho tiempo.

Jurisprudencia

Señalaremos algunas bases jurisprudenciales sentadas por el Tribunal Constitucional en materia administrativa

1) La actividad administrativa del Estado está también sometida a los principios de legalidad, de jerarquía de los actos administrativos, y de los límites de la discrecionalidad.

SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre:

a) **“El principio de legalidad** en el ámbito administrativo, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos.

(...) **Principio de la jerarquía de los actos administrativos.** Se deriva del principio de legalidad, y prescribe que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra norma de grado superior, principio que está recogido en el art. 4 inc h) de la LPA, cuando establece que: “La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.

(...) **Principio de los límites a la discrecionalidad.** La discrecionalidad se da cuando el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario un abanico de posibilidades, pudiendo optar por la que estime más adecuada. En los casos de ejercicio de poderes discrecionales, es la ley la que permite a la administración apreciar la oportunidad o conveniencia del acto según los intereses públicos, sin predeterminedar la actuación precisa. De ahí que la potestad discrecional es más una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, según los intereses públicos, sin predeterminedar cuál es la situación del hecho. Esta discrecionalidad se diferencia de la potestad reglada, en la que la Ley de manera imperativa establece la actuación que debe desplegar el agente.”

b) No obstante el carácter de estabilidad del acto administrativo, éste puede ser, excepcionalmente revocado por razones de oportunidad para satisfacer exigencias de interés público que se coloca sobre el interés particular.

“(…) es criterio general de la doctrina que existen actos que pueden ser revocados por razones de oportunidad, con el objetivo de satisfacer las exigencias de interés público, caso en el que la Administración está obligada a indemnizar al particular; en cambio, hay otros que no gozan de estabilidad y, por lo mismo, pueden ser revocados por la Administración, por razones de utilidad pública, no siendo indemnizables, salvo cuando ha existido culpa administrativa o cuando la Administración ha realizado una incorrecta valoración del interés público. Son actos administrativos inestables, por ejemplo, los permisos concedidos por la Administración, cuya vigencia y revocatoria dependerá de la discrecionalidad de la Administración, apreciando si está o no de acuerdo con el interés público.”

c) La nulidad y la anulabilidad de los actos administrativos sólo pueden ser dispuestas a través de resoluciones emitidas en los recursos que formulen los interesados.

La SC 908/2005-R, de 8 de agosto, citando su similar 1464/2004-R, manifiesta:

“(…) tanto la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, sólo pueden ser invocadas mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y dentro del plazo por ella establecido; en consecuencia, en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la Ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación; por ende, fuera del procedimiento previsto y los recursos señalados por la ley, un mismo órgano no podrá anular su propio acto administrativo (conocido en la doctrina como acto propio)’ aclarando que lo señalado ‘es aplicable también para los casos de revocatoria, modificación o sustitución de los actos administrativos propios que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, ya que éstos solo pueden ser revocados cuando se utilizaron oportunamente los recursos que franquea la ley, o cuando el acto beneficie al administrado.”

2) Principio de buena fe de los actos administrativos.

Los actos administrativos se apoyan en el principio de buena fe y presunción de legitimidad, que deben ser respetados por la Administración en sus decisiones en el marco de la seguridad jurídica

SC 95/01, de 21 de diciembre:

“El principio la buena fe es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y el servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas.

(...) en el marco jurídico referido se presume que los actos administrativos del Estado son legales y legítimos; habrá de recordarse que la presunción de legitimidad del acto administrativo se funda en la razonable suposición de que el acto responde y se ajusta a las normas previstas en el ordenamiento jurídico vigente a tiempo de ser asumido el acto o dictada la resolución, es decir, cuenta con todos los elementos necesarios para producir efectos jurídicos, por lo que el acto administrativo es legítimo con relación a la Ley y válido con relación a las consecuencias que pueda producir. La doctrina enseña que el fundamento de la presunción de legitimidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos, que se manifiesta en el procedimiento que se debe seguir para la formación del acto administrativo, que debe observar las reglas del debido proceso, que comprende el derecho del particular de ser oído y en consecuencia exponer la razón de sus pretensiones y su defensa.

3) Los funcionarios que no son de carrera, sino de libre nombramiento, son también de libre remoción:

SC 880/2004-R, de 4 de junio:

“(...) En el caso de autos, las recurrentes no gozaban de la condición de funcionarias municipales de carrera, dado que no han acreditado que su ingreso se haya producido en virtud de un proceso de selección de personal mediante concurso de méritos y examen de competencia, o sea que al ser funcionarias de libre designación, son también de libre remoción (SC 468/2003-R), habiendo prestado servicios desde 1983 y 1985, se encontraban dentro del ámbito de la Ley General del Trabajo, extremo que ha sido confirmado por ellas mismas al solicitar la intermediación del Director Departamental del Trabajo y al manifestar en su demanda de amparo que no existe causal alguna citada en la Ley General del Trabajo que justifique su despido.”

En ese sentido, las SSCC 1922/2004-R, 1714/2004-R, 1306/2004-R, 1013/2004-R, y otras.

4) Son funcionarios provisorios quienes no ingresaron a prestar servicios en entidades del sector público mediante procesos de selección (concurso de méritos y exámenes de competencia), y por ende, no gozan del derecho a la estabilidad laboral prevista en el EFP.

SC 694/2004-R, de 11 de mayo:

“(...) el DS 25749 en su art. 36 señala lo siguiente: “I.- los funcionarios incorporados a las entidades públicas hasta la vigencia de la Ley 2027 sin proceso de convocatorias públicas competitivas y evaluación de méritos, tendrán el carácter de funcionarios públicos provisorios. Por consiguiente dichos funcionarios no serán acreedores a los derechos contenidos en el numeral II del art.7º de la mencionada Ley. Sin embargo los funcionarios que se encuentren en esta situación podrán acceder a la carrera administrativa cumpliendo los requisitos de convocatoria y selección establecidos para el efecto.

II Los funcionarios públicos que ingresaron mediante procesos de convocatoria pública una vez creada la Superintendencia del Servicio Civil, deberán gestionar su convalidación e incorporación a la carrera administrativa.

III Se exceptúa la aplicación del presente artículo a los servidores públicos de las instituciones comprendidas en los parágrafos III y IV del art. 3 de la Ley 2027”.

Evidenciándose que el representado del recurrente fue contratado como Jefe Técnico interino de forma directa el 16 de octubre en 1998 es decir antes de la vigencia del Estatuto del funcionario público (20 de junio de 2001) y posteriormente el 23 de septiembre de 2002 fue ratificado en el cargo como titular, por lo que a la vigencia de la referida Ley no contaba con los cinco años que señala dicha norma para ser considerado como funcionario de carrera; entonces al haber ingresado con anterioridad a su vigencia sin proceso de convocatoria tiene la calidad de funcionario provisorio a tenor de lo dispuesto por las normas precedentemente citadas.”

Así, las SSCC 1161/2004-R, 791/2004-R, 1692/2003-R, 1229/2002-R, entre otras.

5) Son funcionarios interinos los contratados de manera provisional por un periodo máximo de 90 días para ocupar cargos públicos previstos para la carrera administrativa en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera.

SC 51/2003-R, de 15 de enero:

“(…) el art. 5 EFP, señala las clases de servidores públicos, siendo los mismos, los funcionarios electos, funcionarios designados, funcionarios de libre nombramiento, funcionarios de carrera y funcionarios interinos, respecto a estos últimos la citada disposición señala que "Son aquellos que, de manera provisional y por un plazo máximo e improrrogable de 90 días, ocupan cargos públicos previstos para la carrera administrativa, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera conforme al presente Estatuto y disposiciones reglamentarias."

Que, al tenor de dicha disposición, toda autoridad pública que precise de los servicios de una persona y siempre que esté facultado para contratar, deberá hacerlo con apego estricto a ella, dado que así le impone como deber el art. 8-a) CPE.

III.2 Que, en el caso de autos, es evidente que la contratación de los recurridos sobrepasó el plazo estipulado como máximo en el art. 5 EFP, lo cual fue advertido por el recurrido, quien en cumplimiento de sus funciones y como obligado a cumplir lo previsto en la Leyes de la República, determinó la rescisión de los contratos a plazo fijo suscritos por los recurrentes; actuar que de ningún modo implica un acto ilegal restrictivo de derechos fundamentales, al contrario, se ajusta plenamente a los preceptos legales que regulan la contratación de servidores públicos.”

6) Los funcionarios públicos que a tiempo de aprobarse el Estatuto del Funcionario Público, contaban con 5 años de trabajo, serán incorporados a la carrera administrativa cuando presente renuncia voluntaria, debiendo recibir su liquidación de acuerdo al régimen laboral al que tengan derecho, manteniendo su antigüedad únicamente para efectos de la calificación de años de servicio:

SC 1922/2004-R, de 15 de diciembre:

“(…) si bien el art. 70.I inc.a) del EFP considera funcionarios de carrera aquellos servidores públicos que en la fecha de vigencia del presente Estatuto, estuvieren en el desempeño de la función pública en la misma entidad, de manera ininterrumpida por cinco o más años, independientemente de la fuente de su financiamiento, no es menos evidente, que el párrafo III de esta misma norma dispone que para efectos del cumplimiento de los párrafos I y II solo podrán ser incorporados a la carrera administrativa, aquellos dependientes que presenten renuncia voluntaria a su cargo se les haga liquidación de acuerdo al régimen laboral a que tengan derecho, quedando sujetos al Estatuto y sus disposiciones reglamentarias, manteniendo su antigüedad únicamente para efectos de calificación de años de servicio.”

7) Los servidores públicos dependientes de Servicio de Salud Pública con relación a su contratación, evaluación y retiro se rigen por las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal DS 26115 de 10 de mayo de 2001. Su ingreso debe ser a través de concurso de méritos y examen de competencia.

SC 116/2004-R, de 28 de enero:

“(…) El art. 3 de la Ley 2027 de 27 de octubre de 1999, del Estatuto del Funcionario Público (EFP), modificada por la Ley 2104 de 21 de junio de 2000, establece que los servidores públicos dependientes del Servicio de Salud Pública, con relación a su contratación, evaluación y retiro se rigen por las Normas Básicas del Sistema de Administración de Personal, aprobado por el DS 26115 de 16 de marzo de 2001. En consecuencia, siguiendo dicha normativa, el ingreso de los servidores públicos se realiza mediante convocatorias públicas internas y/o externas de acuerdo con el art. 18.I.b).2 y II del DS 26115.

En el caso de autos, en tanto no se demuestre lo contrario en el proceso legal que corresponda, María Fabiola Vargas Maldonado fue designada como Auditora, dependiente del SEDES-Cochabamba, al haber resultado ganadora del concurso de méritos y examen de competencia convocado en 21 de febrero de 2001, puesto que así se desprende del Informe de la Comisión de Calificación que actuó en el proceso de selección de personal (fs. 2), y de la Acción de Personal (fs. 8), donde se expresa que dicho nombramiento obedece al “examen y concurso de méritos”, no pudiendo declararse lo contrario en un recurso de amparo, pues ello -se reitera- deberá dilucidarse en el proceso respectivo, dentro del cual puedan ofrecerse y producirse las pruebas que cada parte considere necesarias para demostrar sus pretensiones”.

8) Responsabilidad penal y responsabilidad administrativa:

La responsabilidad administrativa persigue distintos fines y tutela diferentes bienes jurídicos que la responsabilidad penal, por tanto, no son excluyentes, de modo que un mismo hecho puede motivar la aplicación de sanciones penales y administrativas.

La SC 702/2005-R, de 22 de junio, recogiendo en lo pertinente el criterio de la SC 798/2001-R, de 30 de julio, ha señalado:

“...la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria administrativa, no son excluyentes, por tanto un mismo hecho puede motivar la aplicación de sanciones penales y

disciplinarias, pues cada una de éstas tutela órdenes jurídicos distintos y persigue finalidades diferentes, por ello el pronunciamiento administrativo es independiente del penal conforme se extrae del artículo 30 del Decreto Supremo N° 23318-A; empero, es importante destacar que tanto la responsabilidad como la sanción administrativa penal tienden a la meta común de mantener y asegurar preventiva y represivamente el funcionamiento normal del servicio, pues cada una de ellas complementa y refuerza a la otra como establece el referido artículo 30.”

9) El debido proceso aplicable al ámbito judicial y administrativo.

Toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso.

La SC 0269/2005-R, de 29 de marzo, ha declarado:

“La SC 731/2000-R, de 27 de julio, interpreta que: “las garantías del debido proceso no son aplicables únicamente al ámbito judicial, sino que deben efectivizarse en todas las instancias en las que a las personas se les atribuya aplicando un procedimiento previsto en la ley- la comisión de un acto que vulnere la normativa vigente y es obligación ineludible de los que asumen la calidad de jueces el garantizar el respeto a esta garantía constitucional”. Por consiguiente, de la normativa citada que conforma el bloque de constitucionalidad sobre el debido proceso, se infiere que toda actividad sancionadora del Estado, sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo, debe ser impuesta previo proceso, en el que se respeten todos los derechos inherentes a la garantía del debido proceso, entre los cuales se encuentra el derecho a la defensa, que implica a su vez, entre otros elementos, la notificación legal con el hecho que se le imputa al afectado, y con todas las actuaciones y resoluciones posteriores, la contradicción y presentación de pruebas tendentes a desvirtuar la acusación, la asistencia de un defensor, el derecho pro actione o a la impugnación; asimismo, el derecho a la defensa, se relaciona directamente con los derechos a la igualdad de las partes ante la ley y ante el juzgador, al juez natural y a la seguridad’.

10) Límites de la subsidiariedad.

La protección de derechos y garantías fundamentales debe pretenderse en la vía en que se estima que los mismos fueron vulnerados, sin que sea necesario que acuda a otro proceso distinto (contencioso administrativo). En concreto, concluida la vía administrativa, si se considera que existe lesión de derechos, se abre la vía del amparo constitucional.

La SC 684/2005-R, de 20 de junio, ha expresado que:

“...tampoco puede impugnar la resolución administrativa que resolvió el recurso jerárquico por la vía del proceso contencioso administrativo, toda vez que la jurisprudencia de este Tribunal asumida en la SC 355/2005-R, de 12 de abril señala que ‘la instancia administrativa concluye con la resolución del recurso jerárquico, mientras que el proceso contencioso administrativo, es una vía judicial, no administrativa, diferente a la primera, no siendo necesario agotar ésta, para luego recién interponer el amparo constitucional, puesto

que si se constata la infracción de derechos fundamentales, una vez concluida la vía administrativa, se abre la posibilidad de su tutela mediante el recurso de amparo constitucional, siendo la impugnación judicial mediante el proceso contencioso una vía diferente, con lo que se desvirtúa lo argüido por la autoridad recurrida'. (Así, las SSCC 159/2002-R, 347/2003-R, 1800/2003-R, 213/2004-R, 355/2005-R, entre otras).

11) Derecho de petición en el ámbito administrativo.

La Administración del Estado, a través de sus servidores públicos, tiene el deber de respetar el derecho de petición de los y las ciudadanas, dando una respuesta oportuna a las solicitudes, reclamos, requerimientos y quejas que les sean planteados.

SC 0025/2005-R, de 10 de enero.

“...corresponde recordar que la SC 1464/2004-R, de 13 de septiembre, ha señalado que: ‘(...) el derecho de petición, entendido por la jurisprudencia de este Tribunal en la SC 189/2001-R, de 7 de marzo, como ‘...la potestad, capacidad o facultad que tiene toda persona de formular quejas o reclamos frente a las conductas, actos, decisiones o resoluciones irregulares de los funcionarios o autoridades públicas o la suspensión injustificada o prestación deficiente de un servicio público, así como el de elevar manifestaciones para hacer conocer su parecer sobre una materia sometida a la actuación de la administración o solicitar a las autoridades informaciones; en sí, es una facultad o potestad que tiene toda persona para dirigirse, individual o colectivamente, ante las autoridades o funcionarios públicos, lo que supone el derecho a obtener una pronta resolución, ya que sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad el derecho. En consecuencia, el ejercicio del derecho supone que una vez planteada la petición, cualquiera sea el motivo de la misma, la persona adquiere el derecho de obtener pronta resolución, lo que significa que el Estado está obligado a resolver la petición. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa...’; en ese sentido también están las SSCC 1366/2004-R y 925/2004-R, entre otras.”

12) Cumplimiento y ejecución de decisiones administrativas.

La persona interesada en el cumplimiento de una resolución o cualquier género de decisiones de una instancia administrativa debe acudir ante la misma para exigir tal cumplimiento, y sólo ante la negativa injustificada de hacerlo podrá ocurrir al amparo constitucional. (Caso de Resolución de la Superintendencia de Servicio Civil que se niegan a cumplir las autoridades sobre reincorporación de funcionarios públicos)

SC 550/2005-R, de 23 de mayo:

“...de los antecedentes que cursan en el expediente, los fundamentos expuestos por la recurrente y el informe presentado por la autoridad recurrida se tiene la evidencia que la recurrente no exigió la ejecución de la RA SSC/IRJ/071/2003 ante la misma Superintendencia del Servicio Civil que fue la instancia que la emitió, ya que ante el informe presentado sobre el cumplimiento de la misma, la Superintendencia emitió la nota MDE/DGAA/348/2004, de 29 de julio, en la que se limita a efectuar una referencia sobre el uso integral de la normas jurídicas que fueron señaladas en el informe, sin pronunciarse

sobre el cumplimiento o no de la RA SSC/IRJ/071/2003, señalando más bien que la recurrente podía seguir acciones para dilucidar si se produjo o no el cumplimiento de la Resolución citada; por tanto, la misma Superintendencia está reconociendo que existen acciones que puede seguir la recurrente para exigir cumplimiento de la referida Resolución Administrativa. En consecuencia, la recurrente tiene que acudir ante la propia Superintendencia del Servicio Civil denunciando el incumplimiento y exigiendo que dicho órgano administrativo haga cumplir su Resolución firme pues, como se tiene referido, no corresponde hacerlo a través de un recurso de amparo constitucional que, como se ha señalado en el FJ III.1, no es supletorio de las vías legales y administrativas que pudiese tener quien recurre contra actos ilegales u omisiones indebidas; dejando constancia que sólo ante la omisión reiterada de la obligación de hacer cumplir sus propias resoluciones o ante la negativa injustificada de hacerlo, existiría la posibilidad de interponer el recurso de amparo constitucional....”

13) Tutela a la trabajadora del ámbito administrativo despedida ilegalmente en estado de gestación.

Si bien el amparo constitucional tiene naturaleza subsidiaria, se otorga protección a la mujer embarazada despedida de funciones que ocupaba en el sector de la Administración Pública, aún en el caso que tuviera recursos o instancias a las que acudir, dada la necesidad urgente de la tutela frente a la irreparabilidad del daño a causarse en caso contrario.

Tal el caso que dio lugar a la **SC 1905/2004-R, de 13 de diciembre**, en el que se concedió el amparo a una funcionaria despedida del INRA en estado de gravidez, en la que se dijo:

“...En el caso que se examina, se tiene establecido que la recurrente, mantenía una relación laboral dependiente de la entidad pública con la que suscribió el contrato a plazo fijo, y no obstante haber anunciado y acreditado su estado de gestación, le fue negado el reconocimiento de sus derechos establecidos en la Ley 975 y protegidos por la Constitución.

Por otra parte, si bien el amparo constitucional tiene naturaleza subsidiaria, en cuyo mérito, antes de su interposición se deben agotar las vías ordinarias de defensa; no es menos cierto, que agotar esos medios ordinarios en las circunstancias señaladas, implican para la gestante un perjuicio que podría ser irreparable, al provenir de una acción ilegal e indebida de la autoridad recurrida. En tal situación, es viable el amparo constitucional como mecanismo rápido y eficaz para proteger prioritariamente los derechos de la recurrente que se encuentra en estado de gravidez y del ser en gestación, en función a lo dispuesto por la Ley 975 y, por tanto, goza del derecho a la inamovilidad funcionaria hasta que el ser en gestación cumpla un año de edad, no pudiendo dejársela sin el sustento que requiere en ese período y menos, privársele de los servicios de salud y otros beneficios que el ordenamiento jurídico acuerda a favor de la trabajadora y funcionaria embarazada. Consecuentemente, estando demostrado que la autoridad recurrida ha incurrido en actos ilegales que lesionan los derechos fundamentales, al trabajo y la inamovilidad funcionaria, corresponde brindar la tutela demandada, a fin de restablecer los derechos invocados.

14) Protección a funcionarios de la Administración Pública con discapacidad.

La Ley de la Persona con Discapacidad y normativa conexas –como el DS 27477 de 6 de mayo de 2004- establece que las personas con discapacidad no pueden ser retiradas de su fuente de trabajo, salvo por las causales legalmente establecidas, previo proceso interno, de existir un retiro que no cumpla esas características, se abre la tutela del amparo constitucional, sin que se puede declarar improcedente el mismo por no haber acudido el interesado a los organismos creados para su protección.

SC 1422/2004-R, de 31 de agosto:

“...dichos organismos encargados de proteger a los discapacitados, no constituyen en sí una vía reparadora y efectiva para el restablecimiento de los derechos de aquellos que se lesionan, sino un medio para llegar a esa instancia en la que deben restablecerse las garantías y los derechos reclamados, pues conforme a las disposiciones legales por los que han sido instituidos, únicamente asumen la defensa ante las instancias respectivas, es decir que no están facultados para solucionar las situaciones que son puestas en su conocimiento, lo que no hace obligatorio acudir previamente a esos organismos para interponer el amparo constitucional y declararlo improcedente por su carácter subsidiario, por cuanto con esa omisión no resulta afectado este principio ante el hecho de que el acudir o no a esos organismos creados para la protección de personas discapacitadas, no incide en la subsidiariedad del recurso de amparo, Por el contrario éste abre su ámbito de protección al tratarse de un derecho que precisa ser protegido de forma inmediata ante el evidente perjuicio causado al recurrente con la pérdida de su fuente laboral y, consiguientemente, de su medio de subsistencia, que muy difícilmente podrá ser reemplazado”.

15) Principio de informalismo en procedimientos administrativos.

En la tramitación de recursos administrativos rige el principio de informalismo que determina que es posible la excusación de observancia de las exigencias formales no esenciales en procedimientos administrativos.(Errónea calificación del recurso Ej: recurso de revocatoria en vez de apelación).

SC 284/2005-\$, de 4 de abril:

“Si bien es cierto, que el recurrente no interpuso el recurso correcto de apelación, no es menos evidente, que una vez expedida la Resolución Administrativa VRNMA 25 por la que se revocó su Licencia Ambiental, impugnó dicha determinación a través del recurso de revocatoria, el mismo que debió ser tramitado por la autoridad recurrida corrigiendo de oficio cualquier error o equivocación formal, e ingresar al fondo del petitorio de acuerdo al principio de informalismo, el que, según la SC 642/2003-R, de 8 de mayo, “(...) consiste en la excusación de la observancia de exigencias formales no esenciales y que pueden cumplirse después, por ejemplo la errónea calificación del recurso (Juan Francisco Linares, Derecho Administrativo, Editorial Astrea, pág. 348); la excusación referida, debe ser interpretada siempre a favor del interesado o administrado, pues traduce la regla jurídica in dubio pro actione, o sea, de la interpretación mas favorable al ejercicio al derecho a la acción, para asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por consiguiente en virtud a ese principio de

informalismo, la autoridad administrativa podrá interpretar el recurso no de acuerdo a la letra del escrito, sino conforme a la intención del recurrente, corrigiendo equivocaciones formales de los administrados (...)."

"Que, en el caso presente, por un lado, el recurrente no está en calidad de administrado frente a los actos de los recurridos y, por otro, existen normas especiales que determinan los recursos exclusivos y expeditos para hacer valer los derechos de los proponentes dentro de los procesos de licitación pública".

16) En casos emergentes de procesos de licitación pública, conforme a la naturaleza jurídica de las acciones tutelares, el Tribunal Constitucional solamente analiza si en dicho proceso se vulneraron derechos o garantías fundamentales y no tiene competencia para revisar las decisiones tomadas por las autoridades administrativas. SC 062/2003-R, de 15 de enero:

"(...) en el caso planteado, con la facultad que le confiere el art. 44-a) del DS 25964 el Presidente Ejecutivo de la Caja Petrolera de Salud, de acuerdo con el informe de la Comisión Nacional de Calificación, mediante Resolución Administrativa R.A. CBS 087/02 adjudicó la obra, a favor de la empresa "Construmat y Asociados". Decisión que al ser impugnada por la empresa del recurrente, fue confirmada por la Resolución de Directorio R.D. N° 026/2002 de 5 de septiembre de 2002, en la cual, haciendo un análisis pormenorizado del informe emitido por la Comisión de Asesoramiento Externo y la actuación de la Comisión de Calificación, llegó a la conclusión de que ésta no actuó ilegítimamente al inhabilitar la propuesta del recurrente, aún que hubiese presentado el costo más bajo, porque ofertó ítems diferentes a los requeridos por la Administración, lo cual constituía una propuesta alternativa, siendo esta razón suficiente para la no aceptación de la propuesta.

Que, tales fundamentos y otros son los que llevaron a la entidad que convocó a licitación a rechazar la propuesta, los cuales, son producto de un análisis técnico detallado, dentro del cual esta jurisdicción no puede ni tiene competencia para revisarlos, pues lo que debe analizar únicamente es si en el proceso no se han vulnerado los derechos fundamentales del recurrido."

17) Las entidades convocantes deben ceñirse estrictamente a los pasos y fases que el procedimiento de licitación pública establece. El Alcalde con carácter previo a dictar la RM confirmatoria de la Resolución de adjudicación,, debió conformar la Comisión de asesoramiento externo para su informe fundamentado, atendiendo o apartándose de él.

SC 389/2005-R de 15 de abril:

"(...) De lo dispuesto por el Pliego de Condiciones así como por las NBSABS, conforme se acaba de ver, se establece que dentro del proceso de Licitación Pública que motivó el recurso, la conformación de la Comisión de Asesoramiento Externo era obligatoria al estar prevista en el propio Pliego de Condiciones, así como por prescripción de las NBSABS, al tratarse de una contratación bajo la modalidad de Licitación Pública; por lo que en la especie, el Alcalde Municipal con carácter previo a dictar la Resolución Municipal 0319/2004, de 9 de septiembre, confirmando la Resolución de Adjudicación, en

cumplimiento a lo establecido por el numeral 50 del Pliego de Condiciones y a lo señalado por las NBSABS debió conformar la indicada Comisión en la forma señalada por el art. 82 de dichas Normas, a los efectos de que en el plazo máximo de quince (15) días elabore informe fundamentado, recomendado la confirmación o revocación de la resolución objetada (art. 81.II) y luego de recibido éste, atendiendo o apartándose de sus recomendaciones, dictar la resolución correspondiente (art. 83.I). Por lo tanto, no es evidente la afirmación de los recurridos resumida en el apartado I.2.2.4) en el sentido de que la conformación de la CAE, únicamente es exigible cuando la máxima autoridad ejecutiva, o en este caso el Alcalde no hubiera estado de acuerdo con la Resolución de Adjudicación, ya que ello no está previsto en la Norma y cuando ésta señala que la conformación y participación de la CAE será obligatoria en contrataciones realizadas bajo la modalidad de Licitación Pública.”

18) Es la obligación presentar, a tiempo de interponer el recurso de impugnación en licitaciones públicas, una garantía irrevocable, y de ejecución inmediata, que en el caso de impugnación de resolución de adjudicación debe ser equivalente al 1% del precio de la propuesta del impugnador teniendo en cuenta la entidad la facultad de ejecutar si se confirma la decisión objetada, no siendo dicha norma contraria a la Constitución Política del Estado.

SC 0024/2005 de 11 de abril:

“(...) Cabe establecer que la impugnación es un recurso de reclamación al que tiene derecho el perdedor en un proceso de contratación y si bien está sujeto a la condición de presentación de la garantía, ello precautela que el impugnante o recurrente presente documentos e informaciones que correspondan a la realidad, o sea que, la exigencia de garantía para la impugnación, resguarda la presentación de recursos con fundamentos legales y fácticos que puedan dar lugar a una eventual revocatoria de la Resolución objetada, por ello de comprobarse la malicia en la formulación de la impugnación, el impugnante será sancionado con la pérdida de la garantía, ahora bien esta sanción tiene por objeto cubrir los costos que implican la impugnación de una resolución, que se traducen en el empleo de medios físicos, tecnológicos y materiales que inciden a la larga en el presupuesto de una entidad, además este monto deberá cubrir en parte el perjuicio que se ocasiona a la entidad con la paralización del proceso de contratación por ello le corresponde, al Poder Ejecutivo establecer una condición que no constituye un límite sino que la entidad contratante ejercitando una función administrativa ejecutara los términos de la condición imponiendo las sanciones que consagra la norma impugnada.

En este sentido, el trámite de impugnación previsto en el art. 81.I del DS 25964 establece que a tiempo de interponer el recurso de impugnación en los procesos de licitación, se deberá presentar una garantía irrevocable, renovable y de ejecución inmediata, que en el caso de la impugnación contra la resolución de adjudicación debe ser equivalente al 1% del precio de la proponente que impugna, por su parte el art. 71.I del DS 25964, dispone que en caso de ser confirmada la resolución impugnada la garantía será ejecutada, lo que de ninguna manera lesiona el derecho a recurrir o impugnar que tiene todo participante, sino que constituye un requisito para evitar la presentación de recursos sin fundamento por lo que mal puede ser considerado como un acto que lesiona el derecho a la defensa

consagrado por el art. 16.II de la CPE, más por el contrario la norma, sometida al control de constitucionalidad en sus arts. 71.I y 81.IV incs. a) y b) (DS 25964 de 21 de octubre de 2000) y (el art. 2 del DS 26208 de 7 de junio de 2001), en lo concerniente a las modificaciones de los artículos impugnados del DS 25964, establece un trámite procesal que le garantiza al afectado controvertir la impugnación y ejercer plenamente su derecho de defensa. Es más, el acto que decide la impugnación es susceptible de ser cuestionado, en la propia vía administrativa y posteriormente aún en la vía jurisdiccional”.

19) Al tratarse de amparo constitucional sobre el tema de Licitación Pública, debe agotarse todas las vías administrativas previas antes de plantear este recurso.

SC 1150/2004-R, de 23 de julio:

“(…) antes de ingresar al estudio del fondo de la problemática, se debe tomar en cuenta que al tratarse de un recurso de amparo constitucional, éste debe ser interpuesto cuando se han agotado todas las instancias, vías y recursos que el interesado tiene a su alcance para reclamar el respeto de los derechos que estima lesionados. En el caso de autos, la parte recurrente solicitó el 7 de abril de este año al Prefecto del Departamento emita una resolución dejando sin efecto o revocando la Resolución Prefectural 077/2004 y 034/2004 mediante la cual la ARP adjudicó a favor de la Empresa Constructora “Uniservice y Asociados” la construcción del proyecto de Electrificación Rural, solicitud en la que se pide se anule el proceso de contratación de la Licitación Pública señalada. Solicitud que esta pendiente de resolución no obstante haber sido reiterada el 21 de abril y el 4 de mayo de 2004.

Por consiguiente, no es posible analizar el fondo de la controversia, pues existe un reclamo pendiente de resolución, de manera que el presente recurso es improcedente dado su carácter de subsidiariedad.”

20) Recursos de impugnación en procesos licitatorios.

En los procesos de Licitación del sector público, no son aplicables los recursos contemplados en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo (LPA), al contar el procedimiento licitatorio sus propios recursos instituidos en las normas específicas emitidas al efecto.

SC 1893/2003-R, de 16 de diciembre:

“...es necesario recordar que la SC 1143/2003-R, ha establecido que: ‘...el recurrente equivocadamente pretende hacer valer el recurso de revocatoria previsto en la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo (LPA), dado que este cuerpo legal no es aplicable a los procesos de licitación pública, pues su ámbito, si bien es cierto que, por disposición del art. 2 de la misma, se centra en la Administración Pública constituida por el “Poder Ejecutivo, que comprende la administración nacional, las administraciones departamentales, las entidades descentralizadas o desconcentradas y los Sistemas de Regulación SIRESE, SIREFI y SIRENARE’; y “Gobiernos Municipales y Universidades Públicas”; no es menos cierto, que los recursos de revocatoria y jerárquico establecidos en ésta son mecanismos y

medios generales para impugnar los actos y resoluciones de las autoridades de dichas entidades por parte de los administrados”.

Cochabamba, 24 de agosto de 2005

Bibliografía

1. CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Tomo IV. Heliost. Buenos Aires - Argentina, 2001.
2. CASSAGNE, Juan Carlos. **Contrato Administrativo**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
3. Código de Seguridad Social. **Compilación y Legislación Concordada de la Seguridad Social Boliviana**. Tercera Edición, Talleres de Producciones Gráficas AVC. La Paz, 1996.
4. Decreto Supremo 27328, de 31 de enero de 2004, **Procesos de Contratación de Bienes, Obras, Servicios Generales y de Consultoría**.
5. DERMIZAKE PEREDO, Pablo. **Derecho Administrativo – Contrato Administrativo**. Cuarta Edición. Editorial Judicial. Sucre – Bolivia, 1999.
6. DROMI, José Roberto. **Derecho Administrativo**. Sexta Edición, Imprenta Paresco, Argentina, 1997.
7. DROMI, José Roberto. **Licitación Pública, Administración y Contratación**. Imprenta Paresco. Argentina, 1999.
8. **Enciclopedia Jurídica Omeba**, Driskill. Buenos Aires, 1986.
9. GORDILLO, Agustín. **Derecho Administrativo**. Tomo I, Tomo II. Buenos Aires, Argentina.
10. La Época. **Entrevista al analista Tom Kruse – La Paz, 3 de abril de 2005**.
11. Ley 1770, de 10 de marzo de 1997, **Ley de Arbitraje y Conciliación**.
12. Ley 1178, de 20 de julio de 1990, **Ley de Administración y Control Gubernamental**.
13. Ley 2104, de 21 de junio de 2000, **Ley modificatoria a la Ley 2027 del Estatuto del Funcionario Público**.
14. Ley 2027, de 27 de octubre de 1999. **Estatuto del Funcionario Público**.
15. MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Abeledo – Perrot. Imprenta Artes Gráficas Candil SRL. Buenos Aires, Argentina.
16. SAAVEDRA, Sussy. **Sistema de Reparto**. Segunda Edición. Producciones Gráficas AVC. La Paz, 2002.
17. SAGAGUÉS LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**. FCU. Montevideo, 1974.