

LA EXTINCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Valparaíso

1. EL CUMPLIMIENTO Y EL PAGO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

1.1. EL CUMPLIMIENTO NORMAL DE LAS OBLIGACIONES

La extinción de estos contratos se verifica por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que él impone; con ello se ha conseguido satisfacer aquella necesidad pública, desapareciendo la finalidad que llevó a la Administración a celebrar un contrato administrativo.

El cumplimiento normal de las obligaciones del cocontratante afecta no sólo a la Administración, sino también a la comunidad toda. Es esto lo que determina que para la ejecución del servicio público, en forma normal y regular, se deban cumplir puntualmente los plazos establecidos en el propio contrato. El incumplimiento puede traer consigo una serie de consecuencias económicas y sociales graves. Por ejemplo, piénsese en la interrupción de los servicios de agua, luz, transporte, construcción de una carretera; de allí, que los incumplimientos a las obligaciones contractuales traiga aparejada una sanción. La estipulación de tales sanciones induce a los cocontratantes al cumplimiento del contrato en los términos establecidos, a menos que el interés público venga a modificar, y/o compensar con prórrogas e indemnizaciones las dificultades que se presentan a lo largo de la ejecución del contrato. En todo caso, las san-

ciones posibles por incumplimiento tienen que estar destinadas a aplicar un correctivo, pero además deben asegurar la ejecución del servicio público, pues ello es lo que le interesa a la comunidad. De ahí que sólo excepcionalmente se van a aplicar sanciones que entrañen una interrupción del servicio público que se ejecuta.

Una vez concluido el contrato, se produce la recepción provisional de la obra. Es éste un acto en el cual la Administración recibe la obra ejecutada. En este acto se levantará un acta que es firmada por los asistentes, cocontratante y agente competente de la Administración. La legislación chilena, en los Arts. 108 y ss. del ROPCH, regula la recepción provisoria de las obras y la recepción definitiva de ellas. Señala que la recepción provisional de las obras se produce una vez terminados los trabajos, hecho que es comunicado al Inspector Fiscal, quien verifica el cumplimiento de los planos y especificaciones del contrato, comunicándolo a la Dirección General de Obras Públicas e indicando la fecha en que el cocontratante puso término a la obra. Por orden del Director General de Obras Públicas, el Director Regional respectivo, designará una comisión encargada de efectuar la recepción provisoria de la obra pública. Verificado por la comisión el cumplimiento del contrato, se da curso a la recepción provisional, levantándose un acta y remitiéndose copia de ella al Director General, al Inspector Fiscal, al Cocontratante, y a la Contraloría General de la República. Se considerará como fecha de término de las obras, la fecha que señala el Inspector Fiscal al momento de enviar la comunicación de término de los trabajos a la Dirección General de Obras Públicas.

Puede ocurrir que la comisión rechace la recepción provisoria de las obras por no estar éstas ajustadas a las especificaciones del contrato, o por no estar terminadas, o porque se han empleado materiales defectuosos. Deberá dicha comisión elevar un informe al Director General y señalar un plazo al cocontratante para que ejecute los tra-

bajos o reparaciones necesarias. Si los defectos no afectan a la utilización de la obra y pueden ser reparados fácilmente, se podrá recibir la obra, pero con reservas y reteniéndole al cocontratante una suma diez veces superior al avalúo de las reparaciones fijadas por la comisión. Se le deberá, además, fijar un plazo para que se efectúen tales reparaciones, realizadas las cuales, se recibirá provisionalmente la obra. Recibidas las obras, se entregarán al uso público, comenzando de este momento el plazo de garantía por la correcta ejecución del contrato.

En el caso que se hagan observaciones al momento de la recepción provisional y éstas no se cumplen, se concederá un nuevo plazo si la Administración así lo estima conveniente, pero si no se otorga tal plazo, la Administración podrá declarar resuelto el contrato con pérdida de la fianza.

La recepción provisional se debe extender en cuadruplicado (el acta) que será firmada por los asistentes quedándose con un ejemplar cada uno. Si el cocontratante no asistiere a la recepción provisional, el representante de la Administración le remitirá un ejemplar del acta.

El efecto de la recepción provisional determina que a partir de ese momento comienza a correr el plazo de garantía que variará según el tipo de contrato, pero que en todo caso no podrá ser inferior a un año. Se trata de una garantía por los posibles defectos ocultos de la obra que sólo con el tiempo y uso pueden aparecer. Durante este plazo de garantía, la conservación de la obra quedará a cargo del propio cocontratante.

El RCOPCH, señala un plazo de garantía por la correcta ejecución de la obra y que es de un año en aquellos contratos para la construcción de obras correspondientes al Registro de Obras Mayores y medio año para el resto de los contratos.

Durante este plazo de garantía, el cocontratante responde de todos los daños que puedan producirse en la obra, a menos que éstos se deban a un mal uso que hubiesen hecho

de la obra los usuarios o la entidad explotadora o responsable de su custodia, asunto que, en todo caso, le corresponderá probar al cocontratante.

Pensamos que la legislación chilena comete un error al fijar un tiempo fijo de plazo de garantía. Este plazo deberá depender de la naturaleza y envergadura de la obra; por lo tanto, debería apreciarse en cada caso particular cuál debe ser el plazo de garantía del contrato.

Transcurrido este plazo de garantía, y si la obra se encuentra en las debidas condiciones, se produce la recepción definitiva de ella, con lo cual se concluye definitivamente el contrato. La recepción definitiva de la obra se verifica con las mismas formalidades que la recepción provisional. A partir de este momento y producida la aceptación, el cocontratante queda relevado de toda responsabilidad con excepción de la responsabilidad por cinco años en el caso que se produjeran deterioros por vicios ocultos en la construcción debidos a incumplimiento doloso del contrato. Transcurrido este plazo, se extingue toda responsabilidad.

Si la recepción definitiva se realiza sin observación alguna, se produce la liquidación del contrato por la autoridad administrativa que lo celebró, ordenándose la escritura de cancelación del mismo y la restitución de la fianza definitiva, como asimismo, los saldos por las retenciones que aún permanecen en arcas fiscales.

1.2. EL PAGO DEL PRECIO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA ¹

El significado del término "pago", no se refiere solamente al cumplimiento de las obligaciones de carácter pecuniario,

¹ Ver: M. LANDRON, "Le prix et des travaux publice". L'Actualité Juridique, N° 5, mayo, 1947.

sino que en general se refiere al cumplimiento de toda prestación debida que viene a extinguir la obligación. Aquí, sólo nos referiremos al pago del precio, o sea al cumplimiento de la obligación pecuniaria que compete a la Administración.

Se ha señalado en varias oportunidades que el cocontratante, además de ser un colaborador de la Administración para la ejecución del servicio público, desea obtener un beneficio por aquello que realiza, un beneficio justo y equitativo. Es el precio donde va incorporado este beneficio y el precio se constituye como un elemento esencial del contrato, pues para el interés privado es el motivo de celebración del mismo. Se debe pensar siempre que el correcto cumplimiento del contrato, por parte del cocontratante, se debe al correcto cumplimiento de la Administración en el pago del precio estipulado. En un sentido jurídico, el pago será el cumplimiento de un deber jurídico, que libera al deudor y satisface a la vez el interés del acreedor. Su efecto fundamental será entonces la extinción de la obligación. El pago exige como condición para que se produzca tal extinción, el que sea íntegro, tal es así que no se entenderá pagada una obligación, sino hasta que se haya hecho cumplimiento total de la prestación emanada de tal obligación.

Ahora bien, en la contratación administrativa se consagra el principio del pago por servicios realizados o cumplidos. Su fundamento está en razones de orden financiero que inciden en la contabilidad pública y en la garantía del correcto empleo de los fondos públicos². Por lo tanto, sólo después de realizada la prestación pactada tiene derecho el cocontratante a exigir su pago. Así, el pago del precio en el contrato de obra pública queda diferido hasta la completa y total ejecución de la obra en la forma estipulada y previa aceptación y recepción de ésta por los órganos administrativos competentes.

² Ver: M. WALINE, "Droit Administratif". Pág. 614. París, 1963.

Esta forma de pago produce ciertos inconvenientes. Puede ocurrir que la ejecución del contrato se vea necesariamente prolongada en el tiempo debido a la envergadura de los trabajos a ejecutar. ¿Qué ocurrirá si los cocontratantes no disponen de los medios económicos para soportar los gastos que implica la ejecución de tales trabajos? Probablemente serían muy pocos los particulares que concurrirían a la licitación de un contrato administrativo de esta índole. De ahí que el pago por servicio prestado varía dándose una mayor flexibilidad al principio. Para los efectos financieros y contables, se entenderá a estos contratos como contratos de resultado parcial y no total, que podrá ser medido y abonado por separado. Jurídicamente, la prestación permanece indivisible, pero para los efectos del pago se permite la divisibilidad, estimándose que existe un servicio prestado en la parte de la obra ejecutada. Con ello se facilita tanto la financiación de la prestación, que corre a cargo de la Administración, como el servicio público que está ejecutando el cocontratante. Estos pagos parciales sólo son pagos a cuenta de la liquidación final, jamás tendrán el carácter de definitivos, pues como ha quedado establecido el cocontratante sólo tendrá derecho al pago una vez que se efectúe la recepción definitiva de la obra. Son los llamados pagos a cuenta. Insistimos, ellos tienen un carácter de pagos parciales adelantados de un solo trabajo considerado en su conjunto y no pagos autónomos o definitivos de diversos trabajos parciales. Luego no suponen el cumplimiento de la obligación, ni tampoco la aprobación de lo recibido, o sea, jurídicamente no son un pago, pues no liberan a ninguna de las partes contratantes, las que quedan ligadas hasta el final del contrato por la totalidad de la obra y la totalidad del pago del precio. En definitiva, los pagos quedarán sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan con el cumplimiento final y total de la obligación.

El RCOFCH, en su art. 94, señala que los pagos de la

obra se harán quincenalmente o mensualmente. En las bases administrativas se indicará el monto mínimo de los estados de pago, pudiendo el Inspector Fiscal aumentarlos según sea la marcha de los trabajos. Los estados de pagos son considerados como abonos parciales que realiza la Administración durante la ejecución de los trabajos, considerándose como un anticipo dado al cocontratante a cuenta del valor total de la obra.

El hecho de que la obligación subsista en su integridad hasta el momento de la recepción definitiva, trae ciertas consecuencias:

a. El cocontratante es responsable de la ejecución de las obras y de los posibles daños sin que pueda alegarse por éste la conformidad dada por el agente de la Administración que fiscalice la correcta ejecución de los trabajos, o porque hayan sido valorados en las certificaciones parciales.

b. Los riesgos por daños recaen en el cocontratante, puesto que los pagos parciales no suponen la entrega de la obra en aquella parte que supone dicho pago.

La falta de cumplimiento de estos pagos a cuenta que debe cumplir la Administración da origen al derecho de exigir una indemnización de daños, si ellos se producen por esta causa, y en todo caso el cobro de intereses. El Art. 97 del ROPCH nos dice que cada estado de pago deberá cancelarse puntualmente y si no son pagados a los treinta días siguientes a la fecha del vencimiento devengarán, a contar del término de dicho plazo, un interés del 8% anual sobre la suma a pagar. La falta de cumplimiento de estos pagos a cuenta en ningún caso justifica la resolución del contrato, ni tampoco la suspensión del mismo, pues con tales acciones se perturbaría el funcionamiento o ejecución del servicio público. En el derecho español los pagos a cuenta no se incorporan al patrimonio del cocontrante, sino que son fondos públicos afectos a una obra pública, por lo tanto no se pueden embargar ni intervenir por terceros. El

Art. 47 de la LCE señala que los pagos a cuenta sólo podrán ser embargados si se destinan al pago de jornales devengados en la propia obra o a las cargas sociales derivadas de los mismos.

Además del sistema de pagos a cuenta, se han establecido otras vías de abono. Son aquellas denominadas como anticipos o adelantos de fondo a cuenta del cocontratante, con el objeto de facilitarle la ejecución del contrato. Se trata de adelantos de cantidades de dinero que la Administración entrega al cocontratante en atención a futuros gastos y siempre que se refieran a elementos necesarios para el abastecimiento y la ejecución del contrato. Así, se abonará al cocontratante el importe de los materiales que son adquiridos para la ejecución de la obra. El interés de la Administración es evitarle al cocontratante dificultades y gastos por préstamos, que de alguna forma u otra repercuten sobre los precios del contrato. El RCOPCH, en el Art. 98, contempla este tipo de anticipos, limitándolos al 80% del valor de los materiales a utilizar y siempre que se encuentre expresamente señalado en las bases administrativas.

También existen anticipos por las operaciones de compra de instalaciones y maquinaria pesada adscritas a la obra. La Administración, una vez que el cocontratante instala sus medios auxiliares y ha hecho una valoración de los mismos, acreditando su valor, le abona por anticipado la cifra total por este concepto, descontándose de la valoración que haga en cada unidad de obra. El objeto de la valoración contradictoria y el abono tienden a amortizar la maquinaria y demás medios auxiliares, quedando la propiedad de ellos en mano del cocontratante, salvo que se haya estipulado lo contrario, quedando éstos en beneficio de la propia Administración.

Puede ocurrir que se otorguen ciertos pagos en descubierto, por haber sido agotada la partida presupuestaria de crédito para esa anualidad. Son las llamadas certificaciones anticipadas con cargo a anualidades posteriores.

1.3. LA LIQUIDACION DEL CONTRATO

Consiste en determinar el monto a pagar una vez producida la aceptación definitiva de la obra.

En el contrato de obra pública es constante el precio unitario, pero no las cantidades. De ahí que una vez recibidas deba adecuarse lo realmente ejecutado y el importe de ello. Para la valoración se toman en cuenta las condiciones establecidas en el contrato.

Después de la recepción provisional de las obras se procede a efectuar la liquidación provisional y una vez que ocurra la recepción definitiva se procede a la liquidación definitiva. Aprobada por la Administración la liquidación provisional, puede extenderse el pago a aquella parte aún no pagada, lo que es un beneficio establecido en favor del cocontratante al no tener que esperar el plazo de garantía y la liquidación definitiva de la obra. El importe de las fianzas sólo será devuelto una vez se efectúe la liquidación definitiva. Lo mismo ocurre con las retenciones de pago, por las cuales la Administración no paga el total de los pagos a cuenta, sino que retiene parte de dicho precio con el objeto de garantizar la correcta ejecución del contrato. Si al tiempo del término del contrato, recepción definitiva, la Administración no ha observado ninguna falta del cocontratante en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la Administración deberá hacer entrega de tales retenciones que aseguraban la correcta ejecución del contrato.

Una vez que el cocontratante ha cumplido íntegramente todas sus obligaciones y la Administración ha verificado la correcta ejecución, se procede a pagar la cuantía de la deuda líquida y exigible. Para ello el organismo competente de la Administración deberá comprobar la regularidad de los títulos de pago, dotación crediticia, apreciación documental que se ha cumplido la ejecución del contrato, orden en favor del cocontratante, para luego proceder al pago.

La Administración podrá caer en mora de pago, ante lo cual el cocontratante podrá demandar ante el juez competente tal cumplimiento, exigiendo además los intereses que por tal atraso se producen. Tal demanda debe exigir los intereses a partir del día en que el saldo de la deuda líquida se ha hecho exigible. Se calcularán sobre todo lo que se adeude, siempre que no se refiera a la restitución de las garantías, fianza definitiva y retenciones; en esos casos no se puede pedir intereses, puesto que ellas no son producto de la ejecución de un contrato cuyo pago se encuentra atrasado.

La sentencia que ordene el pago sólo origina un procedimiento administrativo para que se verifique tal pago. Un tribunal no podrá despachar mandamiento de ejecución y embargo contra bienes y fondos públicos.

2. LA NULIDAD EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO ³

La doctrina ha distinguido entre la nulidad de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad, cada una con distintos efectos jurídicos.

La nulidad de pleno derecho supone que el contrato o negocio jurídico carece de efecto desde el momento de su celebración. Puede y debe ser apreciada de oficio por los tribunales y no admite prescripción que sanee el vicio o lo convalide, (el Código Civil chileno admite plazo de prescripción de 15 años. Art. 1683), podrá ser alegada por toda persona que tenga interés en ello, con excepción de aquella que ha ejecutado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Se está en presencia de la nulidad de pleno derecho cuando ha existido en el con-

³ Ver, para un estudio de la nulidad administrativa, J. A. SANTAMARÍA P. "La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. "Instituto de Estudios Administrativos". Madrid, 1972.

trato una causa ilícita, un objeto ilícito o cuando el contrato ha sido celebrado por personas absolutamente incapaces y cuando falten las solemnidades que la ley establece como necesarias para el nacimiento del contrato.

La anulabilidad, o nulidad relativa, se caracteriza porque el contrato produce todos sus efectos jurídicos al igual que si fuera un contrato perfecto y mientras no medie la declaración de nulidad. La declaración de nulidad relativa es de efecto constitutivo, el acto es nulo porque la sentencia así lo declara, sin perjuicio de que en algunos casos se retrotraigan los efectos hasta el momento de su celebración. La nulidad absoluta, en cambio, requiere de la declaración de nulidad, pero la sentencia es sólo de carácter declarativo; el acto va a ser nulo no porque la sentencia así lo declare, sino porque posee vicios en su propio origen y naturaleza. La nulidad relativa, además, sólo podrá ser apreciada a petición de parte y sólo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios (Art. 1684 del Código Civil chileno). Además, es susceptible de convalidación o de ratificación para sanear la nulidad, conforme a las solemnidades que exija la ley para el contrato que se ratifica. La ratificación sólo podrá ser válida si emana de las partes que tienen derecho a alegar la nulidad (Arts. 1693 y ss. del Código Civil chileno). La prescripción de la acción de nulidad es de 4 años (nulidad relativa), lo que determina el saneamiento de la nulidad también en 4 años (Art. 1691, Código Civil chileno).

Estas consideraciones generales llevan a plantearse la operatividad de la nulidad en el contrato administrativo en particular.

2.1. LA NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO

La distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa se encuentra establecida en la teoría general del acto administrativo, pero tiene aplicación en el campo del contrato ad-

ministrativo. De ahí que este análisis se concretará exclusivamente a este último campo y de una forma relativamente esquemática.

La nulidad absoluta en materia de contratación administrativa se centra en aquellos casos que la ley específicamente señala; no cabe otra posibilidad.

En esta materia, y por su gran importancia, se debe hacer alusión a la teoría de los actos separables. Así, cabe hacer una diferencia entre el contrato celebrado por ambas partes y con una entidad propia y los actos anteriores propiamente administrativos (de procedimiento de habilitación y de selección del cocontratante) que llevan a la celebración del contrato. Entre ambos puede hacerse una separación, sin que por ello se afecte a la institución contractual. Luego, la nulidad absoluta puede recaer en ambos tipos de actos: los actos administrativos anteriores a la celebración del contrato y en el contrato administrativo como tal. Así pues, los contratos administrativos pueden quedar sin efecto cuando los actos administrativos que lo sirvan de soporte conlleven juicios de invalidez o nulidad o la invalidez derive de su propio clausulado.

Estos actos propiamente administrativos se manifiestan también durante la ejecución del contrato y en la etapa posterior a su total ejecución. Estos actos serán impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa no sólo por la parte con quien se celebra el contrato sino que también por terceros interesados. El gran efecto de la declaración de nulidad absoluta de estos actos separables es que lleva consigo, traspassa la nulidad al contrato mismo, el que deberá entrar en una fase de liquidación⁴.

Las causas de nulidad absoluta o de pleno derecho en el contrato administrativo son:

⁴ Ver: J. A. GARCÍA-TREVIJANO F., "Los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", RAP. Nº 36, pp. 227 y ss.

a. Haber sido celebrado el contrato por órganos manifiestamente incompetentes para ello, o haber prescindido totalmente del procedimiento establecido por la ley para la formación de la voluntad administrativa, o para la selección del cocontratante. Existirá aquí una falta de consentimiento válido, lo que se traduce en una falta absoluta de efectos jurídicos del acuerdo contractual celebrado.

b. Falta de capacidad del cocontratante. La legislación chilena, aparte de consagrarla en el Código Civil, en la legislación administrativa se refiere especialmente en los Arts. 5 al 13 del RCOPCH.

c. El objeto ilícito y la imposibilidad física o legal de cumplir el objeto del contrato o el pago del precio del mismo.

d. La falta absoluta de ítem presupuestario o de fondos extrapresupuestarios aprobados especialmente por ley. Si no existen tales consignaciones o se exceden de ella el contrato celebrado será nulo de pleno derecho.

Una vez declarada la nulidad de pleno derecho por el órgano jurisdiccional competente, el contrato debe liquidarse, puesto que se debe suponer que se han efectuado ciertos trabajos, y se retrotraen las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, siempre que ello sea posible, por la misma causa ya señalada. A pesar de que el contrato es nulo desde el momento de su celebración, la declaración de nulidad es necesaria, y mientras no se efectúe, el contrato sigue produciendo efectos de tipo secundario. Así, será necesaria una compensación por aquellos trabajos ejecutados que están realizados, y por razones obvias no pueden ser devueltos ni menos destruidos, puesto que suponen un beneficio para una de las partes. El fundamento de tal compensación estará en el enriquecimiento sin causa de

⁵ Ver: J. A. GARCÍA-TREVIJANO F., "Los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", RAP. N° 36, pp. 227 y ss.

la Administración, puesto que las obras ejecutadas quedan en su beneficio.

Otro aspecto importante y propio de la contratación administrativa, en razón del interés público que lleva inserto, es el hecho de que a pesar de la declaración de nulidad absoluta del contrato éste continúa por un espacio de tiempo, siempre y cuando se siguiera a la terminación del contrato (necesaria por nulidad de él) un grave perjuicio para los intereses públicos. Se observa aquí que por sobre la regularidad material y formal del contrato prima el interés público, esencia de estos contratos. Así lo exige el Art. 9 de la Ley de Contratos del Estado español.

El fundamento del pago o compensación que la Administración debe a quien ejecuta la obra (cuasi cocontratante) estaría también en el enriquecimiento sin causa de la Administración, configurándose un cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, ante lo cual se le deberá el pago o compensación por los gastos efectivamente realizados por el cuasi cocontratante⁶.

En la legislación española la nulidad de pleno derecho puede ser declarada de oficio o a petición de parte, previo dictamen favorable del Consejo de Estado. La vía será siempre la del recurso jurisdiccional (Art. 42 del RCE).

2.2. LA NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD

Esta constituye la norma general de nulidad en los actos y contratos administrativos.

Así, serán anulables todos los contratos administrativos que incurran en infracciones al ordenamiento jurídico. Estas posibilidades de infracción tienen ciertos matices, pues

⁶ Ver: F. GARRIDO FALLA, "Los motivos de impugnación del acto administrativo (nulidad y anulabilidad en el Derecho Administrativo)", RAP. N^o 17, pp. 11 y ss.

no toda infracción al ordenamiento conlleva la nulidad relativa. Existen ciertos defectos de forma sin ninguna trascendencia, o con mínima importancia que no privan al contrato de sus efectos normales, los que deberán sí, ser subsanados e incluso se podrá perseguir la responsabilidad del funcionario infractor.

Es importante dejar establecido, desde ya, que la declaración de nulidad relativa del contrato produce sus efectos desde el momento en que se declara y no desde el momento de la celebración del contrato.

En definitiva, se podría señalar que son anulables relativamente los contratos administrativos que a pesar de reunir los elementos esenciales, que determinan la existencia de éstos, se encuentran viciados por deficiencias en sus condiciones de validez.

Las causas de nulidad relativa se pueden reunir en los siguientes grupos.

2.2.1. POR RAZONES DE LEGALIDAD

Se pueden producir tales vicios por defectos formales que la ley exige para alcanzar la finalidad del contrato, o que produzcan para la Administración una situación lesiva, o que para el cocontratante y demás licitadores produzcan una situación de indefensión.

Dentro de este tipo de vicios, cabe también aquella infracción de fondo al ordenamiento jurídico que, por mandato legal, se incorpora al contrato. Excepcionalmente tales tipos de infracciones dan lugar a la nulidad absoluta. Lo ordinario será que se dé lugar a una situación de impugnabilidad de los pliegos por los proponentes, dentro de los plazos que se establezcan y una vez transcurridos, o aceptado el pliego por el cocontratante, se produce la convalidación y cobra fuerza el principio de la "ley del contrato".

2.2.2. VICIOS EN LA FINALIDAD DEL CONTRATO

La finalidad del contrato es satisfacer una necesidad pública, y solamente a esa finalidad debe orientarse el contrato administrativo. Es el interés público el que está en juego en este contrato. Luego, no podrá perseguirse una finalidad distinta a la señalada. Por lo tanto, un contrato que tenga como finalidad el interés pecuniario de la Administración o el interés privado de una persona, sería anulado por desviación de poder.

2.2.3. VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

En razón del procedimiento de contratación administrativa, es difícil que se produzcan algunos de los vicios del consentimiento. La fuerza sólo cabría en contra del funcionario. Pero, ¿qué sucedería si se concluye un contrato legal y justo, adecuado al interés público, pero celebrado con violencia o intimidación al funcionario que contrata? Ese contrato sería válido, luego la fuerza se debe pensar en un sentido distinto a como se manifiesta en Derecho Civil. El dolo es difícil que se dé por parte de la Administración, y respecto del cocontratante sólo se podría dar en lo referente a su capacidad o incompatibilidades para participar en un procedimiento licitatorio.

El error, sí preocupa más a la doctrina administrativa que distingue tres tipos de error administrativo.

2.2.3.1. ERROR DE HECHO EN LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA OBRA

Son errores de concepto, técnicos o económicos que repercuten en la ejecución de la obra. Todos ellos producen un error en la cantidad, calidad y precios de la obra, con la consiguiente afectación en los presupuestos de ejecución. Por ejemplo, errores en la valoración de la excavación, error general de presupuesto, calcular el valor de la obra en relación a los metros cúbicos cuando el precio del proyecto está calculado en metros solamente, etc.

El contrato de obra pública es un contrato de resultado y es, además, un contrato que se celebra a riesgo y ventura del cocontratante, luego quedan a cargo de éste los posibles errores o equivocaciones de hecho que se produzcan. En todo caso, este tipo de errores de hecho no vician el consentimiento ni dan origen a la anulabilidad.

2.2.3.2. EQUIVOCACIONES MATERIALES

Se refieren a las equivocaciones que pueda tener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración. Se pueden referir a errores en los precios respecto de los que se proponen o errores en las cantidades de obra.

Los primeros se producen debido al empleo, en los cálculos del presupuesto que sirve de base al contrato, precios distintos a los que figuran en el ítem de precios de la misma, lo que supone una alteración del presupuesto total de la obra. Los segundos se producen por la deficiente confección de los planos o estudios previos, lo que produce una apreciación errónea de la cantidad de obra a realizar.

Así, por falta de la Administración, el cocontratante incurre en un error de cantidad material, que no afecta a los precios unitarios, pero sí al presupuesto total de la obra. Estos errores deberán ser corregidos inmediatamente se observen y no serán causales de rescisión a menos que se hagan notar, haya transcurrido un lapso y supongan, además, una alteración substancial al contrato. Sólo dándose estos supuestos cabe la anulabilidad.

La solución tiene su fundamento en el interés público que lleva siempre a mantener la institución contractual en beneficio del bien común.

La Administración deberá compensar al cocontratante cuando así sea necesario, sin permitirle la anulabilidad por supuesto vicio en el consentimiento, lo que se traduciría en un grave atentado para el interés público.

Se produce este error, al momento de efectuar la multiplicación entre el número de unidades a contratar y el precio de la unidad. Se trata de un error aritmético que no entraña error en la cantidad contratada.

Si en el contrato de obra se pacta a precio alzado, no cabe el error aritmético o de cuenta, pues cualquier error en las operaciones dará lugar a un error en la cantidad final, que resulta distinta a la deseada. Este tipo de error aritmético o de cuenta sí afecta al consentimiento y es causal de anulabilidad.

Pero lo normal, en el contrato de obra pública, es que se pacte a precios unitarios, en lo que lo fundamental son las bases con arreglo a las cuales se determinan las unidades de obra y los precios unitarios, dándose el consentimiento sobre aquello y sin que exista por lo tanto vicio alguno. Si al efectuar la liquidación, tomando como factores el número de unidades efectivamente realizadas y los precios unitarios correctamente establecidos, se produce un error aritmético a la hora del cumplimiento, el posible deudor habrá entregado más o menos de lo que debía. No habrá cumplido la totalidad de su obligación, o la habrá cumplido en demasía, y por lo tanto, deberá completarla o reintegrarse de ella ⁸. Como se observa, no se trata de un error que produzca vicio en el consentimiento, ni provoca la nulidad relativa del contrato.

La Jurisprudencia española, ha establecido la siguiente conclusión sobre el error aritmético o de cuenta, que pensamos da un cierto grado de luz sobre el asunto. Ha dicho ⁹: "es manifiesto que se está en presencia de un simple

⁷ Ver: J. L. MEILAN G., "El error de cuenta en el Derecho Español", pp. 13 y ss., Madrid, 1966.

⁸ Ver: J. L. MEILÁN G., "El error de cuenta...", ob. cit. (7), pp. 24 y ss.

⁹ Ver: Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 1958.

error de multiplicación, que no afecta a precios, volumen y cantidades de obra, puesto que multiplicando y multiplicador son correctos, o sea que se trata de un error aritmético que sólo dará lugar a su corrección, no pudiendo por lo demás ofrecer duda que tal corrección ha de producir las obligadas consecuencias legales y que, consiguientemente, habiéndose fijado o calculado la baja por comparación entre el importe del presupuesto indebidamente aumentado a virtud del susodicho error aritmético y la cantidad ofrecida por la adjudicataria, debe rectificarse asimismo la indicada baja determinándola en relación a la proporción entre el precio del remate y el presupuesto después de rectificad^a”.

Por último, el error de cuenta está limitado a aquellos casos en que ambas partes tengan la absoluta certeza y acuerdo en que los datos precios, respecto de los cuales se presta el consentimiento, son válidos y que, por lo tanto, el error aritmético es más aparente que real. En los casos en que exista error aritmético o de cuenta, por parte de la Administración o por parte del particular, en que uno de ellos propone cifras erradas, al ser éste un punto de referencia, esencial para la declaración de voluntad de la otra parte, la posibilidad de rectificar estará limitada, produciéndose en algunos casos la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, en otros la ejecución por equivalente o el mantenimiento de la baja ofrecida.

En definitiva, todo tipo de error administrativo será siempre susceptible de rectificación por la finalidad misma del contrato, incluso, a pesar de una posible rescisión, el contrato habrá sido eficaz y expresado su real existencia.

2.2.4. VICIOS DE FORMA

Es necesario que el contrato administrativo una vez celebrado se lleve a escritura pública, o a documento notarial o administrativo. Estas formas externas condicionan la efi-

cia y en algunos casos la validez del contrato. En todo caso, la falta de documento siempre producirá la anulabilidad del contrato, pues se constituye en garantía del buen funcionamiento y ejecución del mismo. No se debe olvidar, desde otro punto de vista, las garantías procesales y de prueba que ello involucra. En Chile, el contrato de obra pública se materializa en escritura privada, firmada ante notario y protocolizada en su registro.

2.2.5. FALTA DE CAPACIDAD SOBREVINIENTE

Una vez formalizado el contrato, puede ocurrir que al cocontratante le sobrevenga una incapacidad de celebración o /y ejecución de estos contratos. Frente a esta situación, aquella parte del contrato que estuviere pendiente, quedará sin efecto a partir del momento en que se produce tal incapacidad.

Se justifica esta solución, por el carácter personalísimo de estos contratos y que en caso de incapacidad sobrevinida, no puede ser reemplazado por otra persona. Además, las normas de incapacidad están establecidas como medios de garantía de los intereses públicos frente a ciertas situaciones de índole personal que entrañan un peligro para éstos y que deben regir en todo momento y cualquiera sea la situación del afectado.

2.2.6. LA DECLARACION DE NULIDAD

La declaración de la nulidad tiene una serie de problemas y matices que se deben analizar.

Si se pretende la anulación de uno de los actos separables, propiamente administrativos, sea por el cocontratante, por un tercero interesado o por la propia Administración, la forma de impugnación será la común a la de los actos administrativos. Declarada tal nulidad, se produce el efecto en el contrato, que deberá entrar en fase de liquidación.

Ahora, si el cocontratante desea la nulidad del contrato, deberá plantear el asunto en primer lugar ante la propia Administración, vía administrativa, y acudir después, en su caso, al tribunal contencioso administrativo. Ante la falta de un tribunal contencioso administrativo, deberá impugnarse la resolución administrativa ante la Justicia Ordinaria. Así lo establece el propio Reglamento de Contratos de Obra Pública, para dilucidar todas las dificultades que se produzcan en la ejecución de tales contratos. Art. 119 del ROOPCH.

Ahora bien, si es la Administración la que pretende la nulidad, se debe distinguir entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

En España, en caso de que se trate de nulidad absoluta, nulidad que produce la carencia total de efectos jurídicos por parte del contrato, nulidad manifiesta que surge de la confrontación del contrato a la ley, compete a la Administración dejar sin efecto el contrato en razón de los vicios que originan dicha nulidad. Con ello, la Administración no realiza una función jurisdiccional, sino que se limita a destruir una falsa apariencia, a aclarar una situación y a retirar de la vida jurídica un contrato que carece de legitimidad¹⁰. Esta declaración de nulidad va a gozar del privilegio de ejecutoriedad propia de la decisión administrativa. Así se reconoce en el Art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, estableciéndose como requisitos que el acuerdo de nulidad compete al Jefe del Departamento que haya aprobado el contrato, previo dictamen del Consejo de Estado y publicación de la orden en el Boletín Oficial del Estado. En Chile, pienso, debería siempre ser declarada por el tribunal contencioso administrativo, pues lo anterior es absolutamente excepcional.

¹⁰ Ver: M. A. BERCAITZ, "Teoría General de los Contratos Administrativos", Editorial Depalma, pp. 319 y ss., Buenos Aires, 1952.

Tratándose de la nulidad relativa, surgen una serie de situaciones.

En primer lugar, ¿deberá la Administración recurrir al órgano jurisdiccional administrativo para que éste declare la nulidad, o estará facultada la propia Administración para declararla? En principio, la Administración carece de facultades para declarar por sí misma la nulidad relativa de los contratos administrativos. Deberá siempre acudir al tribunal contencioso administrativo para que sea éste el que la declare. Sin embargo, se debe recordar que la Administración posee el privilegio de la decisión unilateral ejecutoria que se aplica a todos los aspectos del contrato. Además, para poder entablar un recurso es necesaria la existencia de un acto administrativo previo. Así, la Administración podrá declarar la nulidad del contrato a través de un simple acto administrativo, que debe cumplirse por este privilegio de ejecutoriedad de sus actos, con lo que se desplaza al cocontratante la carga de recurrir al tribunal contencioso administrativo. El cocontratante deberá respetar los distintos plazos que señala la ley para hacer valer sus acciones, plazos que generalmente en casos de recursos son breves. En caso de no entablar el recurso dentro de plazo, la decisión unilateral adquiere carácter de firme, de acto consentido¹¹. De este planteamiento se deduce que la Administración podría declarar la nulidad relativa del contrato, siempre y cuando el cocontratante no recurriera al tribunal contencioso administrativo dentro de plazo. Esta a nuestro entender sería una situación excepcional, pero posible. La situación normal será que el tribunal con-

¹¹ Ver: J. R. Parada V., "La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración: sus orígenes en el Derecho francés". Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, tomo III-1, pp. 163 y ss.

En un sentido distinto al expuesto, ver: F. GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, pp. 115 y ss., Madrid, 1966.

tencioso administrativo declare la nulidad relativa del contrato.

En la legislación española, Art. 56 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), se exige que la Administración declare como lesivo a los intereses públicos un acto administrativo que ella misma pretende anular, declaración que deberá ser anterior al recurso ante el tribunal contencioso administrativo.

Pues bien, si la Administración debe acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ¿será necesario que primeramente declare como lesivo a los intereses públicos un contrato administrativo?, ¿se le aplica también al contrato esta disposición?

El proceso de lesividad es considerado un proceso excepcional, puesto que constituye una excepción al principio de que no puede una persona dirigirse contra sus propios actos. Luego, para que se dé este proceso de excepción, el acto impugnado ha de ser dictado por la propia Administración y conceder derechos en favor del particular. Si se tratara de un acto bilateral, de un contrato, no es necesario que se acuda a este proceso excepcional ya que no existe contravención al principio de los actos propios. Luego, si lo que se impugna es el contrato mismo, no hay necesidad de acudir al proceso de lesividad, iniciándose un proceso contencioso administrativo ordinario iniciado por la Administración. Pero si lo que se impugna son actos concretos, resoluciones unilaterales y ejecutorias de la Administración que afectan al contrato, es necesario que exista un proceso de lesividad¹².

La nulidad relativa podrá ser declarada respecto de la totalidad del contrato cuando el vicio que le afectaba incide en los elementos esenciales o de forma; en otros casos, tratándose de actos administrativos que afectan al contrato

¹² Ver: J. GONZÁLEZ PÉREZ, "Los contratos administrativos y el proceso de lesividad", *REVL.* N.º 71, pp. 696 y ss.

en una parte de él, cabrá la nulidad sólo de tal acto, manteniéndose el contrato en lo que reste.

Se debe señalar que en la legislación española la única vía procesal que tiene la Administración para perseguir la nulidad relativa de un acto, produzca o no efectos en el contrato, es la previa declaración de lesividad.

Por último, la pregunta que cabe hacerse es: ¿por qué la Administración opta por un proceso de anulación del contrato cuando tiene otras vías para declararlo ineficaz? La respuesta podría ser debido a que los casos de rescisión están limitados por la propia norma, además que al ser declarado ineficaz un contrato por la sola voluntad de la Administración (invalidez) importa siempre una posible indemnización que venga a cubrir los daños que se producen en el patrimonio del cocontratante. Así si la Administración se decide por la anulabilidad del contrato, esta decisión no lleva consigo una indemnización, a menos que la nulidad se produzca por culpa de la propia Administración.

Los efectos que produce la nulidad en materia de contratos administrativos deben adecuarse de alguna forma al interés general. Si una finalidad pública ha sido conseguida mediante un contrato viciado, el vicio deberá ser eliminado para el futuro, pero sin entrar a destruir aquello que vino a satisfacer la necesidad pública. En los contratos de obra pública, a pesar de ser declarados nulos, surgen entre las partes derechos y obligaciones debidos a la ejecución real de parte, o de la totalidad de la obra, por lo cual se debe responder, no siendo posible en estos casos la devolución mutua de las prestaciones que trae consigo la nulidad del contrato. De ahí que la norma general sea que los efectos en la contratación administrativa se producen desde el momento en que se declara la nulidad y no desde el momento en que se celebra el acuerdo.

En los contratos administrativos, al tener la naturaleza de contratos de adhesión, las causas de anulación serán, en la

mayoría de los casos, imputables a la Administración, lo que origina el derecho del cocontratante a solicitar al juez del contrato las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios. En algunos casos podrá operar la doctrina de los actos consentidos. Así, si la Administración se exceptiona diciendo que el cocontratante debió conocer el vicio que invalidaba el contrato y a pesar de ello no lo señala en tiempo oportuno, no podrá posteriormente y fuera de plazo plantearlo.

La nulidad relativa tiene además la especial particularidad de poder ser convalidada por las partes que celebran el contrato. La convalidación responde al principio de conservación de los contratos para conseguir la finalidad querida por las partes. En el contrato administrativo este principio es de vital importancia, pues la finalidad contractual es el interés público.

Las propias partes pueden convalidar los vicios del contrato, lo que deberá hacerse por aquella parte en cuyo beneficio la ley ha establecido la acción de nulidad. No se necesita el concurso de la otra parte, pudiendo ser expresa o tácita la declaración de convalidación. Como convalidación tácita opera la prescripción saneatoria. El plazo de tiempo para la prescripción varía según las leyes administrativas, que generalmente estipulan plazos más breves que en materia civil, pero que en definitiva se traduce en cuatro años, igual que en materia civil.

3. LA RESOLUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La resolución es también causal de terminación del contrato.

La resolución supone un contrato administrativo inicialmente válido, pero que queda sin efecto por hechos posteriores a su entrada en vigor y solamente en los casos y términos que la ley o el propio contrato señalan. Así, se

diferencia de la anulabilidad, puesto que esta última supone la existencia, desde un comienzo, de vicios que afectan a los elementos contractuales y que influyen en la validez del contrato. Ambas coinciden respecto de los efectos, que se producen desde el momento en que se declara la resolución o la anulabilidad en su caso.

La resolución del contrato generalmente se produce por un incumplimiento grave a las obligaciones contractuales. Podrá ser solicitada tanto por la Administración como por el cocontratante; este último deberá solicitarla ante el juez del contrato. Pero la resolución cabe también, sin que exista falta de ninguno de los contratantes. Así la Administración podrá resolver el contrato en cualquier momento y sin tener que expresar motivo, sólo porque así lo exige el interés público o necesidades del servicio. El cocontratante, en este caso, sólo tendrá derecho a las indemnizaciones correspondientes que cubren el daño causado y no los beneficios futuros frustrados¹³. Art. 90 y ss. RCOPCH.

La resolución puede presentarse por:

3.1. CULPA DEL COCONTRATANTE EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

El incumplimiento del cocontratante de cualquiera de las obligaciones contractuales faculta a la Administración para acordar la resolución del contrato. En caso que haya existido dolo en el incumplimiento la resolución será obligatoria.

Por norma general, la resolución se produce debido a que el cocontratante ha cometido una falta grave a las obligaciones que impone el contrato y ella es de tal natu-

¹³ Ver: J. GASCÓN H., "Rescisión y resolución de los contratos administrativos", RAP. N° 8, pp. 243 y ss.

raleza que atenta a la correcta ejecución del mismo. La Administración deberá apreciar muy detenidamente la falta, puesto que el reemplazo del cocontratante obliga a la paralización de la obra, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos.

La resolución en estos casos se funda en que es a la Administración la que le corresponde velar por la buena y correcta ejecución del contrato. Será ella la que aprecie la magnitud de la falta y decida la oportunidad en que pondrá fin al contrato, sin que sea necesaria la intervención judicial. Se constituirá así como una medida extrema pero que opera de pleno derecho, que se aplica sin que sea necesaria estipulación contractual, a la cual no podrá renunciarse por estar establecida en razón del interés público, con la única limitación de que se debe aplicar en los casos establecidos en la ley. En los casos en que la resolución se deba a culpa del cocontratante, éste pierde la fianza dada para asegurar el correcto cumplimiento, debiendo además indemnizar. La resolución, al ser una facultad de la Administración otorgada por la ley, con excepción de ciertos casos en que es obligatoria y se constituye además como sanción, la decisión deberá ser ajustada al interés público, que en ciertos casos prima por sobre la falta culpable del cocontratante.

En aquellos casos en que la resolución sea declarada sin culpa del cocontratante y en razón del interés público, el cocontratante podrá recurrir al juez del contrato, no para que se pronuncie acerca de la resolución que no le compete, sino para que aprecie los daños y fije la posible indemnización. En la resolución por culpa del cocontratante la Administración podrá aplicar otro tipo de sanciones (además de la pérdida de las garantías y la indemnización por los daños y perjuicios producidos a la Administración), tales como multas, prohibición de celebrar futuros contratos con la Administración e incluso posibles sanciones de índole penal según sea el caso.

Con la resolución, como se señaló, se produce la paralización de las obras; de ahí que la Administración deba proceder en la forma más rápida posible a llamar un nuevo procedimiento licitatorio que venga a reemplazar al cocontratante incumplidor.

3.2. CULPA DE LA ADMINISTRACION EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

No todo incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato da lugar a la resolución del mismo. Sólo procederá tal resolución en los casos previstos por la ley. Es el interés del cocontratante el que se manifiesta para poner fin al contrato. Los casos en que podría solicitar tal resolución son los siguientes:

- a. Modificaciones excesivas al objeto del contrato.
- b. Suspensión de las obras por plazo superior a aquel razonable. Un año en la legislación española, dos meses en Chile. Art. 90 RCOPCH.
- c. La demora excesiva en los distintos tipos de pago pactados, o en la entrega de medios auxiliares.

La resolución deberá solicitarla el cocontratante a la propia Administración, la cual podrá denegar tal petición, dando mérito para recurrir ante el juez del contrato, al que le corresponderá entrar a apreciar la gravedad de la falta y si ella se ajusta a lo estipulado por la ley, pudiendo, por supuesto, rechazar el recurso. Si la Administración acepta la posición del cocontratante y la encuentra adecuada a la ley, se produce el término del contrato por resolución del mismo.

El posible recurso del cocontratante, mientras no se dicte un pronunciamiento por la Administración o el juez en su caso, no le faculta para dejar de cumplir sus obligaciones

contractuales; en el caso de que esto ocurra la Administración podrá decretar la resolución con cargo al cocontratante. Este sólo obtiene la resolución del contrato desde el día en que se dicte una decisión administrativa o un fallo judicial¹⁴.

En caso de resolución por culpa de la Administración, el cocontratante tendrá derecho a una indemnización que comprenda tanto el pago de las obras realizadas, la indemnización por daños producidos, como el beneficio industrial dejado de percibir.

4. EL MUTUO ACUERDO PARA PONER TERMINO AL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El mutuo acuerdo constituye una forma normal de extinción de los contratos. Si éstos nacen a la vida jurídica por mutuo acuerdo entre las partes, es también posible que se ponga término al contrato por mutuo acuerdo entre las partes. Art. 92, letra g, RCOPCH.

El acuerdo de las partes en poner término al contrato administrativo está sometido a ciertos límites. Así, el sólo operará cuando existan razones de interés público, o ciertas modificaciones producidas en el medio, o circunstancias excepcionales, que hagan inconveniente o innecesario el mantenimiento y la permanencia del contrato. En este caso, como en otros ya analizados, se producen las llamadas prestaciones mutuas que cada contratante deba al otro¹⁵.

¹⁴ Ver: L. PÉREZ J., "El fin en la contratación administrativa y la resolución por incumplimiento", *REVL.* N^o 154, pp. 544 y ss.

¹⁵ Ver: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", tomo I, pp. 651 y ss., Madrid, 1980.

5. LA NOVACION PERSONAL O CESION EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En razón del tipo de obligación de que se trata, sólo la novación personal, o cesión del contrato, o sea, aquella que ocurre por cambio de la persona del cocontratante, es posible encontrarla en esta figura contractual.

Así, un cocontratante podrá, en ciertas y determinadas condiciones, ceder su derecho de adjudicación, el derecho a construir la obra. Ocurre un traspaso de la titularidad de una relación jurídica que encierra en sí derechos y obligaciones. Art. 45 ROOPCH.

En la legislación española, la novación está regulada en los Arts. 58 y 81 de la LCE; señalan que los derechos emanados de un contrato de obra, podrán ser cedidos a terceros, siempre que las cualidades personales y técnicas del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. Deberán cumplirse siempre los siguientes requisitos:

- a. Que la Administración autorice previamente la novación personal.
- b. Que antes de producirse la novación, se haya ejecutado por lo menos el 20% del presupuesto total del contrato.
- c. Que se formalice la novación en escritura pública.

Producida la novación, se extinguen las obligaciones contractuales, pero éstas renacen con igual contenido y con un distinto deudor. Al extinguirse la obligación principal, se extinguen también todas las obligaciones accesorias, materia en la cual se diferencia con la cesión de derechos, en que la obligación principal no se extingue, por lo tanto, tampoco las accesorias, y en la que sólo cambia la persona del deudor ¹⁶.

¹⁶ Ver: GALVAO TELES, "La cession du contrat". *Revue Internationale de Droit Comparé* N° 2, 1951.

En la novación, al exigirse la autorización expresa de la Administración, equivale a que nuevamente la Administración presta su consentimiento, que es necesario estipular en escritura como requisito de validez del nuevo contrato que nace por haberse producido una novación.

Esta figura de la novación del contrato, no debe confundirse con el llamado subcontrato, por el cual, y siempre que no se disponga lo contrario, el cocontratante podrá pactar con terceros la realización de determinadas unidades de obras. Este subcontrato, no determina transferencias de responsabilidad del cocontratante, quedando sí, el subcontratante sujeto a todas las potestades administrativas que implica la contratación administrativa. Si procede con acuerdo de la Administración y previa inscripción del subcontratista en los Registros que correspondan. Art. 46, RCOPCH.

6. OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE PONEN FIN AL CONTRATO ADMINISTRATIVO

6.1. LA MUERTE DEL COCONTRATANTE

El contrato administrativo termina por muerte del cocontratante. El procedimiento licitatorio tiene por finalidad determinar, de entre varios, a aquella persona más idónea para celebrar el contrato administrativo. De ahí, que se ha llevado a calificar a este tipo de contratación, como contratos que se celebran en razón de la persona, contratos "intuitu personae". Por eso, ante la muerte del cocontratante se pone fin al contrato. Art. 120 al 122 RCOPCH.

En todo caso, queda en manos de la Administración decidir si los herederos continuarán con la ejecución de la obra siempre y cuando ellos mismos lo hubieren solicitado, en caso contrario, la Administración deberá llamar a una nueva licitación. Este principio de que los herederos del cocontratante continúen con la ejecución de la obra, si ellos

así lo solicitan, beneficia al interés público, evitando retrasos ante una nueva selección del futuro cocontratante.

La misma situación se plantea si se extingue la sociedad que ejecuta el contrato, cabe la posibilidad de aceptar el ofrecimiento de la nueva sociedad o entidad que resulte, de continuar con la ejecución de la obra.

6.2. LA QUIEBRA DEL COCONTRATANTE

La quiebra del cocontratante producirá siempre la extinción del contrato; al perder su capacidad financiera se pierde toda posibilidad de que cumpla su obligación, lo que va a determinar esta drástica situación. El fundamento, estará también en la necesidad de protección del interés público. Art. 92, letra b RCOPCH.

6.3. TERMINO DEL CONTRATO EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

El contrato podrá a su vez terminar, por todas aquellas situaciones establecidas en el momento del acuerdo, en virtud del principio de la libertad contractual, siempre y cuando no sean contrarios a la moral, al interés público, al orden público, al ordenamiento jurídico-administrativo, a los principios de buena administración y a las buenas costumbres.

Abreviaturas

R.C.O.P.CH.: Reglamento de Contratos de Obra Pública Chileno. D. S. 1340/1965 (M.O.P.) y D. S. 240/1983 (M.O.P.).

L.C.E.: Ley de Contratos del Estado (España)

- R.C.E.: Reglamento de Contratos del Estado. España.
- R.C.C.L.: Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales. España.
- R.A.P.: Revista de Administración Pública. Madrid. España.
- R.E.V.L.: Revista de Estudios de la Vida Local. Madrid. España.