



TEMA: CLÁUSULAS EXHORBITANTES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. REGULACIÓN NORMATIVA

- a. Ley de la contratación administrativa
- b. Código civil

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL

- a. La potestad de conversión y modificación unilateral del contrato
- b. Cláusulas ambiguas, oscuras, ilegítimas o contradictorias
- c. Equilibrio de intereses

3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

- a. Principios de contratación administrativa VOTO 998-98 Sala Constitucional.
- b. Potestad de revocación Voto 2101-91

4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- a. Oficio N°805 del 23 de enero de 1997, DGCA-125-97. Potestad de modificación de la Administración en contratos de obra pública. Normas aplicables y otros temas de interés. Ver también oficio n°4841 del 24 de abril de 1997, DGCA-504-97
- b. Oficio N° 10359 del 10 de septiembre de 1999. (DGCA-1086-99 septiembre de 1999).



1. REGULACIÓN NORMATIVA

a. Ley de la contratación administrativa

"Derecho de rescisión y resolución unilateral. Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso.

Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República." ⁱ

"Derecho de modificación unilateral. Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto, en el artículo 27 de esta Ley, para el procedimiento de contratación que se trate." ⁱⁱ

b. Código civil

"Las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos; y, la realidad social del tiempo en que de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas." ⁱⁱⁱ

"La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (...)" ^{iv}



2. TRATAMIENTO DOCTRINAL

a. La potestad de conversión y modificación unilateral del contrato

"A este efecto de garantía, la capacidad de derecho público de la Administración incluye siempre la de modificar unilateralmente el contrato, aún en perjuicio del cocontratante, contra pago de una indemnización adecuada. Cuando esta potestad no está expresamente contemplada en la Constitución o en la ley, puede considerarse fundada en la potestad de expropiación (Artículo 45 CP) y en último término en el deber de velar por el cumplimiento del cometido público atribuido. Este deber provee a la Administración de la potestad genérica de imponer sacrificios al particular, convirtiendo sus derechos en la suma equivalente de numerario. Es lo que se ha llamado "la potestad de conversión" y su estudio será hecho en el tema de responsabilidad del Estado, bajo el rubro "indemnización de derecho público" o indemnización por acto legítimo (no ilegítimo) del Estado. Pero baste ahora anticipar que la potestad de adaptación y de modificación del contrato, público o privado, es una modalidad de la "potestad de conversión" a que se refiere ALESI (Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, págs. 477 y sgtes). Su origen es un principio general del derecho, de los que son compatibles con el ordenamiento expreso, aún si no están implícitos en el mismo. Se verá oportunamente que las lagunas de derecho (ausencia total de norma aplicable) no impiden la existencia de dichos principios, para fundar y sostener potestades administrativas.

En cuanto esa potestad nace de un principio y no del contrato no puede ser renunciada por una cláusula de éste.

La potestad de conversión y de modificación unilateral del contrato es irrenunciable, por lo que la renuncia tiene que ser inválida. Puede afirmarse, desde esta perspectiva, que todos los contratos de la Administración, incluso los privados (civiles y mercantiles), están sometidos a un régimen excepcional de prerrogativas a favor del Estado. Difieren los privados de los públicos porque, como ya se dijo, en éstos hay cláusulas exorbitantes que expresan esas prerrogativas o las hacen lucir desde la celebración como eventualidades normales en el desarrollo del contrato; mientras que en los contratos privados tales cláusulas no existen y todo privilegio luce como una anomalía,



opuesta a los fines del particular aceptados por la Administración." ^v

b. Cláusulas ambiguas, oscuras, ilegítimas o contradictorias

"Cláusulas ambiguas, confusas, oscuras, ilegítimas, contradictorias Estas cláusulas no pueden perjudicar al oferente o al contratista, ya que el fin público y el interés general del contrato administrativo, hacen del contratista con la Administración, un colaborador con ella, en el cumplimiento de esos fines públicos (ideología pro-contrato; in dubio contrato).

Por ello, si la Administración insiste en hacer valer o en aplicar esas cláusulas espurias o inconvenientes para la buena salud del contrato y su eficaz ejecución; tienen que existir correctivos a esa situación, por vía de impugnaciones al cartel o al acto de adjudicación, según corresponda.

Conviene recordar aquí el sentido y el valor jurídico de los Artículos 10 y 11 del Código Civil, (CC) que valen y se aplican a la contratación administrativa: (...)" ^{vi}

c. Equilibrio de intereses

"Equilibrio de intereses

Debe existir un equilibrio (equivalencia) entre los derechos y deberes de las partes, el cual incluye los aspectos financieros de la contratación" ^{vii}

3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

a. Principios de contratación administrativa VOTO 998-98 Sala Constitucional.

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. La contratación administrativa se caracteriza por conformarse a partir de una serie de principios jurídicos. En efecto, desde el punto de vista del contenido material de nuestra Constitución Política, la sola enunciación que hace el artículo 182 constitucional implica esa configuración, como habían manifestado los Magistrados Sancho, Calzada y Molina en el voto salvado de la sentencia número 0787-94, de las quince horas veintiún minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro:



"La norma impugnada contiene un requisito formal que debe satisfacer toda persona física o jurídica, que desee participar en los procedimientos de contratación administrativa, para satisfacer el principio esencial contenido en el artículo 182 de la Constitución Política, en virtud del cual «Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.» Este principio, que se resume en que «toda contratación administrativa, se hará por el procedimiento de licitación», implica que tienen rango constitucional todos los principios del derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen. Los tres principios esenciales que reconoce la doctrina del Derecho Público, son la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades y la publicidad, principios que reproduce la Ley de la Administración Financiera de la República en su artículo 101 y el artículo 31 del Reglamento de la Contratación Administrativa y la norma que se cuestiona, no lesiona, en forma alguna, ninguno de esos tres principios";

desarrollo que recogió este Tribunal en pleno con posterioridad, en sentencia número 1206-96 de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis:

"[...], que al disponer el artículo 182 constitucional que debe celebrarse mediante licitación, implica que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura, reconocidos unánimemente por la doctrina del Derecho Constitucional y Público, como la equidad, publicidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros";

y que reiteró en la siguiente consideración:

"Ha dicho esta Sala que si el artículo 182 de la Constitución Política establece este principio -el de la licitación-, entonces se encuentran inmersos en el concepto todos los principios propios de la Contratación Administrativa" (idem).

En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre concurrencia, que tiene por objeto



Centro de Información Jurídica en Línea



afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; 6.- formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; 7.- equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para



Centro de Información Jurídica en Línea



el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste; 8.- principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro; 8.- de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar; 9.- de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y 10.- del control de los procedimientos, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles: el jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; el financiero, que consiste en la



Centro de Información Jurídica en Línea



fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional. Estos principios tienen reconocimiento tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y ya han sido desarrollados por este Tribunal en reiteradas ocasiones y con anterioridad a esta sentencia, de la siguiente manera:

"[...], si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46, y con todo ello, al no sujetarse a los procedimientos jurídicos aplicables, violó, también, el principio de legalidad." (Sentencia número 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos).

Asimismo, en sentencia de amparo número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, manifestó:

"En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de "publicidad" que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, «como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el



que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política”;

y se concluyó que el obviar los procedimientos licitatorios además de implicar una burla al procedimiento constitucional de la licitación, constituyen también una violación

“[...] de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa.”

En sentencia de inconstitucionalidad número 5386-93, de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres, se reitera:

“[...], el procedimiento debería ser concursal, en atención a la licitación como medio constitucional de proveer a la libre competencia y a la igualdad de las empresas potencialmente oferentes (artículo 182 de la Constitución).”

Al resolverse la acción de inconstitucionalidad promovida contra las limitaciones que los artículos 107 de la Ley de la Administración Financiera de la República, 252 párrafo primero y 253 del Reglamento de la Contratación Administrativa, respecto de quiénes pueden contratar con la Administración, se indicó:

“II).- En refuerzo de lo dicho cabe indicar que las normas cuestionadas resultan válidas también, a la luz de los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de la libre concurrencia y su derivado, el de igualdad, cuya vigencia se vería comprometida de aceptarse en esta sede la tesis propuesta en la acción.- El primero de los principios señalados -libre concurrencia- tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, y su contrapartida está en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; su consecuencia inmediata es que impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, circunstancia que evidentemente no podría darse, si se permitiera la participación en el concurso de los funcionarios del



más alto nivel en la República, o de sus parientes, quienes podrían utilizar ilegítimamente su posición para influenciar la escogencia final. Por el segundo de los principios indicados - igualdad- la Administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad, desde el inicio del procedimiento y hasta la adjudicación o formalización del contrato, lo que implica que no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventaja a ciertos concurrentes, o bien de perjudicarlos. Esa igualdad comprende, al menos, el deber de que las condiciones sean las mismas para todos los competidores y que debe darse preferencia siempre a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración; su incumplimiento, violación, quebrantamiento o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que, como su consecuencia, fuere celebrado; y por ello, en atención a lo expuesto, no encuentra esta Sala que, en general, las disposiciones que prohíben la participación de los miembros de los Supremos Poderes y órganos constitucionales -y los parientes de aquéllos- en los contratos administrativos, resulten en sí mismas inconstitucionales dado que encuentran asidero constitucional en los principios señalados, derivados de los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política."

Por último en sentencia número 1205-96, supra citada, se consideró:

"Desde esta perspectiva, la Sala ha declarado en Sentencia No. 3495-92 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992, que existe un reconocimiento constitucional del principio y derecho de propiedad privada (artículo 45) y libertad de empresa (artículo 46) y partiendo de ambos se inscribe también como principio del mismo rango para el ejercicio de ambos, el de libre contratación del cual su contenido, ha sido resumido por esta Sala en cuatro elementos; y literalmente señala esa jurisprudencia:

- a) la libertad para elegir al co-contratante;
- b) la libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;
- c) la libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación;
- d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el



contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional»";

y continúa diciendo:

"Siendo así, en todo concurso el número de oferentes no puede tener límites, dado que, en teoría, pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentar una oferta válida. En este procedimiento se presupone la existencia de una "previa" justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, y tiende, en definitiva, a establecer cuál persona o entidad es la que ofrece la propuesta más conveniente para el Estado, lo que resulta de la conjugación de varios elementos objetivos del contrato de que se trate, y que no necesariamente está representado por el precio más bajo."

c. POTESTAD DE REVOCACIÓN. Voto 2101-91

"VI).- El permiso reglado reconoce un derecho al administrado a título precario y puede ser revocado sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad o conveniencia, sin que tal revocación pueda ser intempestiva ni arbitraria, de conformidad con el principio contenido en el artículo 153 de la Ley General de la Administración Pública.- En caso de que el permiso esté sujeto a plazo, el advenimiento del mismo faculta a la Administración para renovarlo o no hacerlo, sin que pueda alegarse un derecho subjetivo a la prórroga automática como se pretende en el recurso.- No obstante, el principio constitucional de seguridad jurídica obliga a delimitar lo anteriormente dicho, en el sentido que si las necesidades del permiso permanecen inalterables, el modo de atenderlo ha sido eficiente y la relación conveniente para los intereses involucrados, es inaceptable la no renovación del permiso para conceder otro permiso en las mismas condiciones del anterior, debiendo la Administración en estos casos proceder por los trámites ordinarios de la licitación o concurso público a formalizar el servicio por la vía de la concesión.- Por lo expuesto, y dado que en el presente caso el servicio debe seguirse prestando y hasta tanto la Administración no decida formalizar el servicio por la vía de la concesión, se dispone que la accionante podrá continuar con su actividad como permissionaria, sin perjuicio que el mismo -previa garantía del derecho de defensa- pueda ser



revocado si se comprobaren las irregularidades denunciadas, en cuyo caso y por tratarse de una situación especialísima podrá designarse otra permisionaria para que brinde el servicio en forma temporal, en tanto se acuda al trámite de licitación pública, procedimiento que por razones de seguridad jurídica es impostergable para la Administración.- VII).- En cuanto a la violación al principio de legalidad, estima la Sala que la misma no se produce, ya que el procedimiento que la recurrente estima debido, que es el de lesividad o el de caducidad de las concesiones, previsto en el artículo 24 de la Ley #3503, no le es aplicable por no encontrarnos ante una concesión de derechos que deba declararse lesiva a los intereses públicos ni ante una caducidad de concesión debidamente obtenida.- En el presente caso, simultáneamente con la expiración del plazo del permiso, la Administración le dio trámite a las denuncias presentadas en contra de la recurrente, la que interpuso, en su oportunidad, los recursos administrativos correspondientes, en los que se ha alegado las mismas razones aquí expuestas y cuya resolución de fondo se encuentra detenida, a partir de la interposición del amparo.- Las actuaciones administrativas no han resultado excesivas ni arbitrarias por lo que no se ha producido ninguna de las lesiones acusadas.- POR TANTO:
Se declara sin lugar el recurso.- Sin embargo, la recurrente tendrá derecho a seguir prestando el servicio que se interesa hasta tanto no se adjudique en la correspondiente licitación la concesión"

4. PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- a. Oficio N°805 del 23 de enero de 1997, DGCA-125-97. Potestad de modificación de la Administración en contratos de obra pública. Normas aplicables y otros temas de interés. Ver también oficio n°4841 del 24 de abril de 1997, DGCA-504-97

"23 de enero de 1997

DGCA-125-97

Licenciado
Mario Quesada Aguirre
Responsable, Área Jurídica
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES



Centro de Información Jurídica en Línea



Estimado señor:

Con la anuencia del señor Contralor General de la República, damos respuesta a su atento oficio 962266 de 7 de junio, adicionado mediante el oficio 962476 de 24 de junio, ambos de 1996, mediante los cuales nos plantea consulta en varios aspectos vinculados con: 1) La ejecución de obras públicas y las normas aplicables, en esta etapa de transición, en relación con las contrataciones celebradas al amparo de la anterior Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa y la entrada en vigencia de la Ley de Contratación Administrativa N°7494/95; 2) La facultad modificatoria de la Administración en relación con los contratos de obra pública y 3) La instrumentación de las modificaciones actualmente llevada a cabo mediante las llamadas "Ordenes de Modificación". A nuestra solicitud, esa Área Jurídica vertió criterio sobre cada punto consultado. De previo, solicitamos las disculpas del caso por la demora en contestar.

Sobre el particular, nos permitimos referirnos a cada punto consultado, de la siguiente forma:

I.- Consideramos que la ejecución contractual, en condiciones normales, se rige por la legislación al amparo de la cual fue concertado el vínculo obligacional, en virtud de lo previsto por el artículo 34 de la Constitución Política y, por ejecución normal, entendemos aquélla efectuada con arreglo a las condiciones y circunstancias en que fue pactada, tanto en cuanto a su prestación, plazo de ejecución, álea modificatoria, v.gr., (en lo que atañe a la competencia específica de esta Dirección). De este modo, el conjunto de derechos y obligaciones queda definido con el vínculo contractual firme. No obstante, ello no autoriza a considerar que situaciones nuevas, no previstas ni pactadas por las partes, se continúen rigiendo por una normativa que al momento en que éstas se susciten y estudien, se encuentre derogada, en virtud del principio de "tempus regit actus" (el tiempo rige el acto), de plena aplicación en el derecho administrativo, al igual que el de "locus regit actus" (en cuanto al lugar). Así las cosas, al verificar nuestra competencia para resolver las peticiones referidas a la potestad modificatoria, debemos declinar de conocer tal pedido, en razón de que por disposición legislativa, esa incidencia de la ejecución contractual ha sido transferida a la Administración, con los límites y condiciones que regulan los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 14 de su Reglamento General, según veremos de seguido.



II.- En punto al álea modificatoria del contrato administrativo, hemos de manifestarle que esta *facultad* está prevista con el fin exclusivo de ajustar la prestación convenida a la *mejor satisfacción del interés general*. En el derecho administrativo esta facultad se justifica como parte integrante del régimen contractual público, exorbitante en relación con el derecho común, acordado únicamente en favor del ente licitante, no sujeto, por ende, a la aquiescencia (o manifestación de acuerdo) del contratista, justamente por devenir tal modificación, motivada en la satisfacción del interés general. Con ello, le manifestamos nuestra posición contraria a la tesis sostenida por esa Asesoría, en punto a la modificación bilateral, puesto que esa posibilidad no aparece prevista en los términos del numeral 12 de la Ley 7494 y 14 de su Reglamento General, visto que se trata del ejercicio privativo de una facultad del ente u órgano público de que se trate, dada con el fin exclusivo de ajustar las prestaciones contractuales en aspectos no previstos. Por otra parte, la posibilidad de modificación bilateral, excedería el marco del régimen contractual público, asimilándolo al de un régimen privado, donde es suficiente el consenso de las partes en cuanto a objeto y precio, sin necesidad de observar un procedimiento que demuestre legalidad de la atribución de esas nuevas prestaciones, agregadas a la inicialmente convenida (que sí tendría origen en el procedimiento que se hubiera promovido).

En punto a la facultad modificatoria de los contratos administrativos, en oficio 633 dirigido a la Dirección General de Construcción de ese Ministerio el 19 de enero de 1987, este Despacho vertió el siguiente criterio:

"Los contratos administrativos se caracterizan porque en ellos, la Administración Pública (como sujeto necesario dentro de toda relación contractual de esta naturaleza), tiene la potestad de alterar su ejecución, modificando unilateralmente las obligaciones que en razón del mismo incumben al contratista, que se consideren necesarias para el buen funcionamiento del servicio público directo o indirecto que motivó la contratación.

Lo anterior no quiere decir que para los contratos administrativos, en condiciones normales, no rija también el principio "pacta sunt servanda" (regla en los contratos de derecho privado, conforme al artículo



Centro de Información Jurídica en Línea



1032 de nuestro Código Civil), sino que, en atención a la primacía del interés general que debe perseguir el Estado, sobre el interés particular, y a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, dentro del derecho público la regla de la inmutabilidad del contrato, se ve superada, es decir, cede en importancia, ante el principio de inmutabilidad del fin público del contrato administrativo, en términos tales que, cuando la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, generen o amenacen ocasionar, un desajuste de las estipulaciones contractuales para atender el interés colectivo que se persigue satisfacer a través del contrato, a la Administración le asiste la potestad de modificar unilateralmente, aquellas prestaciones debidas por el cocontratante particular, necesarias para asegurar el cumplimiento del fin público en juego. En ausencia de estas razones de interés público (que hacen necesaria la modificación), cuya existencia debe quedar fehacientemente demostrada, "la Administración no puede apartarse de lo pactado..." (García Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, editorial Civitas, Madrid, 1977, p.506), rigiendo por tanto, la regla del "contractus lex inter partes".

En nuestro sistema de derecho, el principio de la mutabilidad de los contratos, como consecuencia de la necesaria atención del interés colectivo confiado a la gestión administrativa, se encuentra plasmado, como ya lo mencionamos, en el artículo 108 de la Ley de Administración Financiera de la República y desarrollado por los numerales 227 y 233 de su Reglamento.

A partir de dichos preceptos, el poder modificador de la Administración puede traducirse, tanto en un aumento o disminución de las prestaciones que corresponden al contratista, como en la variación del objeto (con los límites que su naturaleza presupone), dentro de las exigencias que las circunstancias impongan para la satisfacción de las necesidades y el interés público.

No obstante lo anterior, el ejercicio de dicha facultad no puede realizarse en forma absolutamente irrestricta por parte de la Administración, pues ello



podría dar lugar a que éste incurra en verdaderas "desviaciones de poder", al introducir variaciones, alegando motivos de interés general, que en el fondo no son, según el decir de Marienhoff, ciertos, sinceros y verdaderos, para cubrir un fin ilegítimo.

La potestad de modificar un contrato no es, ni podría serlo, ilimitada, sino que, por el contrario, en todo caso debe referirse a su propia sustancia, es decir, con su ejercicio no puede pretenderse introducir alteraciones que impliquen la variación, total o parcial (cuando ésta sea tan importante que signifique lo mismo), de la sustancia, esencia u objeto de un contrato, pues ello equivaldría a admitir la validez del surgimiento de una relación contractual diferente, por vía de modificación, en demérito de los principios básicos que rigen en la materia que nos ocupa y respecto de la cual, el particular no ha manifestado su consentimiento.

Igualmente y en relación con los contratos administrativos de obra pública, nuestra legislación ha impuesto otro límite a la prerrogativa en comentario, el cual consiste en la imposibilidad de incrementar el objeto del mismo, incluyendo aspectos que son susceptibles de contratación independiente, en los términos en que lo refieren los mencionados numerales...."

A este pronunciamiento, vertido al amparo de la legislación anterior, debemos agregar ahora que, tanto la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 12 como el Reglamento General de Contratación Administrativa, en su artículo 14, introducen modificaciones importantes, con respecto a la potestad modificatoria: a) La responsabilidad por la correcta aplicación de las modificaciones acordadas se deja librada a la entera y absoluta responsabilidad de la Administración, con lo cual se elimina la intervención previa de este Órgano Contralor; b) Los motivos que justifican la modificación deben referirse a aspectos imprevisibles al momento de iniciar los procedimientos de contratación; c) *El límite económico de la modificación* está dado tanto por la suma de la contratación original más el incremento adicional, los cuales no deben exceder el límite previsto para promover válidamente el procedimiento seleccionado



Centro de Información Jurídica en Línea



conforme al artículo 27 de la L.C.A., como por el 50% del monto originalmente contratado; d) Cabe destacar, como aspecto común a ambas legislaciones, que se conserva el límite porcentual del 50% y se mantiene la imposibilidad de introducir por vía de modificación contractual, todos aquellos aspectos que en un contrato de obra sean susceptibles de contratación independiente, "sin afectar la uniformidad, la coordinación o la integridad global de la obra."

III.- En cuanto a las órdenes de modificación encontramos prudente advertir que su fundamento se encuentra en los manuales técnicos CR-77 y MC-83, instrumentos que por su carácter de manuales no pueden regular aspectos de *carácter legal* reservados a la Ley de Contratación Administrativa y a su reglamento ejecutivo. El tema de la facultad modificatoria está referido a un aspecto de carácter legal, no técnico. De este modo, conforme al numeral 6° de la Ley General de la Administración Pública, el alcance de carácter jurídico, que tendrían este tipo de Manuales, quedaría restringido al detalle de normas de carácter técnico y al establecimiento de procesos y responsables de actividades dentro de una organización administrativa, de donde cabría señalar que por la vía de estos Manuales no sería procedente innovar en cuanto a los derechos y obligaciones de la relación contractual administrativa, puesto que con ello se rompería la distribución de competencias que ha sido prevista por la Constitución Política, que reservó la materia contractual administrativa a lo que dispusiera la Ley (artículo 182 en relación con los artículos 121, inciso 1), y 140, inciso 3). Asimismo, por vía de un Manual, so pretexto de detallar procedimientos administrativos, no podrían establecerse, como ya apuntamos, normas contra legem, puesto que éstas devendrían ilegítimas, en virtud de violar la escala jerárquica establecida en la Ley General de la Administración Pública. Ello implica un obligado examen, por parte de esa Asesoría Legal, de las normas que en esos Manuales no estén referidas a aspectos técnicos.

IV.- En relación con la instrumentación y refrendo de las modificaciones contractuales que ese Ministerio llegare a acordar, le comunico que debe estarse a lo previsto por el numeral 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N°7428 de 7 de setiembre de 1994 y al Decreto Ejecutivo N°25515-MP de 2 de octubre, publicado en La Gaceta 201 de 21 de octubre, ambos de 1996. Si alguna duda razonable subsistiese en relación con la aplicación de esta normativa, ese



Centro de Información Jurídica en Línea



Despacho podrá elevar la consulta correspondiente a nuestra Dirección General de Asuntos Jurídicos.

V) Finalmente, entendidos de que existen proyectos, que requieren de nuevas contrataciones, adicionales a las ya concertadas que, por motivos de diversa índole, no han sido concluidos, algunos por aspectos muy serios como la falta de diseño de ingeniería y elaboración de planos, demora en impartir órdenes de inicio, v.gr.; con el único fin de salvaguardar el interés general y los fondos ya invertidos en esos proyectos, le comunico que este Despacho, está en disposición de estudiar cada caso particular, siempre que con la solicitud se demuestre en forma fehaciente el interés general que esté comprometido, la inconveniencia de instrumentar en esos casos específicos el procedimiento de concurso que corresponda de acuerdo con el monto, para lo cual deberán anexarse todos los elementos técnicos que demuestren que esos proyectos serán concluidos definitivamente con la contratación adicional que se proponga.

Atentamente,

Lic. José Gerardo Riba Bazo
Director General

JMC/mgz

NI: 09435, 10369

ci Dirección General de Asuntos Jurídicos, Contraloría General

b. Oficio N° 10359 del 10 de septiembre de 1999. (DGCA-1086-99 septiembre de 1999.

"10 de setiembre de 1999

DGCA-1086-99

Señor
Gabriel Milgram Szuster
Presidente
CORPORACIÓN ARMI QUINTA AVENIDA S.A.



Apartado Postal 12404-1000, San José

Estimado señor:

Nos referimos a su oficio N°0615.99A de fecha 15 de junio de 1999, mediante el cual plantea las siguientes consultas:

"... Les solicitamos nos aclaren el alcance de los incisos 1 y 5 del artículo 14 del Reglamento General de Contratación Administrativa, pues el inciso 1 del citado artículo permite a la Administración modificar (aumentar o disminuir) durante la ejecución del contrato hasta en un 50% la prestación objeto de contratación y el inciso 5 también establece la posibilidad de que las instituciones adquieran hasta en una 50% suministros o servicios adicionales de igual naturaleza al originalmente contratado.

A este respecto, deseamos saber si los incisos 1 y 5 del artículo 14 antes citados son excluyentes entre sí o bien se pueden aplicar los dos artículos simultáneamente en la misma contratación.

Asimismo, deseamos saber si el artículo 14 del Reglamento General de Contratación Administrativa puede aplicarse a todos los contratos realizados por medio de contrataciones directas y licitaciones o solamente a los realizados por medio de licitaciones ..."

Antes de responder a sus interrogantes es oportuno aclararle que esta Contraloría General emite la presente OPINIÓN por tratarse de ser una asunto que se considera de interés, pero debe tenerse presente que no tiene carácter vinculante, pues no se trata de una consulta directa por parte alguno de los entes que conforman la Administración Pública, de acuerdo con lo que disponen los artículos 4, párrafo penúltimo y 29 de nuestra Ley Orgánica.

Aclarado lo anterior, pasamos a responder lo consultado por usted, y para lograr un mayor orden y comprensión de nuestra respuesta, hemos estructurado su desarrollo en diferentes puntos, a los cuales nos referimos a continuación:

1.- Noción preliminar



Los contratos administrativos tienen dos particularidades importantes -entre otras- que los hacen diferentes a los contratos que se rigen por normas de derecho privado: la primera se refiere a que uno de los sujetos que forma parte de la relación contractual es el Estado (en sentido amplio), que a diferencia de los particulares, tiene prerrogativas de las que éstos no gozan, también llamadas "potestades de imperio". La segunda es que el Estado, al contratar, persigue con el objeto mismo del contrato, la satisfacción de un interés público.

La unión de esas dos consideraciones, permite entender la facultad que tiene el Estado de modificar -unilateralmente- un contrato que ha celebrado, lo cual genera un cambio radical en el concepto de "acuerdo de voluntades" que rige la Teoría del Contrato Privado. Para entender lo anterior, es importante tener presente que esta potestad de modificación encuentra su fundamento constitucional en el denominado *principio de la mutabilidad del contrato*, del que la Sala Constitucional, haciendo un recuento de los principios generales en esta materia en el Voto #998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, señaló:

"... 8.- de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar..."

El principio antes mencionado lo que hace es reconocer que el contrato administrativo -por su propia naturaleza- es mutable, ya que el interés público que la Administración desea satisfacer por su medio es cambiante -no estático-. Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin público que se pretende satisfacer. En razón de lo expuesto y desde el punto de vista jurídico, es necesario que se permita al Estado modificar, con los límites que más adelante se examinarán, sus relaciones contractuales en curso de ejecución.

2.- Marco Jurídico

Establecido lo anterior, debe destacarse lo que el legislador,



con fundamento en el principio citado, reguló en la Ley de Contratación Administrativa, al disponer:

Artículo 12- Derecho de modificación unilateral

Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto, en el artículo 27 de esta Ley, para el procedimiento de contratación que se trate. ⁽¹⁾

Por su parte, en el Reglamento General de Contratación Administrativa, los numerales 14.1 a 14.4 regulan esta facultad de modificación, y disponen lo siguiente:

14.- Derecho de modificación unilateral

14.1. La Administración podrá modificar, disminuir o aumentar unilateralmente, durante la ejecución del contrato, hasta en un cincuenta por ciento la prestación objeto de la contratación, cuando concurren al menos las siguientes circunstancias:

14.1.1 Que obedezca a una situación de naturaleza imprevisible al momento de iniciarse los procedimientos de contratación.

14.1.2 Que la modificación, aumento, o disminución sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido con la contratación.

14.1.3 Que el monto de la suma de la contratación original, más el incremento adicional que la

¹ La Sala Constitucional, en el Voto N°998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, declaró inconstitucional el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. Por lo tanto, los límites económicos vigentes actualmente, fueron fijados por la Contraloría General de la República por mandato expreso de ese alto Tribunal, según el Voto antes mencionado, mediante las resoluciones DEE-1-98 de las 11:00 horas del 7 de agosto de 1998, publicada en La Gaceta N°157 del 13 de agosto de 1998, y la de las 9:00 horas del 24 de agosto de 1998, publicada en La Gaceta N°170 del martes 1° de setiembre de 1998, vigentes a partir del 12 de setiembre de 1998.



modificación implica, no excedan el límite previsto por la ley para la determinación del procedimiento de contratación seguido, ni tampoco sea superior al cincuenta por ciento del precio adjudicado originalmente.

- 14.2. El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya debido incurrir para atender la ejecución total de la obligación.*
- 14.3. En los contratos de obra únicamente se podrá hacer uso de la facultad de aumento del objeto, en aquellos aspectos que no puedan contratarse independientemente sin afectar la uniformidad, la coordinación o la integridad global de la obra.*
- 14.4. Cuando se haga uso de la facultad de modificación, la Administración deberá solicitar al contratista ajustar el monto de la garantía de cumplimiento.*

Como explicación inicial, se debe señalar que el artículo 12 citado, establece el derecho de modificación unilateral de los contratos por parte de la Administración, que puede ser ejercido por ésta cuando el contrato de que se trate se encuentre en su etapa de ejecución, y que se circunscribe tanto a la posibilidad jurídica de variar el objeto del contrato, como de aumentar o disminuir, hasta en un cincuenta por ciento, ese objeto.

Esta facultad - considerando también lo desarrollado en el Reglamento General de Contratación Administrativa - puede ser ejercida por la Administración de forma unilateral, sólo cuando sea "la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido con la contratación", lo cual hace que sea una prerrogativa de uso excepcional.

3.- Criterios de esta Contraloría General

Esta Dirección General ha señalado, en cuanto al derecho de modificación unilateral de los contratos, lo siguiente:

"[...] esta facultad está prevista con el fin exclusivo de ajustar la prestación convenida a la mejor satisfacción del



interés general. En el derecho administrativo esta facultad se justifica como parte integrante del régimen contractual público, exorbitante en relación con el derecho común, acordado únicamente en favor del ente licitante, no sujeto, por ende, a la aquiescencia (o manifestación de acuerdo) del contratista, justamente por devenir tal modificación, motivada en la satisfacción del interés general. Con ello, le manifestamos nuestra posición contraria a la tesis sostenida por esa Asesoría, en punto a la modificación bilateral, puesto que esa posibilidad no aparece prevista en los términos del numeral 12 de la Ley 7494 y 14 de su Reglamento General, visto que se trata del ejercicio privativo de una facultad del ente u órgano público de que se trate, dada con el fin exclusivo de ajustar las prestaciones contractuales en aspectos no previstos. Por otra parte, la posibilidad de modificación bilateral, excedería el marco del régimen contractual público, asimilándolo al de un régimen privado, donde es suficiente el consenso de las partes en cuanto a objeto y precio, sin necesidad de observar un procedimiento que demuestre legalidad de la atribución de esas nuevas prestaciones, agregadas a la inicialmente convenida (que sí tendría origen en el procedimiento que se hubiera promovido). / En punto a la facultad modificatoria de los contratos administrativos, en oficio 633 dirigido a la Dirección General de Construcción de ese Ministerio el 19 de enero de 1987, este Despacho vertió el siguiente criterio: ' [...] A partir de dichos preceptos, el poder modificatorio de la Administración puede traducirse, tanto en aumento o disminución de las prestaciones que corresponden al contratista, como en la variación del objeto (con los límites que su naturaleza presupone), dentro de las exigencias que las circunstancias impongan para la satisfacción de las necesidades y el interés público. / No obstante lo anterior, el ejercicio de dicha facultad no puede realizarse en forma absolutamente irrestricta por parte de la Administración, pues ello podría dar lugar a que éste incurra en verdaderas 'desviaciones de poder', al introducir variaciones, alegando motivos de interés general, que en el fondo no son, según el decir de Marienhoff, ciertos, sinceros y verdaderos, para cubrir un fin ilegítimo (sic) [...] ' (ver oficio número 805 del 23 de enero de 1997, DGCA-125-97).

Según se desprende de lo transcrito, la facultad que tiene la



Administración Pública para modificar contratos administrativos se basa, principalmente, en el interés público que ella está llamada a satisfacer. Sin embargo, existían diferencias entre la regulación legal actual y lo que anteriormente establecía el Reglamento de la Contratación Administrativa, ya que en el pasado este Órgano Contralor tenía un grado de participación importante en ciertos casos. Veamos la norma que en ese Reglamento regulaba esta facultad:

Artículo 233.-

La Administración podrá aumentar, disminuir o modificar la prestación objeto del contrato, en razón del interés justificado, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Hasta en un 50% de las cantidades y el precio adjudicado de las obras, servicios o suministros, siempre que tal medida se origine en circunstancias imprevistas e imprevisibles al momento de la contratación dentro de condiciones normales.*
- b) Modificaciones que no se ajusten a la condición de imprevisión o al porcentaje expuesto, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General, la cual se fundará para resolver en la naturaleza de la modificación, en el estado de ejecución del contrato, en el interés público de la contratación administrativa.*
- c) Si la modificación implicare alteración en más de un 50% del monto original del contrato, será necesaria la aquiescencia del contratista y la aprobación de la Contraloría General, de no convenir aquél, la Administración podrá optar por renunciar a la modificación que exceda ese 50%, o bien, por rescindir el contrato en los términos del artículo 238 del presente Reglamento.*
- d) La disminución o el aumento de precio por modificación del contrato se determinará proporcionalmente sobre las mismas bases del contrato original sin que proceda acreditar el lucro cesante en caso de merma hasta el 50% indicado.*
- e) Podrán ser objeto de incremento, respecto a contratos de obras, solo aspectos que no sean susceptibles de contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes.*

En los casos en que se incremente o reduzca el monto del contrato, podrá revisarse el monto de las garantías establecidas.



En este artículo se ve claramente que era permitido realizar modificaciones que no estuvieran ajustadas a los lineamientos que en ella se imponían, siempre que se contara con la autorización de esta Contraloría General. Actualmente, una modificación que no se ajuste a lo establecido legalmente o a lo que se ha reiterado jurisprudencialmente en relación con la variación del objeto, no se puede realizar, aparte de que este Órgano Contralor ya no cuenta con competencia legal para dar este tipo de autorizaciones.

4.- Supuestos y requisitos de la modificación

Como se ha visto, tanto en la legislación anterior, como en la actual, la facultad de modificación unilateral que tiene la Administración Pública se refiere a dos supuestos distintos: La variación del objeto del contrato, es decir, una modificación de carácter cualitativo. El aumento o disminución en la prestación objeto del contrato, que se refiere a una modificación de carácter cuantitativo.

Ambos supuestos, entendidos como facultad de modificación unilateral, son de aplicación excepcional por parte de la Administración, pues su ejercicio debe entenderse dentro de las limitaciones que la legislación misma impone y que esta Dirección General ha establecido por medio de la jurisprudencia, como fuente supletoria de los vacíos normativos (art. 7 Ley General de la Administración Pública). Es importante indicar, que los dos supuestos comparten los límites señalados por el artículo 12 de la Ley - reiterados en el artículo 14 del Reglamento- de verificar que la modificación, entendida en sentido general, es la única forma de satisfacer el interés público perseguido y que esa modificación obedece a circunstancias que no hayan podido preverse al momento de iniciarse los procedimientos.

En cuanto a los demás límites, existen sus diferencias. Con respecto a la variación del objeto, esta Contraloría General ha señalado lo siguiente:

"... Sobre el particular, debemos decir que en tanto exista adjudicación firme; que no haya incremento en el precio originalmente cotizado (y adjudicado); que el cambio resulte beneficioso para la Administración y se origine en fundadas razones, este Despacho ha considerado que la



modificación al objeto del contrato es procedente, siempre que no se cambie la esencia o sustancia de éste..." (véase oficio N°9636 del 14 de setiembre de 1987, DLIC-1393-87)

El criterio anterior ha sido reiterado en otras ocasiones⁽²⁾, de las que nos interesa destacar lo señalado en el oficio N° 9571 del 14 de agosto de 1989 (DGCA-1282-89), en el que se indicó lo siguiente:

"... No omito sin embargo manifestarle, que ya en otras ocasiones esta Dirección se ha pronunciado en el sentido de que una modificación al objeto de un contrato administrativo puede ser aceptada, siempre y cuando no se cambie la esencia o sustancia de éste; que el cambio resulte de evidente beneficio para la Administración; que no haya modificación alguna en el precio pactado originalmente y que se deje constancia, en el expediente respectivo, de las justificaciones (de todo tipo), que movieron a la Administración a aceptar el cambio propuesto por el proveedor del bien ..."

Entonces, parafraseando lo señalado por los oficios citados anteriormente, se puede decir que los requisitos para que una modificación al objeto del contrato sea aceptada, son: • Que no se cambie la esencia o sustancia del objeto inicialmente ofrecido; es decir, que son aceptables cambios leves en alguna(s) característica(s) del objeto, que impliquen una mejora.. • Que el cambio sea de evidente beneficio para la Administración. • Que no se varíe el precio ni las condiciones (plazo de entrega, garantías, términos de pago, etc.) pactadas originalmente. Se sobreentiende que la determinación de la existencia de los requisitos anteriores le corresponde realizarla a la Administración, bajo su absoluta y exclusiva responsabilidad.

Ahora bien, en cuanto al aumento o disminución de la prestación objeto del contrato, se deben mencionar dos requisitos, aparte de los que ya se habían señalado como aplicables a los dos supuestos: Que no exceda el 50% de la cantidad y el monto del contrato original. Que el incremento adicional, sumado al monto del contrato original, no sobrepase el límite económico previsto para el procedimiento tramitado.

² Véase entre otros los oficios números 6466 del 26 de junio de 1987 (DLIC-995-87) y 588 del 18 de enero de 1988 (DLIC-100-88)



El requisito del punto anterior, quiere decir que si la estimación inicial del contrato realizada por la Administración, la llevó a utilizar un procedimiento menos riguroso que la licitación pública (licitación por registro, licitación restringida o contratación directa), y el monto del contrato en ejecución se encuentra muy cercano, o es igual, al límite económico superior impuesto para realizar el procedimiento elegido por la Administración, el ejercicio del derecho de modificación en ese contrato, desde el punto de vista cuantitativo, se vería muy reducido o sería inexistente.

6.- Modificación en la Contratación Directa

La explicación dada en el punto anterior sirve para señalar que, acertadamente, nuestra Dirección General, en el oficio N°2257 del 3 de marzo de 1999 (DGCA-234-99), estableció que el derecho de modificación unilateral se aplica también a los contratos administrativos que se han tramitado por medio del procedimiento excepcional de contratación directa. Tal acierto se debe a las siguientes razones: • Cuando la Administración tramita una contratación directa basada en el supuesto de escasa cuantía, el ejercicio del derecho de modificación no permitiría que ella se favorezca, en el sentido de haber burlado la aplicación de un procedimiento más riguroso, pues como se ha visto, no es posible realizar una modificación del 50% si el monto total supera el límite económico fijado para el procedimiento que se seleccionó inicialmente. • Debe recordarse que el derecho de modificación unilateral es un derecho que la Administración tiene en la ejecución de un contrato, por lo que es aplicable a cualquier contrato administrativo, sin que sea pertinente hacer distinciones basadas en el procedimiento que se utilizó para realizar esa contratación. • En los supuestos de contratación directa que regula la Ley y el Reglamento, que no están referidos a la escasa cuantía, la limitación de que la modificación del contrato no puede superar el límite económico establecido para el procedimiento que se llevó a cabo, no sería de aplicación en esos casos, pues evidentemente la Administración se ha basado en un supuesto de hecho que le permite acudir a un procedimiento de excepción, sin que el monto sea importante para fundamentar esa actuación.

7.- Situación del contratista de frente a la modificación



Para brindar una respuesta completa, interesa analizar la situación del particular que contrata con el Estado, de frente al ejercicio de este derecho, pues puede verse favorecido o perjudicado. Esta última situación se podría presentar cuando se disminuye el objeto pactado⁽³⁾ o cuando se ordene un aumento⁽⁴⁾.

Sin embargo, lo que se quiere dejar establecido es que el derecho de modificación implica, en algunas ocasiones, un perjuicio económico para el contratista, lo cual hace entendible las razones por las que se señala que el ejercicio de esta facultad de modificación unilateral es tan riguroso y lleno de limitaciones, pues como ya ha quedado patente, podría afectar derechos adquiridos de buena fe por un particular.

No obstante, esa afectación es parcial, pues por lo que disponen otros principios constitucionales denominados *equilibrio de intereses*⁽⁵⁾ e *intangibilidad patrimonial* ⁽⁶⁾, se le reconoce al contratista perjudicado por el ejercicio de la potestad unilateral por parte del Estado, el derecho a ser indemnizado por los gastos que haya debido hacer para atender la totalidad de la obligación (numeral 14.2 del Reglamento).

8.- Modificación en contratos de obra pública

³ Un ejemplo de esta situación podría ser que se obligue al contratista a prestar menos horas un servicio de las que inicialmente se había contratado, o en el caso de un contrato de obra, la Administración podría obligar al contratista a construir menos de lo que se acordó inicialmente.

⁴ En cuanto al aumento se podría señalar que se podría causar perjuicio al contratista, si en la construcción de una obra la Administración lo obliga a realizar un aumento en la cantidad de obra a construir -por supuesto ajustado a lo que dispone el artículo 14.3 del Reglamento- y el contratista no tiene los recursos financieros para hacerle frente a ese aumento, lo cual lo podría poner ante una situación de eventual incumplimiento. Otro ejemplo que se podría mencionar sería que se obligue al aumento en el objeto del contrato y que por esa razón se exija al contratista ajustar el monto de la garantía de participación. Si éste no puede hacerlo, la situación acaecida llevaría a la Administración a examinar la posibilidad de rescisión o resolución del contrato, según corresponda.

⁵ En el Voto N°998-98 la Sala Constitucional señaló: “... **7.-equilibrio de intereses**, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste ...”.

⁶ En el mismo Voto anterior, se señaló: “...**9.-de intangibilidad patrimonial**, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que puedan originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato) ...”.



Es importante hacer un comentario en cuanto a la utilización del derecho de modificación unilateral en contratos de obra pública, particularmente a la hora de aumentar el objeto del contrato⁽⁷⁾. En estos casos la Administración, para el ejercicio de esta facultad, tiene una limitación adicional a las ya mencionadas, y se refiere a que para que la aplicación del aumento sea pertinente, debe demostrarse que hay imposibilidad de contratarlo en forma independiente, pues de hacerlo se afectaría la uniformidad, la coordinación o la integridad global de la obra (numeral 14.3 del Reglamento).

9.- Diferencia entre el derecho de modificación unilateral y lo establecido en el artículo 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa

Hemos analizado las circunstancias bajo las que resulta aplicable la facultad de la Administración para modificar unilateralmente un contrato administrativo. Ahora es importante diferenciar esa prerrogativa, de otra que le permite a una entidad pública pactar un nuevo contrato, pero sujeta a las mismas bases del contrato anterior.

Para poder realizar la diferenciación adecuadamente, es oportuno citar lo dispuesto en el artículo 14.5 del Reglamento⁽⁸⁾ de cita:

14.5 Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

14.5.1 Que el contratista libremente convenga en ello;

14.5.2 Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente;

14.5.3 Que el monto del nuevo contrato sume no más del 50% del contrato anterior;

14.5.4 Que no hayan transcurrido más de seis meses

⁷ Como ejemplo de esta situación podemos citar el caso hipotético de un edificio que se encuentre en etapa de construcción. En ese ínterin, el Poder Ejecutivo dicta un decreto en el que exige que las edificaciones cumplan con ciertos dispositivos de seguridad para agilizar evacuaciones, en caso de emergencias. La Administración que está construyendo el edificio no contempló en el diseño los requisitos pedidos por el decreto, por lo que con base en este hecho, y para no afectar la uniformidad, coordinación e integridad global de la obra, se podría realizar la modificación para adaptar el edificio a las nuevas disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo.

⁸ Esta disposición tiene su origen en el artículo 234 del Reglamento de la Contratación Administrativa derogado.



Centro de Información Jurídica en Línea



después de la recepción provisional del objeto del primer contrato; y

14.5.5 Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes.

Como vemos, esta disposición lo que regula es la posibilidad de que la Administración, basada en un contrato que ya ejecutó, pueda adquirir suministros o servicios de igual naturaleza, siempre y cuando el nuevo contrato se pacte sobre las mismas bases del anterior. Sobre esta regulación propiamente, esta Dirección General dispuso lo siguiente:

"... Ahora bien, independientemente del tratamiento que a este tema da el Reglamento, lo cierto es que el supuesto de hecho del inciso 14.5 no está expresa y claramente contemplado en la ley. En este momento no es nuestra intención analizar si tal circunstancia es contraria a la Constitución o no, pues el tema excede en mucho los alcances de la consulta por usted formulada y lo cierto del caso es que es norma vigente en el Ordenamiento Jurídico.

Lo que sí podemos señalar con certeza, es que la letra del reglamento no puede ser interpretada al margen de lo que diga la ley. Así las cosas, debemos entender, necesariamente, que el ejercicio de la potestad de ampliar el objeto contractual - ya sea en contratos en ejecución o ya sea en contratos ejecutados -, debe hacerse siempre respetando el marco que da la ley en el artículo 10 supra transcrito (sic), por lo que los cuatro elementos que expresamos, deben observarse, entre ellos, el de la imprevisión ..." (véase oficio N°4146 del 7 de abril de 1997, DGCA-429-97).

Sin embargo, posteriormente emitimos un criterio reconsiderando el anterior, y establecimos lo siguiente:

"... I.- El artículo 12, de la Ley de Contratación Administrativa y 14, del Reglamento General de Contratación Administrativa, regulan como tema central la potestad de modificación de los contratos administrativos en etapa de ejecución, aspecto sobre el cual este Despacho ha emitido criterio en nuestros oficios N°805 (DGCA-125-97) de 23 de enero de 1997 y N°4146 (DCGA-429-97) de 7 de abril de 1997. En lo que interesa, debemos rescatar que esa potestad modificatoria unilateral de la Administración se da, como una característica de principio, inherente a los contratos



administrativos, con el objeto de ajustar su objeto y las prestaciones derivadas de él, a la satisfacción del interés público subyacente en toda contratación administrativa, en las condiciones que dispone la ley y el reglamento de cita, para el ejercicio de esa potestad modificatoria. Adicionalmente, en el numeral 14.5. del Reglamento General de Contratación Administrativa se regula lo atinente a la realización de una nueva contratación, que tocamos en el punto siguiente.

II.-El artículo 14.5., del Reglamento General de Contratación Administrativa regula una situación similar a la contemplada por el numeral 234, del Reglamento de la Contratación Administrativa anterior. En ese Reglamento, hoy mayoritariamente derogado, se reguló separadamente la potestad modificatoria unilateral, en su artículo 233, de la facultad de suscribir un nuevo contrato, sobre las mismas bases del contrato anterior, cuando la Administración requiriera suministros o servicios adicionales de la misma naturaleza, dentro de un plazo de seis meses posteriores a la recepción provisional del objeto del primer contrato. El ejercicio de esa última facultad quedaba supeditado a un extremo de suyo relevante, a que el contratista libremente conviniera en ello, lo cual revela que no estamos en presencia de un acto unilateral de la Administración, sino de un acto bilateral, de naturaleza contractual, en la medida en que se requiere que el contratista libremente convenga en el nuevo negocio, eso sí, en las mismas condiciones cotizadas en el primer contrato.

III.-El artículo 14.5. del Reglamento General de Contratación Administrativa es sustancialmente idéntico al artículo 234, del Reglamento de la Contratación Administrativa, anterior. Así, el artículo 234 del R.C.A. disponía lo siguiente:

"Artículo 234.- Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que el contratista libremente convenga en ello;
- b) Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente;



- c) Que el monto del nuevo contrato sume no más del 50% del contrato anterior;
- d) Que no hayan transcurrido más de seis meses después de la recepción provisional del objeto del primer contrato;
- y
- e) Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes."

Por su parte, el artículo 14.5. del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone:

"14.5. Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- 14.5.1. Que el contratista libremente convenga en ello;
- 14.5.2. Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente;
- 14.5.3. Que el monto del nuevo contrato sume no más del 50% del contrato anterior;
- 14.5.4. Que no hayan transcurrido más de seis meses después de la recepción provisional del objeto del primer contrato; y
- 14.5.5. Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes."

Como se colige de la transcripción anterior, el Reglamento General de Contratación Administrativa no innovó sobre la materia; simplemente no separó en normas distintas, como sí lo disponía el Reglamento de la Contratación Administrativa, la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos, de aquélla que le permite a la Administración adquirir nuevos suministros o servicios, basada en un nuevo contrato, que tiene la particularidad de arrancar de tener como antecedente una contratación anterior, que se supone ha sido ejecutada en términos satisfactorios para la Administración.

En cuanto a este punto, debemos también indicar que reconsiderando nuestro criterio vertido en oficio N°4146/97, únicamente en lo que de seguido se dirá, no se requiere necesariamente que la Administración, para aplicar la disposición de cita, se encuentre en supuestos de



imprevisibilidad, como sí se exige en las disposiciones relativas a la potestad modificatoria unilateral; no obstante, sí deberá cumplir con los restantes requisitos que la norma dispone, tales como la aquiescencia del contratista, el límite porcentual fijado con respecto al anterior contrato, incluidas sus modificaciones, así como la de respetar las mismas bases, dentro de las cuales tiene particular importancia la observancia de las condiciones de precio, entrega, y demás aspectos relevantes, así como el debido aseguramiento del cumplimiento de esa nueva contratación, con la garantía de cumplimiento.

En cuanto al cómputo de los seis meses, la disposición vigente es clara en establecer que el cómputo de los seis meses se da a partir de la recepción provisional del suministro o servicio, en el entendido de que el cartel debe ordenar lo propio, en relación con ese punto, toda vez que el Reglamento General de Contratación Administrativa no contiene una norma general, a manera del anterior artículo 247 y 248 del Reglamento de Contratación Administrativa. En relación con el supuesto particular bajo examen, si el cartel de licitación no dispuso ninguna regulación especial al efecto, en el sentido de la entrega provisional y la definitiva del objeto contractual, esa Administración podrá considerar lo dispuesto en el artículo 67.6.1. Del Reglamento General de Contratación Administrativa, previsto en relación con la recepción de obras, en lo que resulte pertinente, para determinar si puede o no aplicar la disposición 14.5. De mismo Reglamento..." (Véase oficio N°6643 del 26 de junio de 1998, DGCA-669-98).

Con los pronunciamientos citados anteriormente, se explica claramente la diferencia entre el derecho de modificación unilateral y la posibilidad de realizar un nuevo contrato con base en lo pactado en otro que ya se ejecutó. Únicamente resta agregar que esta Dirección General ha establecido que la regulación del numeral 14.5 del Reglamento, se aplica solo a los contratos de servicios y suministros, pero no a obras. Al respecto se señaló:

"... Al respecto, para responder la consulta por usted planteada, es oportuno transcribir el numeral 14.5 del Reglamento de cita:

"... Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza,



podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: ..."

Según observamos, la norma tiene una clara intención de permitir a la Administración realizar un nuevo contrato con un mismo contratista -siempre que se den las circunstancias que se fijan en esa norma, pero que no transcribimos por innecesario para los efectos de la consulta- pero para adquirir suministros o servicios adicionales, de igual naturaleza a los contratados originalmente.

La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento hacen una clara diferenciación entre el contrato de obra pública (artículos 57 a 62 de la ley y 67 del reglamento), y los contratos de suministros (artículos 63 de la ley y 68 del reglamento) y servicios (artículos 64 a 67 de la ley y 69 del reglamento), por lo que no podemos equiparar estas figuras contractuales, porque en su esencia son diferentes.

Por la razón antes expresada, este Despacho considera que no es posible aplicar, para el caso en consulta, el numeral 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, por ser una disposición de exclusiva aplicación a los contratos de suministros y servicios realizados por la Administración y no para los contratos de obra pública..."(véase oficio N°14138 del 10 de diciembre de 1998, DGCA-1512-98).

a. 11.- Conclusiones

Después de realizar el análisis de la normativa que da origen y regula actualmente el derecho de modificación unilateral, arribamos a las siguientes conclusiones:

- Ø El derecho de modificación unilateral de los contratos administrativos, es una de las facultades que tiene el Estado sobre los particulares con los que contrata, basada en el principio constitucional de *mutabilidad de los contratos administrativos*, y que solo es aplicable en la fase de ejecución de un contrato.



Centro de Información Jurídica en Línea



- Ø El ejercicio de esta potestad, recae dentro de la esfera de decisión de la Administración interesada.
- Ø Para el ejercicio de este derecho, la Administración Pública debe demostrar que existen circunstancias de interés público que ameritan la modificación.
- Ø Únicamente se puede modificar un contrato administrativo cuando la causa que la motiva es de naturaleza imprevisible.
- Ø La modificación se puede dar tanto en forma cualitativa (variación del objeto del contrato), como cuantitativa (aumento o disminución del objeto pactado originalmente).
- Ø La variación del objeto del contrato queda supeditada al cumplimiento de tres requisitos por parte de la Administración: a) que la variación al objeto no sea sustancial; b) que no se modifique el precio pactado; y c) que exista un evidente beneficio para la Administración.
- Ø En cuanto al aumento o disminución de la prestación objeto del contrato, la Administración se ve limitada en la aplicación de este derecho, en que no puede aumentar o disminuir más del 50% de las cantidades y el monto originalmente pactado.
- Ø Ligado al punto anterior, en ningún caso se permite que, el monto del contrato original, más la suma de la modificación efectuada, sobrepase el límite económico establecido para el tipo de procedimiento que se llevó a cabo.
- Ø Esta Contraloría General de la República no tiene competencia para autorizar, en ningún caso, modificaciones que no excedan los límites previstos legal y jurisprudencialmente.
- Ø Por ser un derecho atinente a todos los contratos administrativos, el derecho de modificación unilateral es aplicable a las contrataciones que se tramiten mediante el procedimiento de contratación directa, independientemente del supuesto de excepción en el que se haya fundamentado la Administración.
- Ø El ejercicio de esta facultad, por parte del Estado, puede perjudicar al contratista. Sin embargo, con fundamento en los principios constitucionales de *equilibrio de intereses* e *intangibilidad patrimonial*, el perjudicado puede solicitar una indemnización.
- Ø El derecho de modificación unilateral es diferente a lo establecido en el artículo 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, disposición que permite a la Administración Pública que, basada en un contrato anterior recién ejecutado, pueda realizar un nuevo contrato que le permita adquirir servicios o suministros adicionales de igual naturaleza.



Ø La gran diferencia entre los dos supuestos mencionados en el punto anterior, se refiere a que en el caso del derecho de modificación, la Administración no requiere de la voluntad del contratista para poder ejercerlo, mientras que para aplicar la facultad del 14.5 citado, requiere de la "aquiescencia" del contratista.

De esta forma respondemos la consulta por usted planteada, y esperamos que con esta amplia exposición sus dudas hayan sido aclaradas.

Atentamente,

*Lic. Allan Nicoleyson Sáenz
Subdirector General*

*Lic. Marco Antonio De la O Castro
Abogado*

ⁱ LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA n° 7494 de 2 de mayo de 1995.
Art. 11

ⁱⁱ LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA n° 7494 de 2 de mayo de 1995.
Art. 11

ⁱⁱⁱ CÓDIGO CIVIL n° 30 de 19 de abril de 1886. Art. 10

^{iv} CÓDIGO CIVIL n° 30 de 19 de abril de 1886. Art. 11

^v ORTIZ ORTIZ, (Eduardo); "Tesis de Derecho Administrativo"; Volumen 1 Editorial Stradtman; 1° Edición, San José, Costa Rica; 1998; pp 97-98. (Localización: Biblioteca Facultad de Derecho UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Signatura: 344.872.86 077T v.1)

^{vi} ROMERO PÉREZ, (Jorge Enrique) "Derecho Administrativo Especial Contratación administrativa"; editorial EUNED, San José Costa Rica, 2002, pp 94-95

^{vii} ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique); "Contratación Pública"; 1° edición, Instituto de investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica; San José, Costa Rica; 2003, p.88



AVISO LEGAL

El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.