

SUMARIO: *Introducción.*—I. *El enfoque "monista" de la contratación administrativa:* 1. Los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el Derecho Público.—2. La autonomía y superioridad del derecho especial de la Administración Pública.—3. El régimen positivo, uniforme y único, legalmente vigente.—4. Conclusión.—II. *Las condiciones actuales de la aplicación del régimen y vigencia de la contratación administrativa:* 1. La sustitución de la autonomía negocial por la discrecional administrativa.—2. Discrecionalidad administrativa y autonomía de la voluntad en la Administración Pública.—3. Carácter subordinado y dirigido de la autonomía privada de la Administración Pública.—4. El Estado no es débil, ni ungido de protección legal en sus contratos.—5. El Estado no es "consumidor económico".—6. Los modelos de contrato y las cláusulas generales, expresión de la supremacía negocial del Estado y de sus entes.—III. *Consecuencias de las premisas sentadas:* 1. El Estado y sus entes no son "consumidores protegidos" en nuestro derecho positivo.—2. La inexistencia de la "autonomía de la voluntad en el Estado y sus consecuencias.—3. La inaplicabilidad general a los contratos administrativos del régimen civil y/o mercantil de las nulidades absolutas en el derecho de la Administración Pública.—5. La incompatibilidad entre la reforma al artículo 1023 del Código Civil y el "privilegio de auto-tutela" de la Administración Pública.—6. La incompatibilidad entre varios incisos del artículo 1023 del Código Civil y principios tradicionales del Derecho administrativo.—IV. *Conclusión general.*

REV 155968-

INTRODUCCION

La Ley N° 6015 del 25 de diciembre de 1976 contiene un inciso m) que dice:

"A solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales".

m) La que excluya o limite la responsabilidad del vendedor u oferente".

La misma reforma al artículo 1023 del Código Civil contiene otros varios incisos cuya aplicación hace más difícil el desarrollo de los negocios en Costa Rica.

El problema más arduo es el que planteo el inciso m), cuya aplicación magnifica los riesgos y los costos de los negocios en Costa Rica, hasta un nivel nada justo y comercialmente aceptable.

A continuación las razones legales que demuestran la inaplicabilidad de tal disposición a los contratos del sector público con cualquier empresa mercantil.

I. *El enfoque "monista" de la contratación administrativa*1. *Los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el Derecho público.*

Es doctrina hoy aceptada la de que los contratos de la Administración Pública se regulan preponderantemente por el derecho público y el que es cuestión de modulación o matiz —y no de esencia ni de cualidad— la distinción entre contratos públicos y privados de aquella, en razón del carácter especial de los fines públicos que le están encomendados y respecto de los cuales dichos contratos no son otra cosa que simples instrumentos, cuyo régimen debe adaptarse al máximo a los mismos para lograr la mayor eficiencia posible. Esa adaptación es una acentuación del carácter público de las leyes y principios aplicables a todo contrato de la Administración Pública, que se realiza no solo confiriendo a ésta privilegios y deberes especiales en todos sus contratos, sino, además, sustrayéndolos del campo de aplicación del derecho privado, civil o mercantil, que se reputa como inadecuado. Un contrato de la Administración Pública por el hecho de ser de ésta, es distinto y se rige por principios especiales respecto de los que son normales para la contratación entre individuos o empresas privados. Si el contrato es de la Administración es público y no se aplican ni el Código Civil ni el Mercantil, salvo total ausencia de una regla especial y derogatoria de estos últimos, propia del derecho público. Sólo en tal

situación de inopia normativa, por total ausencia de ley o de principio general del derecho público para el contrato o situación contractual en cuestión, es posible recurrir al derecho privado.

En una importante obra, un conocido publicista francés explica así la posición actual sobre el problema:

"La Administración Pública no puede decidirse ni actuar sino por motivos de interés público. El derecho privado no puede ser aplicado a la Administración Pública si implica sacrificio del interés público en beneficio de intereses individuales (pág. 495)..." "...una misma convención puede presentar sucesivamente el carácter de un contrato administrativo o de un contrato privado, según que la Administración Pública ejerza o no sus derechos de intervención unilateral en la ejecución del contrato" (pág. 153) (Jean Lamarque, *Recherches sur l'Application de Droit Privé aux Services Publics Administratifs*, L.D.G.J., 1960, págs. citadas).

Es decir: no hay contratos privados de la Administración Pública, pues lo que empieza como tal puede terminar o convertirse a corto plazo en un contrato público, si la Administración decide iniciar el uso de sus potestades y privilegios especiales de autoridad en bien del interés público subyacente al contrato.

Dice el mismo autor ya citado:

"En la ejecución de sus contratos de Derecho Privado, la Administración dispone de las mismas prerrogativas fundamentales que en los contratos administrativos: inmunidad respecto a las vías ejecutivas ordinarias, privilegio de la decisión previa, prescripción cuatrienal y hasta cabe que se reserve potestativamente poderes de modificación unilateral o de rescisión del contrato. Con ello resulta que la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la Administración es ciertamente mucho menos grande que la que existe entre estos últimos y los contratos particulares o inter-privados" (op. cit., pág. 502 y siguientes).

Un reputado autor argentino confirma diciendo:

"Todo esto significa, en definitiva, que todos los contratos que celebra la Administración tienen un régimen primordialmente de derecho público; que ese régimen nunca es actualmente el autoritario de la doctrina clásica, sino que es un régimen de derecho público que busca satisfacer el interés público concreto a que el contrato debe servir, *sin sacrificar los principios superiores de justicia y equidad a que todo el Estado debe propender*". (Agustín Gordillo, *Derecho Administrativo de la Economía*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1960, pág. 342 y 343. (el subrayado es nuestro).

Por su parte, un distinguido autor alemán, Ernst Forsthoff, ha dicho con toda claridad:

"Al contrato público son aplicables las reglas del Derecho Público, no las del derecho privado..." *En la medida de los efectos materiales que corresponden al contrato de Derecho Público es decisivo únicamente el Derecho Público, y en modo alguno es lícito recurrir al Derecho Privado.* Los efectos pueden ir esencialmente más lejos de lo que permitirían los

preceptos del Derecho Privado." (Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 381 y 382) (el subrayado es nuestro).

Otro autor argentino abunda en iguales conceptos:

"El contrato de Derecho Privado deja de ser privado, es decir, particular de cada uno de los contratantes, para pasar a ser público toda vez que el Estado también está interesado y aspira a ser parte de aquél, no obstante el culto que suele rendírsele a la autonomía de la voluntad... El criterio a adoptar en cuanto a los contratos privados de la Administración es el mismo que respecto de la supuesta existencia de los actos privados de la Administración... Si bien en determinados casos se aplica el Derecho Privado al objeto o contenido del acto, o a la relación jurídica emergente, eso no justifica sostener que tal acto sea privado, pues siempre habrán de regirse por el Derecho Público los demás elementos del acto, tales como la competencia, voluntad, motivación, forma, causa, etc. (Roberto Dromi, *La Licitación Pública*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 16 y 17).

Pero ya hemos visto cómo aquel importante autor alemán considera que en relación con "los efectos materiales" del contrato, es decir: con su clausulado, resulta totalmente inadmisibles la pretensión de sujetarlos al derecho privado. Tales efectos, según ese destacado autor, sólo pueden regirse por el Derecho Público, con exclusión del privado (civil o mercantil).

Esta tesis se halla también respaldada por la mejor doctrina costarricense sobre el tema. Concretamente aludimos a la obra "La Contratación Administrativa", del Lic. Herman Rodríguez Arce, inédita, donde se dice:

"Consecuencia necesaria de lo expuesto es la tesis que propugnamos de la existencia de un solo tipo de contrato celebrado por la Administración, diferente del contrato civil según su carácter de instrumento del Estado para la realización de sus fines; diferencia que no debemos buscar en la forma, ni en signo alguno externo, porque, haya o no cláusulas extrañas a las del contrato de derecho privado, por el hecho de intervenir una persona de derecho público, garante del bienestar general en el ámbito de la competencia, debe ésta contar con soluciones apropiadas para resolver los problemas que en la tramitación o en la ejecución de sus contratos (grandes o pequeños, trascendentes o aparentemente intrascendentes) se presente, en cuanto debe perseguir los mejores resultados según dicho interés general) (op. cit., pág. 12).

2. La autonomía y superioridad del derecho especial de la Administración Pública

Lo anterior quiere decir que, en punto a contratación, la Administración Pública no está sujeta al Código Civil, ni al Código de Comercio, ni a las reformas que éstos puedan sufrir o hayan sufrido. En ausencia de regulación legal propia para un contrato determinado de la Administración Pública, se aplican no las reglas de aquellos Códigos privados, sino los principios generales del Derecho Administrativo, y solo si éstos tampoco existen en el caso pueden aquellos Códigos aplicarse al mismo.

Es decir: el Derecho de la Administración y el de sus contratos es autónomo y distinto del Derecho Privado, y los principios generales de aquél, aunque no estén codificados, ni escritos, ni legislados, dejan sin efecto para los actos y contratos de la Administración Pública, las leyes y códigos privados para actos o contratos similares propios de los particulares.

Dice al respecto el autor español José Luis González Berenguer Urrutia:

"De ahí la posibilidad de aplicación subsidiaria de las normas civiles que sean *ius dispositivum*; normas que, no obstante, solo se aplicarán en defecto del ordenamiento administrativo, *entendiendo —y esto es lo esencial— por ordenamiento no sólo el Derecho escrito, sino también los principios generales de Derecho Administrativo*" (La Contratación Administrativa, Editorial Municipalia, 1966, págs. 19 y 20). (el subrayado es nuestro).

Lo que viene confirmado por otro autor español con ocasión de comentar el tema de la interpretación del contrato administrativo:

"Las lagunas e insuficiencias de la ley se han de suplir, en primer término, con el Ordenamiento Jurídico Administrativo. Cuando el problema no pueda resolverse acudiendo a aquél, entonces entrará en juego supletoriamente el Derecho Privado, pero con una supletoriedad de segundo grado. Del Ordenamiento Jurídico Administrativo, por tanto, será de donde hay que extraer las reglas de fondo, en primer lugar, para interpretar el contrato administrativo unas perspectivas mucho más amplias, más sugestivas que las que ofrece la interpretación del contrato privado. Para la interpretación de los contratos administrativos se hace necesario conocer el Ordenamiento Administrativo. El contrato administrativo, como institución, se enmarca dentro del complejo sistemático de normas y principios que rigen la actividad administrativa". (Enrique Rivero Isern, La Interpretación del Contrato Administrativo, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, pág. 84).

Corroborar un distinguido autor francés, ahora en relación con el importante tema de la responsabilidad:

"La responsabilidad decenal civil no es de orden público en Derecho Administrativo. Todavía más: la referencia que haga el juez administrativo a las disposiciones del Código Civil tienen un carácter puramente indicativo. El juez de lo contencioso-administrativo no está obligado por las normas del Código Civil. Si se guía por ella, es únicamente a título de principios generales, más que de reglas expresas que se le impongan". (Claude Blumann, la Renonciation en Droit Administratif Français, 1975, L.D.G.J., pág. 90).

El punto a responsabilidades —contractuales o extracontractuales— del Estado, el Derecho Administrativo es más radical aún en contra de la aplicación del Derecho Privado y bien puede decirse que aquél tuvo su verdadero origen en un caso de responsabilidad extra-contractual resuelto por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, que ha pasado a la historia como el caso Blanco (l'arret Blanco). La demanda del señor Blanco obligaba a decidir si la misma correspondía a los tribunales judiciales o a los administrativos. La decisión se dio claramente a favor de estos últimos, sobre la base de que toda responsabilidad del Estado está regida por el Derecho Administrativo, distinto del Civil. El muy breve

fallo que se transcribe a continuación es la piedra angular del Derecho Administrativo francés, y, por eso mismo, del nuestro. Dijo el tribunal:

"Considerando: que la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por su personal adscrito a los servicios públicos, no puede ser recogida por los principios propios del Código Civil, para las relaciones entre particulares;

Que esta responsabilidad (del Estado) no es ni general ni absoluta, y que la misma tiene sus reglas especiales que varían de acuerdo con las condiciones de cada servicio y la necesidad de conciliar las prerrogativas del Estado con los derechos del particular;

Que, consecuentemente, de conformidad con las leyes antes analizadas, el juez administrativo es el único competente para fallar este caso".

Exactamente lo mismo puede decirse, todavía hoy, de la responsabilidad contractual de la Administración Pública.

En efecto: determinado como queda por todo contrato de la Administración, por ser de ésta, es público y no privado, solo resta reputar como de igual naturaleza los vínculos y relaciones jurídicas que genera y someterlos, consecuentemente, al mismo régimen de derecho público propio de la causa. Esto es especialmente cierto y adecuado en relación con las responsabilidades que pueden nacer por la ejecución del contrato o con motivo de ella, o bien de su incumplimiento, en ambos casos con obligación de pagar daños y perjuicios. Dice al respecto el prestigioso autor Miguel Marienhoff:

"La acción de daños y perjuicios, y, en general, la acción donde se reclame una suma de dinero, sea que tales acciones respondan a la anulación o al incumplimiento de un contrato administrativo, participan de la misma naturaleza del contrato cuya extinción o incumplimiento las motiva. Lo mismo cuadra decir de la acción de daños y perjuicios, de devolución o pago de una suma de dinero, que se promoviere por anulación o incumplimiento de un contrato de derecho común de la Administración Pública... Lo que antecede es así porque las acciones participan de la naturaleza del derecho que protegen en cada caso particular, pues siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés, toma su naturaleza de éste y por consecuencia es pública o privada" (Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, págs. 127 y 128).

Puede sentarse bien la conclusión de que el contenido y efectos de un contrato de la Administración Pública, así como todo lo concerniente a las responsabilidades nacidas de su ejecución o incumplimiento, están reguladas por el mismo derecho público o administrativo que rige el contrato, con exclusión del derecho civil o mercantil. Siempre que haya una norma aplicable propia de ese derecho especial que es el Derecho Administrativo o de la Administración Pública, aún cuando se trate de meros principios generales no escritos, de índole doctrinaria o jurisprudencial, quedarán excluidas todas las normas del Derecho Privado.

Un buen ejemplo de la vigencia en Costa Rica de la jurisprudencia y de los principios generales del Derecho Administrativo, es el siguiente: en Costa Rica no hay ley que declare la inembargabilidad de los bienes

del sector público, sino un Código Municipal y dos leyes especiales que así lo disponen únicamente en relación con el Estado, las Municipalidades y las Juntas de Educación; pero si mañana un acreedor quirografario quisiera embargar a un banco nacional o a una institución autónoma del Estado, invocando un pagaré vencido y el Código de Comercio que lo respalda, le sería imposible lograrlo, en virtud de un principio general de Derecho Público opuesto, reconocido por la doctrina y acogido por los tribunales, que declara inembargables los bienes de cualquier ente público, por ser de ese ente. El Código de Comercio deja de aplicarse con base en una norma no escrita, pero igualmente imperativa, del derecho administrativo, doctrinal o jurisdiccional.

3. El régimen positivo, uniforme y único, legalmente vigente

Todo lo anterior ha sido consagrado sobradamente en nuestra legislación y jurisprudencia.

Según el Art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la respectiva jurisdicción conocerá:

"Art. 2-a): De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie".

Queda muy claro que todos los contratos de la Administración Pública son de conocimiento de una sola jurisdicción contencioso-administrativa, según un procedimiento único ante un mismo tribunal, "cualquiera que sea su naturaleza", a condición —y esto es lo esencial— de que sean "celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público". En otras palabras: la presencia de este último elemento común, el sujeto de derecho público, prevalece sobre todas las otras notas diferenciales e impone que todos los litigios relacionados con contratos de la Administración Pública pertenezcan a una misma jurisdicción, para ser juzgados de acuerdo con las reglas y principios comunes de índole pública. El último elemento de calificación impuesto, el de que los contratos sirvan para "obras y servicios públicos", en lugar de restringir, confirma el alcance uniformador de la norma en comentario, pues prácticamente no hay contrato de un ente público que no tenga relación —más o menos íntima— con el servicio público que la entidad presta. Todos los contratos del ente público entran en el concepto, con la posible pero reducida excepción de los que no guardan ninguna relación, o la tienen muy leve, con sus fines de servicio público, como podría ser la compra de equipo menudo de oficina.

Igual amplio concepto del "contrato administrativo" de la Administración Pública tiene nuestra jurisprudencia; Casación ha dicho al respecto:

"La principal característica del contrato administrativo es que la prestación que suministra el individuo o empresa esté destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público". (Niehaus Ahrens vs. El Estado, 1958, Tomo I, I Semestre, pág. 47).

La Ley N° 5901 del 20 de abril de 1976, que reformó la de Administración Financiera de la República, N° 179 del 2 de mayo de 1951, regula todos "los contratos administrativos" sin distinciones de ninguna especie y obviamente incluye en el concepto los llamados "contratos privados" o "comunes" de la Administración, pues expresamente regula la compraventa y el arrendamiento en que ella es parte, ejemplos típicos de estos últimos, según la doctrina clásica o dualista. Es decir: la dicha ley N° 5901 implica una toma de posición nueva sobre este tema en Costa Rica, de acuerdo con la mejor y más reciente doctrina, que hemos llamado el "monismo jurídico-público de la contratación administrativa", dado que crea un solo régimen común, de índole administrativa, para toda la contratación de sector público o para todos los contratos de la Administración Pública, sea cual sea su contenido o quien sea el contratante privado. Si la Administración Pública es parte, el contrato es "administrativo" y se rige exclusiva o principalmente por dicha ley N° 5901 y demás reglas conexas. Todo lo cual viene expresamente consagrado por el art. 100 de la referida ley, que imperativamente dispone e impone la unificación del régimen legal de toda la contratación de la Administración Pública, cuando ordena:

"Art. 100: "Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos".

Esto quiere decir, en otras palabras, que en Costa Rica hay un solo régimen legislativo de validez y nulidades de los contratos de la Administración Pública, o administrativos, que es el contenido en la vieja Ley de Administración Financiera y en su reciente reforma, antecitados, así como en su reglamento y demás leyes y normas conexas. Lo que está fuera de ese régimen peculiar de derecho público, específico para entes públicos, es inadmisibles e inaplicable a los contratos de la Administración Pública. Las nulidades de cualquier especie, por violación de otro tipo de normas dictadas para distintos sujetos, como las previstas por la última reforma al art. 1023 del Código Civil, no pueden aplicarse a la Administración Pública ni a sus contratos, ni tiene valor contra ellas, pues, como ya se dijo, el Código Civil no puede aplicarse sino en ausencia total de norma escrita o de principio general de derecho administrativo, lo que no es el caso de la referida contratación, por virtud de la ley N° 5901, de toda la doctrina de la misma y de la que es propia de los contratos administrativos en general. Son la ley número 5901, su reglamento y estas doctrinas y principios conexos y siempre especiales, los que se aplican en lugar y con exclusión del Código Civil o Mercantil, tanto para determinar la validez como para determinar la nulidad de los contratos de la Administración Pública.

Todo lo anterior ha venido a quedar amplia y lúcida consagrado por el actual Reglamento de la Contratación Administrativa, N° 7576-H del 23 de setiembre de 1977, vigente desde el 23 de noviembre del mismo y obra técnica de ese Despacho.

En efecto: no solo el art. 288 *ibidem* reafirma la nulidad absoluta de los contratos de la Administración Pública celebrados en contra de tales normas y principios, sino que también otras de sus disposiciones obviamente arbitran los medios o técnicas necesarios para garantizar la unidad de régimen jurídico de la contratación administrativa, cuando se crea a través de leyes o de reglamentos, como puede verse mediante la lectura de los arts. 284 a 286 *ibidem*, según los cuales es imposible dictar norma alguna —ni legislativa ni reglamentaria— sobre la materia sin consulta y/o sujeción a la Contraloría General de la República, que es la oficina llamada en vía principal a cuidar de la aplicación de la ley N° 5901 y su reglamento, todo en aras de aquella uniformidad de régimen. El carácter monista y omnicompreensivo de este enfoque, para imprimir a toda la contratación administrativa un régimen estricto de derecho público, excluyente en lo posible de la aplicación supletoria de los Códigos Civil y Mercantil, se revela a plenitud y con mucho más rotundidad y detalle en el Artículo 3 *ibidem*, que dispone:

"Los contratos celebrados por la Administración, excepción hecha de los laborales, los de empréstito y los de concesión de servicio público regulados por la ley especial, quedan sujetos a las disposiciones y procedimientos que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el presente Reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del ordenamiento jurídico costarricense".

Esta norma significa realmente un avance importante en el esclarecimiento del ámbito de aplicación y del propósito unificador o uniformador del régimen jurídico de la contratación administrativa en Costa Rica, en varios conceptos, a saber:

- a) Despeja totalmente la duda, que la ley permite, sobre si esta última abarca toda la contratación de la Administración Pública o solo aquella que es "administrativa" (en el sentido técnico estricto en que lo entiende el derecho francés y, en general, la doctrina "dualista" de dicha contratación) al utilizar con ese fin el giro: "los contratos celebrados por la Administración" en lugar del empleado por la ley de "contratos administrativos"; es evidente que el primer giro abarca clara y expresamente todo contrato de la Administración Pública, sea o no "administrativo", en el sentido de la "doctrina francesa" o "dualista", ya mencionada.
- b) Define taxativamente (técnica del "numerus clausus") las excepciones al régimen general de la contratación de la Administración Pública que contiene, salvando de su aplicación y de la propia de la Ley de Administración Financiera y sus reformas, ya citadas, únicamente los contratos laborales, de empréstito y los de concesiones de servicio público regulados por ley especial, y sujeta a sus términos a todos los demás, incluso los exceptuados cuando no haya ley especial que los regule, sin distinciones ni salvedades adicionales

de ninguna especie; obviamente las ventas o arrendamientos de computadores a la Administración Pública quedan cubiertos por la ley y el reglamento en forma exclusiva y excluyente del Código Civil y de sus reformas, por no encajar en ninguna de las excepciones previstas.

- c) Establece el orden jerárquico de las fuentes supletorias de la ley N° 5901 y de su Reglamento, disponiendo que para llenar las lagunas de éstos se aplicarán a los contratos de la Administración Pública (a todos ellos) "por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del ordenamiento jurídico costarricense", lo que ajusta puntualmente con la autonomía científica y positiva del derecho administrativo, al permitir que los "principios administrativos" y posteriormente "los otros" generales suplan primero que el Código Civil o Mercantil, que ni siquiera se mencionan como fuente subsidiaria; en otras palabras, cualquier principio de derecho público o del ordenamiento jurídico en general, aunque no escrito, podrá aplicarse primero que dichos Códigos, con exclusión de ellos, por análogas o pertinentes que parezcan las normas escritas de éstos en relación con el caso contractual no previsto, sujeto a decisión, si ello resulta más oportuno.

4. Conclusión

En síntesis: en virtud de los arts. 92 y 100 de la Ley N° 5901 y de los arts. 3 (principal y decisivamente) y 284 a 288, inclusive, del nuevo Reglamento de la Contratación Administrativa, resulta clara e imperativamente procedente aplicar primero a cualesquiera contratos de la Administración Pública, aún a los que habitualmente se ha tenido por "comunes" o de "derecho privado", los principios del derecho administrativo o los otros del ordenamiento jurídico, antes que el Código Civil o sus reformas, para llenar las lagunas de la Ley y del reglamento citados, ello en razón de ser "pública" o "administrativa" —y no "privada", ni "civil" o "mercantil"— la naturaleza de dichos contratos.

Expondremos de seguido los "principios administrativos" de la actividad contractual de la Administración Pública que impiden la aplicación a la misma del art. 1023 del Código Civil y de su reciente reforma, por ley N° 6015 del 25 de diciembre de 1976.

II. Las condiciones actuales de aplicación del régimen y vigencia de la contratación pública

1. La sustitución de la autonomía negocial por la discrecionalidad administrativa

Si el contrato privado o sujeto al derecho privado de las Administraciones Públicas ha desaparecido en Costa Rica, a partir de la Ley y de

su Reglamento de Contratación Administrativa; si sólo es posible para aquella el contrato de derecho público, con aplicación meramente supletoria de los Códigos Civil y Mercantil cuando hay inopia normativa del derecho Administrativo, entonces ha desaparecido también la llamada "autonomía de la voluntad" de la Administración Pública, para verse sustituida por la discrecionalidad administrativa, forma típica de la libertad de esta última, de índole netamente diversa a aquella autonomía. En efecto: la autonomía de la voluntad es la posición jurídica de las personas, reconocida por el ordenamiento, que les permite autoregular o regular por mutuo acuerdo sus intereses, creando una norma concreta para el caso que los atañe. La ley la atribuye normalmente a los sujetos privados, que son y porque son, frente al Estado y a la Administración Pública en general, independientes por su origen y distintos por sus intereses. El Estado no crea, sino que meramente reconoce como jurídicas a las personas físicas, y en cuanto a las colectivas o morales, si las crea, al registrarlas como tales, no puede, en cambio, revocarlas o destruirlas sino en casos de conflicto grave con el orden público, y en algunos sistemas —como el nuestro— ni siquiera por esto último. Este "orden público", por otra parte, es la única zona de contacto entre los intereses del Estado y los de la persona privada, a modo de excepción, pues lo normal es que el particular autodefina y persiga fines personales e intransferibles, sin conexión con los públicos u oficiales. Es así que la autonomía de la voluntad puede definirse, más bien, como la aptitud jurídicamente reconocida para producir, al quererlos y declarar la voluntad respectiva, los efectos legales necesarios para alcanzar un fin o interés propio del sujeto, no según el ordenamiento, sino dentro del marco de las prohibiciones de excepción que éste contiene. La anterior definición indica, por sí, que tal autonomía puede corresponder a los entes públicos, sólo si se comportan como empresas privadas (y nace, entonces, la figura de la empresa pública).

La expresión de la autonomía privada es el contrato de derecho privado, en el que las partes son iguales, ninguna puede imponerse unilateralmente a la otra y los intereses que tratan de satisfacer son exclusivos de ellas, aún si son ajenos, pues entonces lo que ocurre es que los han hecho propios espontáneamente, sin seguir dictado al respecto ni de otras normas ni de otros sujetos. Los fines para los que se ejerce la propia autonomía son libres y personales, no requieren de justificación, y menos los motivos o móviles del contrato, que pueden ser cualesquiera, excepto los prohibidos por el ordenamiento. Este es el principio de libertad jurídica negocial expresado por los arts. 28 de nuestra Constitución y 1022 del Código Civil: todo lo no prohibido, está permitido y es contratable.

"En la actividad de derecho privado la Administración y los particulares tienen igual posición jurídica, y la Administración carece de derechos potestativos o de potestades (imperativos) distintos de los que puede tener un particular frente a otro, es decir: si los tienen, será con base en las normas que rigen las relaciones entre particulares y en la misma medida en que las tienen los particulares" (Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, pág. 662).

La situación es inversa en el llamado contrato de derecho público, no obstante ser éste voluntario en su origen (sin entrar a considerar ahora el "contrato obligatorio", que es figura jurídico-pública extraña al problema que nos ocupa). Una vez formado el contrato, nace una situación de subordinación del contratante privado frente a la Administración Pública, pues, como bien dice una cita anterior, "por el hecho de intervenir una persona de derecho público, garante del bienestar general en el ámbito de su competencia, debe ésta contar con soluciones apropiadas para resolver los problemas que en la tramitación o en la ejecución de sus contratos... se presenten". (Herman Rodríguez, op. cit., pág. 12).

En la doctrina suele fundarse diversa y hasta contradictoriamente esta conclusión, pero siempre es la misma: en el contrato público o administrativo, la Administración Pública es dueña de potestades y privilegios que no tiene la contraparte privada, en virtud de los cuales puede manejar la interpretación, la ejecución y la extinción del contrato como si éste fuera un acto unilateral de ella y no un contrato (igual al de derecho civil o mercantil).

"Dada la posibilidad de que, en virtud del derecho positivo, algunas relaciones públicas sean creadas por actos formalmente contractuales, es necesario agregar que el contrato, cuando interviene, no produce consecuencias sustanciales sobre su contenido. El interés público, que constituye el fin del acto, y la potestad pública, con la cual la Administración Pública participa en su formación, son elementos que, al tiempo que determinan la pertenencia del contrato en cuestión al derecho público, imponen a ésta la eficacia propia de un acto administrativo. La concesión (de servicio público) otorgada en forma contractual tiene la misma eficacia que aquella nacida de acto administrativo: es fuente para la Administración Pública de la potestad de dar órdenes ejecutorias al concesionario, de aplicarle sanciones administrativas, de decretar, en su caso, la caducidad del concesionario y la revocación de la concesión" (Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, E. Giuffrè, Milano, 1954, tomo I, págs. 237 y 238, séptima edición).

Viene todo ello confirmado por el ilustre publicista español Eduardo García de Enterría, cuando dice:

"La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad... En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza" (Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, 1974, tomo I, págs. 499 y 500).

No es ese el único privilegio de la Administración Pública en sus contratos públicos; el mismo autor continúa:

"Más discutible es la que viene ordinariamente enunciándose como la regla exorbitante por excelencia en la contratación administrativa, la que expresa el famoso *ius variandi*, "hecho del príncipe", o *factum principis*, que permitirá a la Administración Pública *modificar unilateralmente el contrato*" (op. cit., pág. 501).

Lo más importante del enfoque de García de Enterría es que pone de relieve al máximo el hecho importantísimo de que tales potestades —de decisión unilateral y ejecutoria sobre todos los aspectos de ejecución, modificación y extinción del contrato, desconocidas en el derecho privado— no son de origen contractual, sino legal o existen por obra de principios generales del derecho público no escrito, totalmente fuera del alcance del funcionario público encargado de ejercerlas, quien no puede en ningún caso renunciarlas y quien puede usarlas incluso si no están previstas en el texto del contrato y aún contra texto expreso de éste en contrario que las prohíba. Dice el connotado autor:

"Este formidable poder (el de decisión unilateral y ejecutoria) no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, que ya conocemos, de modo que es en sí mismo *extracontractual*". (op. cit., pág. 500).

Y afirma de la potestad de modificación unilateral del contrato:

"Pero en todo caso y sobre todo es fundamental observar que este poder administrativo de alterar los contratos, cuando no cabe por sí mismo, como en los casos que acaban de indicarse, como un poder contractual estricto, aparece con toda claridad como la manifestación o incidencia en el cuadro del contrato, o bien del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es tutelar, de la potestad expropiatoria...; o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa (aludo al caso de las nuevas ordenaciones reglamentarias de los servicios públicos que afectan a los contratos en curso en relación con ellos) (op. cit., págs. 501 y 502).

Estas potestades legales o inherentes a la Administración Pública frente a sus contratos, existen en su favor o, más bien, en beneficio del interés público que se persigue con el contrato, no solo en ausencia sino, como se apuntó, aún contra disposición en contrario del contrato, por la que la Administración Pública renuncie a esa potestad:

"El poder de modificar la extensión de las prestaciones o incluso de suprimir el servicio por la rescisión del contrato *es una regla de orden público*, la cual no pueden derogar las partes. Toda cláusula del contrato que consista en una limitación de ese poder, es nula de pleno derecho. El ejercicio de la competencia administrativa para el buen funcionamiento del servicio público es irrenunciable en cualquiera de sus aspectos" (el subrayado es nuestro) (André de Laubadere, *Traite Theorique et Practique des Contrats Administratifs*, Librairie Gral de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, tomo II, pág. 233).

Lo que reafirma con toda claridad otro distinguido autor español cuando dice:

Y otro reconocido especialista de lengua francesa en contratación administrativa dice, a propósito de la potestad de la Administración Pública para imponer unilateral y ejecutoriamente sanciones especiales al co-contratante en falta:

"Por consiguiente, no es que el contrato administrativo implique un título jurídico de habilitación de prerrogativas exorbitantes para una de las partes contratantes, la Administración, sino que más bien ocurre que, no pudiendo la Administración enajenar unas prerrogativas que previamente tiene conferidas por el Derecho, la peculiaridad del contrato consiste en que siempre habrá de sobreentenderse en él una cláusula tácita (para el caso de que expresamente no se hagan las salvedades de rigor) que impida tal enajenación". (Fernando Garrido Fallas, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Quinta Edición, 1974, tomo II, pág. 50).

Y otro reconocido especialista de la lengua francesa en contratación administrativa dice, a propósito de la potestad de la Administración Pública para imponer unilateral y ejecutoriamente sanciones especiales al co-contratante en falta:

"Los publicistas son unánimes en admitir que el derecho de sanción reconocida a los poderes públicos en materia contractual constituye una prerrogativa existente de oficio en favor de la Administración e, incluso, una competencia de orden público a la cual ella no puede renunciar" (Maurice André Flamme, *Traité Theorique et Practique des Marches Publics*, Tomo II, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1969, pág. 686, N° 868).

Y quien es hoy el más reputado administrativista argentino, Miguel Marienhoff, expresa igualmente con toda claridad:

"Del carácter "administrativo" de un contrato deriva una consecuencia fundamental: la Administración Pública frente al co-contratante, *tiene poderes de control y de dirección*. Trátase de prerrogativas que, por tanto, existen "por principio", *sin necesidad de que un texto expreso las consagre*" (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 393 y 394).

En síntesis: el contrato administrativo o de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo está sometido a "reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al co-contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica". (Miguel Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 214).

Más claro: el contrato administrativo o de derecho público de la Administración Pública es un acto administrativo disfrazado de contrato, sujeto en su vida futura a la voluntad superior y ejecutoria de la misma Administración Pública, en garantía del servicio y del interés públicos en

juego. En el mismo, la Administración Pública actúa como supraordinada al particular y como titular de potestades para dictar en perjuicio de éste actos administrativos unilaterales, sin menoscabo del mantenimiento del equilibrio patrimonial del contrato, que exige indemnizar todos los daños que se causen al co-contratante privado por tal alteración unilateral, según lo acepta la casi unanimidad de la doctrina. La libertad de la Administración Pública para celebrar y cuando celebra tal clase de contrato no es, entonces, la misma que tiene cuando participa en los otros llamados "privados", por sujetos al derecho civil o mercantil, sino una totalmente distinta y de diverso régimen jurídico. Esa libertad, en otras palabras, no es la propia de los particulares cuando otorgan contratos, sino la típica de la Administración Pública cuando dicta actos administrativos: es la discrecionalidad administrativa.

Es perfectamente posible que un ordenamiento positivo le reconozca a la Administración Pública un tipo de libertad y no el otro y le dé autonomía negocial negándole simultáneamente discrecionalidad autoritaria (caso de los países del "common law"); o bien que no le dé esta última y le niegue la primera (caso de las democracias populares socialistas); o que le reconozca ambos tipos para diversos fines e hipótesis (caso de la mayoría de los países occidentales del derecho codificado a imagen y semejanza del derecho francés). Ello depende del legislador y del enfoque que acoja en función del ambiente jurídico y de las necesidades públicas a satisfacer. Pero todo lo anterior quiere decir que, aunque sea posible una distinta o contrapuesta posición, cuando la Ley y su Reglamento de Contratación, según quedó antes demostrado, han consagrado positiva e imperativamente en Costa Rica el "monismo jurídico-publicista" de la contratación administrativa que antes fue descrito, han optado por la segunda alternativa, discrecionalidad sin autonomía negocial, y han convertido esta última en potestad unilateral administrativa, con naturaleza y régimen jurídicos sustancialmente distintos.

El Estado y sus entes, a partir de tal decisivo viraje, han sido despojados de tal autonomía negocial y perdido toda posibilidad de desarrollar actividad contractual jurídicamente privada en Costa Rica, (que sólo excepcionalmente y a texto expreso o inequívoco de ley podría existir) para canalizar toda su conducta volitiva por la vía pública de la discrecionalidad administrativa, contractual o unilateralmente expresada. Esto indica, por lo pronto, que, a partir de ese momento, el Estado y sus entes han quedado forzados en Costa Rica a guardar dentro de cualquier contrato que celebren, posición no equiparable ni reducible a la de su co-contratante privado, extraña a los Códigos Civil y Mercantil, y actual o potencialmente ejercitable a través de actos de imperio fundados en todas aquellas potestades regidas por el derecho administrativo y originadas en sus leyes o principios generales. Más claro: dada la radical diferencia entre tal posición —fuente de esos privilegios— y la que corresponde a las partes comunes en un contrato privado, el Estado y sus entes han quedado imposibilitados para ser simples "clientes" o "consumidores", aún en la situación contractual en que lo serían si el contrato fuese privado y no público. Se trata ahora

de lo que la Administración Pública contratante es o ha llegado a ser, por virtud de lo que puede hacer. En cuanto sólo puede contratar para adquirir aquellos privilegios y potestades imperativos frente a la contraparte, contrata siempre como autoridad y mantiene el contrato, que así celebra, actual o potencialmente sometido al derecho público autoritario de que se ha hablado. Todo proviene de la diferencia esencial, así traída a jugar papel determinante del régimen jurídico aplicable a los contratos de la Administración Pública, entre discrecionalidad pública y autonomía de la voluntad privada.

2. *Discrecionalidad administrativa y autonomía de la voluntad en la Administración Pública*

La discrecionalidad es la libertad de elección que tiene el funcionario de la Administración Pública para realizar un acto o contrato y/o adoptar las decisiones para su ejecución, modificación o extinción. Corresponde normalmente a una potestad unilateral, que ocasionalmente, como ocurre con el contrato público, puede ejercerse conjuntamente con la voluntad de otro sujeto, como el particular. En este caso, el acto que expresa el consentimiento de la Administración Pública dentro del contrato es ejercicio de la potestad unilateral de elegir al co-contratante y al contrato mejores para ella y se reputa un acto administrativo separable del contrato e impugnabile por aparte, si ha incurrido en alguna ilegalidad, por sí o por algún vicio del procedimiento previo. Lo característico del contrato público, según se ha visto, es que, mientras tal fenómeno se da también en el privado, en el que es público se producen inmediatamente después de ese primer acto administrativo de participación contractual y como consecuencias que el ordenamiento adscribe irrenunciablemente a su aparición, otra serie de potestades también administrativas, que permiten disponer de los derechos y obligaciones contractuales con prescindencia de la voluntad del co-contratante privado, como si los mismos derivaran solo de la voluntad de la Administración Pública y no de un verdadero contrato, como quedó ya visto. Tales nuevos actos administrativos de disposición de los efectos del contrato público tienen que ser siempre justificables y razonables y cumplir con todos los requisitos que el derecho administrativo exige de ellos, para ser válidos y perdurables; caso opuesto pueden ser anulados. El derecho administrativo exige siempre que esos actos estén jurídicamente autorizados, para lo cual se necesita que la potestad legal para realizarlos contenga una regulación mínima de los mismos, sin la cual la autorización se reputa inexistente y el acto sin fundamento jurídico. La ley debe contener necesariamente la indicación del ente público que la tiene y puede realizar el acto; del órgano u oficina que específicamente podrá adoptarlo dentro de esa institución pública; del motivo y/o del contenido del acto y siempre del fin a que está destinado. Es posible que el motivo o el contenido, alternativamente, no están legalmente regulados o que lo estén en forma tal que dejen margen al funcionario para elegir por qué actúa y/o qué hará, y es, entonces, cuando nace la discre-

cionalidad, que consiste precisamente en esa libertad de determinación y elección del motivo o del contenido del acto y, además, de cualquier otro elemento del mismo —fuera de los que deben estar siempre regulados, sujeto y fin— que, como el procedimiento o la forma de manifestación, no lo estén expresamente en virtud de la ley. La necesaria regulación mínima del acto administrativo por la ley o por el ordenamiento en general constituye el llamado "principio de legalidad", consagrado por los arts. 11 y 19 de la Constitución, pero es esencial para entenderlo bien advertir que es enteramente compatible con la relativa libertad de decisión que hemos llamado discrecionalidad, la cual resulta ser, más bien, una forma de autorización legal al funcionario público encargado para que él escoja su conducta, en parte de acuerdo con la ley y en parte de acuerdo con criterios personales, justos y lógicos.

Es evidente, sin embargo, que mientras el particular puede contratar o no hacerlo, con toda espontaneidad, y decidir sobre su conducta y sobre los estratos que realizará, sin necesidad de que haya norma alguna que lo autorice a ello, con entera libertad para determinar a la medida de su interés personal no sólo el motivo y el contenido de esos contratos, *sino, sobre todo, su fin* y todos los demás elementos de los mismos; la Administración Pública que usa potestades discrecionales, lo hace siempre —según lo dicho— con un margen más o menos reducido de libertad al resolver, pero para cumplir el deber de satisfacer un fin público, a través de conductas cargadas con un mínimo insoslayable de regulación, que normalmente puede alcanzar al motivo o al contenido y, además, al procedimiento y a la forma, como garantía de eficacia del acto o contrato en cuestión, para lograr aquel fin público. El ordenamiento jurídico, en otras palabras, se convierte en tutor de este fin y para asegurarse de que será realizado apodera a la Administración Pública con potestades reguladas y orientadas por la ley, que así resultan instrumentos dirigidos no por el funcionario público y por su voluntad personal y libre, sino por el legislador o por el Juez, el cual tendrá la última palabra para establecer si el acto o el contrato realizado cumple con todos los recaudos legales y, caso negativo, para anularlo; y para el efecto da lo mismo que la potestad sea unilateral o contractual.

Es un destacado mercantilista, Luigi Ferri, no un publicista, quien ha dicho estas certeras palabras:

"Un poder es discrecional cuando debe perseguir un fin público. Discrecional es lo opuesto a arbitrario. Discrecionalidad significa obligación de dar cuenta de cada escogencia y obligación de esforzarse para que la elección hecha sea aquella eficaz, aquella que mejor corresponda al interés público" (L'Autonomía Privata, Ed. Giuffrè, Milano, 1959, pág. 273).

En otros términos: la discrecionalidad administrativa no es nunca la potestad de la Administración Pública para decidir libremente sobre la propia conducta, ni para realizar libremente un contrato, sino una potestad de escoger los medios para conseguir un fin público legalmente impuesto, dentro de las otras condiciones y exigencias necesariamente presentes y

provenientes de la ley o del ordenamiento, que así indica o impone aspectos varios de la decisión a tomar, en función y garantía del mismo fin legal.

Todo lo no permitido en esos términos está prohibido. Y siempre que se den las circunstancias para actuar en beneficio de ese fin, el funcionario estará obligado a hacerlo —dentro o fuera del contrato—, salvo que haya razones que justifiquen el no hacerlo. Incluso si el motivo o el contenido son discrecionales, la Administración Pública contratante estará obligada a actuar, por ese hecho acaecido o mediante aquella disposición, siempre y cuando no hacerlo o no haberlo hecho resulte claramente absurdo, injusto o nocivo para el interés público perseguido. La Administración Pública contratante, dentro de un contrato público, no es nunca dueña de lo que hará como tal, dado que son el interés público en juego y sus imperativos circunstanciales, como resulten manifiestos a la luz de la sana crítica, los que más bien imponen al funcionario su cambiante conducta, según criterios cuya procedencia y legalidad corresponde determinar al Juez en última instancia.

Lo que la Administración Pública contratante hará no es, entonces, lo pactado ni lo previsible, sino lo necesario y exigible para satisfacer cabalmente ese interés público, cuyas exigencias variables con el tiempo son uno de los más importantes criterios correctos para juzgar de la legalidad de la conducta administrativa en la ejecución, modificación o extinción del contrato.

Es evidente que una Administración Pública contratante en tal posición vinculada y servicial, nunca podrá equipararse, ni por el tipo de interés al que está subordinada, ni por el tipo de relación que mantiene con la ley, ni por su grado de poder ante la otra parte, a un contratante común, es decir, a un "cliente" o "consumidor", en el sentido normal y auténtico de la palabra.

3. *Carácter subordinado y dirigido de la autonomía privada de la Administración Pública*

En los sistemas que admiten la contratación privada de la Administración Pública ésta aparece como dueña de una verdadera autonomía de su voluntad y capaz, aparentemente, para autodeterminarse con libertad y espontaneidad, en posición igual o parecida a la de un contratante común. Y debe decirse que se trata también de una apariencia, no obstante el indudable mayor grado de determinación que el fenómeno presenta respecto de la verdadera discrecionalidad administrativa, pues aún en tal hipótesis la Administración Pública actúa para fines públicos, a los que sigue vinculada y obligada, como cuando ostenta potestades públicas imperativas, aún cuando tenga libertad para decidir en cuanto a todos los demás extremos o elementos de su futuro contrato, no expresamente determinados por una ley. La vinculación al fin público legal existe siempre en toda conducta administrativa, contractual o autoritaria, de derecho público o de derecho privado. Este solo hecho es tan importante que por sí determina,

contra lo que pretende el teórico o el legislador que trata de preservar la autonomía negocial de la Administración Pública, otra serie de alteraciones de la relación contractual privada, como la existencia de procedimientos, contratadores, leyes y reglamentos, todos especiales para esa Administración Pública, inexistentes en los contratos entre particulares.

Esta decisiva observación es lo que ha llevado sabiamente al ordenamiento costarricense a la instauración de un solo régimen público para toda la contratación administrativa, pues es mucho más parecida la llamada contratación privada de la Administración Pública a su llamada contratación pública, que a la privada común que conocen los Códigos Civil y Mercantil.

Un hecho consecuente con la naturaleza pública del fin perseguido por la Administración Pública en su contratación, pública o privada, es la inevitable subordinación de la oficina legitimada (para contratar) a los otros órganos de la Administración Pública también encargados de conseguir ese fin o de vigilar por su adecuado cumplimiento.

"Así, si hay una relación de subordinación, la oficina puede recibir órdenes (si hay jerarquía) o directrices (si hay dirección) acerca el uso de su autonomía privada (por ejemplo: la Dirección General del dominio público puede ordenar que no se arriende ciertos bienes, que se arriende solo con ciertas cláusulas; el ministro puede dar directrices a los entes controlados de no hacer inversiones en un sector, de acopiar ciertas provisiones siguiendo un cierto modelo contractual) ... De este modo la oficina que controla otras, mediante un inteligente uso de las aprobaciones o improbaciones, y, en general, de los actos de contralor, puede incidir profundamente sobre la autonomía privada del controlado y frecuentemente el negocio celebrado en discrepancia del acto de controlar es inválido o ineficaz... Sería erróneo sostener que toda actividad administrativa de derecho privado de Administraciones Públicas no empresariales sea controlada o dirigida. "La verdad es que la autonomía privada de las Administraciones Públicas no empresariales se presta a revestir caracteres de autonomía controlada o dirigida, mediante actos administrativos de la autoridad superior: se trata de una autonomía potencialmente controlada o dirigida; más precisamente llega a ser tal cuando la autoridad superior adopta un modelo de programa (de acción) para orientar la autonomía privada de las autoridades subordinadas hacia objetivos comunes" (Massimo Severo Giannini, op. cit., tomo I, pág. 495).

Es decir: que aún en las hipótesis en que los entes públicos o el Estado pueden —por determinación del respectivo ordenamiento— celebrar contratos comunes, sujetos al Código Civil o al Mercantil, en uso de una autonomía privada aparentemente igual a la de los particulares o presuntamente tal, incluso en esos supuestos es posible la incidencia de potestades de imperio sobre el contrato privado de la Administración Pública, celebrado o por celebrar, en virtud de las órdenes y directrices que pueden impartir los órganos superiores de aquel llamado a contratar, las cuales, aún sin llegar a condicionar la validez del contrato, pueden insertar en su contenido, desde un principio, privilegios y fines que lo conviertan en público y autoricen instantáneamente el juego de todos aquellos otros principios autoritarios de que se ha hablado, ahora sí patrón de la validez del contrato.

En síntesis: la autonomía privada de la Administración Pública nunca es propiamente tal, ni aún en los sistemas que la consagran y regulan, en virtud de la inevitable subordinación del contrato privado de aquella a un fin público, que impone la sumisión del mismo a mecanismos y relaciones de derecho público, como los indicados, que lo aproximan, cuando no equiparan, al contrato de derecho público. La Administración Pública, en razón de los fines públicos que persigue y de su propia constitución jurídica y organización, nunca puede ser un "particular" como el particular común, ni "cliente" ni "consumidor" común igual al comprador previsto por los Códigos Civil y Mercantil. Cuando éstos se refieren a él, obviamente no se refieren a la Administración Pública.

Esto es claramente reconocido también por aquéllos que, como Forsthoff y Giannini (dos cimas del derecho público contemporáneo), opinan por la posibilidad de principio de una actividad privada de la Administración Pública, sin necesidad de texto expreso de ley que así lo imponga, aunque nunca contra texto que la prohíba, como ocurre hoy en Costa Rica. Hemos leído ya a Giannini y su acertada teoría de la autonomía administrativa, controlada o dirigida. Forsthoff por su parte pertenece a un sistema en el que existe, constitucional e inmemorialmente (desde hace más de dos siglos) la institución del Fisco, el Estado con máscara de gente, sometido al derecho privado y creado adrede para hacerlo pasible de obligaciones y responsabilidades, en una época en la que el poder público, por serlo, se reputaba a ellas. Extraño vestigio institucional perviviente en el país jurídica, económica y tecnológicamente más avanzado de Europa, el Fisco, circundado en Alemania por las necesidades imperiosas del poder público en un Estado contemporáneo, ha tenido que transar y admitir la prevalencia de los principios de este último sobre los suyos propios, como lo atestigua elocuentemente el mismo Forsthoff. Dice en extensa cita, que se justifica por su valor ilustrativo a favor de nuestra tesis:

"El Fisco no es sujeto de poder ejecutivo (administrativo). No obstante, el alcalde de una ciudad, pongamos por caso, que solicita de los dueños de quioscos de prensa establecidos en las calles y plazas que dejen de vender ciertas publicaciones y los amenaza con que en otro caso, no como titular del poder local de policía, sino ejercitando el derecho de propiedad de vías y plazas urbanas, hará que les sea retirado el derecho al establecimiento de quioscos de prensa, actúa de modo antijurídico. Ese alcalde pretende lograr por una vía jurídico-privada lo que le está prohibido, en virtud del Derecho de policía. Pero al conceder esto, concedemos que el ente soberano y el Fisco no están uno al lado del otro sin relación alguna. En tanto que existe una relación no hay autonomía privada del Fisco, pues si la hubiese el proceder del Alcalde, no obstante su carácter lamentable, jurídicamente no sería objetable. Aquí opera el hecho de que el Estado y el Fisco son la misma persona, si bien en un ropaje jurídico distinto. De lo dicho resulta que no es lícito que el Fisco contradiga las decisiones fundamentales de principio que limitan al Estado como soberano. El fisco forestal, pongamos por caso, que excluyese a los afiliados a un determinado partido como licitantes en la subasta de maderas; el organismo encargado de realización de obras que adjudicase o contratase tan solo a los pertenecientes a una determinada confesión, se comportarían de un modo antijurídico, con las consecuencias previstas para el caso por el Derecho Civil" (Sociedad Industrial y Administración Pública,

Estudios Administrativos, Madrid, 1967, págs. 130 y 131). (el subrayado es nuestro).

Y concluye el autor con honesto reconocimiento de las realidades:

"Sin duda, tan solo un modo de pensar extremadamente formalista puede ignorar el hecho de que el Estado que se coordina con el ciudadano también encarna una potencia de primer orden —y ello tanto más cuanto la existencia individual depende en mayor medida del Estado— potencia que puede hacer valer su derecho contractual con un peso que encierra el peligro del abuso y la creación de posibilidades de dominio no previstas por la Constitución" (op. cit., pág. 127). (el subrayado es nuestro).

Es sorprendente que el autor intente —después de tales confesiones— la defensa de la posibilidad de principio y no por norma escrita y expresa de la actividad privada de la Administración Pública, cuando es claro que en Alemania esa posibilidad se da por virtud de tal texto expreso o, en el peor de los casos, por virtud de costumbre inmemorial, con la existencia del Fisco como institución coexistente con el Estado soberano. Si, finalmente, hubiera de reconocerse verdad al autor en tal posición, aceptando que en Alemania existe la contratación privada de la Administración Pública, sería el Fisco —y no principio alguno— su fundamento de validez.

4. *El Estado no es débil, ni urgido de protección legal en sus contratos*

No precisa largo razonamiento para demostrar que los problemas jurídicos que plante la existencia del Estado como participante en el mercado de bienes y servicio provienen exactamente del hecho contrario, a saber: el inmenso e incontrastado poder de negociación y regateo o, más bien, de negociación sin regateo, que le depara al Estado el volumen gigantesco y sin paralelo cuantitativo en la empresa privada, del gasto público.

Dice el mismo Forsthoff al respecto:

"Todo derecho es cuestión de proporciones. "El hecho de que en el siglo pasado se remitiese el Estado al papel de cliente en el mercado se correspondía tanto con el volumen de las necesidades estatales como con el volumen propio del mercado. Las necesidades estatales eran limitadas. Sin duda, el Estado era un importante cliente, por lo menos para determinadas ramas de la economía; pero estaba muy lejos de ser el único, puesto que la floreciente sociedad industrial se presentaba para el mercado con considerables necesidades. Algo ha cambiado en las proporciones indicadas. Si se tiene en cuenta que en nuestros días el establecimiento de una Universidad cuesta 800 millones de marcos y la construcción de una autopista cuesta por lo menos un millón de marcos por kilómetro (el autor escribe en 1959), se comprende que son suficientes esas cifras para indicar un cambio esencial de las proporciones... (op. cit., pág. 116)... En virtud de todo esto la proporcionalidad, la congruencia de regulación jurídica y realidad está alterada, y surge la pregunta de si, en definitiva, puede mantenerse la actual regulación y el ordenamiento jurídico vigente ofrece recursos suficientes para dominar la situación. Desde un punto de vista puramente teórico, la extraordinaria necesidad de adquisición del Estado actual ofrece la siguiente alter-

nativa: o bien el Estado produce por sí mismo los bienes que necesita o bien se los procura en el mercado dentro de las formas del negocio jurídico. Si se decide por la segunda posibilidad —y esto es lo que ha acontecido con la República Federal— nos encontramos en la situación de que el mercado, es decir: la economía tiene que disponer de capacidades de producción de alcance considerable para satisfacer las necesidades estatales. Naturalmente, la economía estará dispuesta a hacerlo a la vista de las oportunidades de venta que el Estado le ofrece. Pero, por otra parte, esta situación encierra en sí todos los peligros que implica la inequívoca superioridad en el mercado de una de las partes, es decir: la superioridad del Estado. La situación origina dependencias de la demanda estatal de diversos grados de intensidad (op. cit., pág. 117)... Esas dependencias son un resultado de la alteración de las dimensiones y esa alteración tiene como causa la técnica. Las extraordinarias revoluciones sociales, económicas, financieras ocasionadas, cada vez en mayor medida, por la irrupción de la técnica, comienzan a cobrar figura. En muchos sectores —trátese de la construcción de carreteras o de la radio y la televisión, de la sanidad o del ferrocarril y el correo— las exigencias técnicas elevan incesantemente el nivel de ese carácter y nada digamos de los gastos de defensa a nivel actual o de los costos de la navegación espacial" (op. cit., pág. 119) (el subrayado es nuestro).

Es decir: hay un enorme costo creciente de la Administración Pública actual y de sus servicios, generado por las innovaciones tecnológicas, el crecimiento demográfico y la inflación, pero sobre todo, por el incesante aumento de los servicios públicos (cada día más, con costos cada día mayores) como resultado del llamado Estado de Bienestar o Estado Social (*Welfare State*), que intencionalmente persigue dar a la Administración Pública papel decisivo en la producción y en la distribución de la riqueza, para nivelar las clases y dar a todos oportunidades reales, pecuniariamente mensurables, de participación en los bienes creados por el mismo desarrollo tecnológico y social.

Si algún problema jurídico plantea la participación del Estado y su Administración Pública en el mercado de hoy día es exactamente el opuesto al del consumidor pobre y desvalido, sin poder económico y urgido de protección jurídica para nivelar, con la del oferente o vendedor su capacidad de regateo y contratación. Todavía más: puede decirse, sin temor a equivocaciones, que el Estado de hoy es, con su capacidad de gasto y de compra, el factor más importante y determinante del mercado contemporáneo de bienes y servicios, al punto de que —en los sistemas que lo admiten— su mera participación como operador económico privado, orientada hacia determinados productos o contra ellos, en favor o en contra de determinadas regiones, pro o contra ciertos procesos productivos o de consumo, es suficiente para la regulación del mercado en esa misma dirección, sin necesidad de más intervenciones autoritarias o exorbitantes del derecho privado que la ley que lo autorice a hacerlo. Esto ocurre por ejemplo en Francia. Dice Gerard Farjat al respecto:

"Si las mutaciones tecnológicas implican un cambio en el ordenamiento global de la sociedad, las modificaciones relativas al dominio de acción del Estado son más significativas todavía. No solamente no hay más un "dominio por naturaleza" de la acción estatal, sino que se ha pasado en Francia, a una situación inversa. Se puede hablar ya de la universalidad de la acción estatal...

Esta generalidad se puede expresar en tres proposiciones: 1) El principio de la libertad de industria y comercio ya no es un obstáculo a la acción de los poderes públicos; 2) No hay más, en la práctica, un dominio confinado de dicha acción; 3) Cuantitativamente, el Estado juega un papel determinante en la economía de mercado... (págs. 210 y 211). "El Estado juega un rol determinante en todas las funciones económicas directas: como cliente, como productor, como patrono, como banquero. Todavía más: detenta una posición dominante, sino un monopolio, en la mayoría de los sectores claves: la energía, los transportes, y, sobre todo, el crédito. Pero es necesario agregar a tales funciones económicas directas y cifrables, las funciones económicas que los poderes públicos ejercen como soberanos —el "orden público económico"— en relación con los contratos privados. En virtud de tal "orden público económico", el Estado puede regir el conjunto total de la vida económica privada" (pág. 212) Droit Economique, Presses Universitaires de France, 1971).

Resulta claro que un Estado ubicado en tal posición predominante en lo económico —y no solo en lo político— no puede ser un consumidor común, aunque así lo quieran los servidores y funcionarios públicos o equivocadamente lo pretenda el ordenamiento.

El primer hecho demostrativo de este inmenso poder estatal es que el mismo Estado quiere, con normas y leyes, o por aparte de ellas, conformar y regular el mercado, manipulando el gasto público, el crédito y/o convirtiéndose en empresario él mismo. Su misión no es consumir, sino producir y/o servir, a modo de agente transformador de lo que compra en prestaciones a la comunidad.

5. El Estado no es "consumidor económico"

Esta función del Estado —cada día más acentuada y evidente— como promotor y constructor de riqueza y de actividad económica, propia o privada, ha permitido ver el gasto público no como una destrucción de riqueza en beneficio personal de los servidores públicos o del partido gobernante, sino como una redistribución del ingreso nacional hacia la sociedad y sus componentes más débiles, aumentado y multiplicado por los resultados de desarrollo económico-social que así se consigue, al empuje de una política estatal bien estudiada y puesta en marcha.

Dice el conocido publicista francés Maurice Duverger al respecto:

"En tanto que los financistas clásicos consideraban el gasto público como un consumo y le atribuían carácter destructor, los financistas modernos lo conciben esencialmente como una simple transferencia de riqueza, que la hace cambiar de manos pero que no destruye en nada su substancia... Algo es notorio en estos financistas clásicos: su desconfianza frente al gasto público. "Ahorrar": tal es el ideal que le asignan al Estado... Se tiene una tendencia visible a juzgar el gasto público como un mal, necesario quizá, pero que urge contener en los límites más estrechos posibles. Los clásicos parecen considerar al Estado exclusivamente como "consumidor" de bienes: por sus gastos, recoge una parte de los bienes que están a disposición de la nación y los consume, es decir: los destruye" (Finances Publiques, Presses Universitaires de France, 1963, págs. 33 y 34).

El autor hace ver que el Estado adquiere y compra para cumplir con una función redistributiva, que reviste formas variadas (pago a sus servidores con lo que produce la venta de sus productos; pago a sus servidores con impuestos y, finalmente, prestaciones a terceros y al público general, también con impuestos), pero que, en todas ellas, conduce necesariamente a una transferencia a la Sociedad de lo recibido por el Estado o la Administración Pública en función de intereses igualmente públicos y sociales. En la ciencia y en el derecho financieros modernos el Estado no aparece como "consumidor", ni aun cuando compra, porque se supone que, directa o indirectamente, lo adquirido (incluso el equipo de oficina y todo otro bien instrumental para su organización externa y para la prestación de los servicios públicos) será transferido y no destruido, a través de las prestaciones redistributivas a su cargo, sea en especie (servicios públicos), sea en dinero (salarios, subvenciones, etc.).

La nueva concepción económico-financiera coincide, como se ve, con el derecho de la contratación administrativa más reciente y evolucionado —como el que hoy vive Costa Rica—, que reputa a la Administración Pública, en consideración precisamente a esos mismos fines públicos siempre presentes en su conducta, como sujeto de derecho público frente a su co-contratante, armado de todas las prerrogativas y privilegios de poder, así como sujeto a todos los deberes y limitaciones necesarios, para cumplir adecuadamente esos fines públicos. El Estado, como dice Duverger, no es más "consumidor" sino "re-distribuidor" y "multiplicador" de la riqueza colectiva, incluso cuando compra o consume un bien, que así se incorpora al costo de los servicios públicos y de las prestaciones estatales pecuniarias o "in natura" en beneficio del individuo y de la sociedad en general.

"Consumo" es, según el Diccionario de la Lengua, "Gasto de aquellas cosas que con uso se extinguen o destruyen"; o bien, según Diccionario de Economía Política de Wolfgang Heller (ed. Labor, Barcelona, 1969) "la etapa del proceso económico consistente en la satisfacción directa de las necesidades"; todo lo cual supone que, por esencia, consumo es destrucción de la cosa o es la etapa final de su uso, sin transferencia ni incorporación física ni ideológica, a un proceso ulterior o a una cosa nueva y más comprensiva. Si hay transferencia o incorporación a otro bien o proceso económico, no hay consumo, sino, precisamente, redistribución. Que es, por lo dicho, lo que se da con los "consumos" de la Administración Pública, consistentes todos en transferencias o incorporaciones nuevas y comprensivas, cuyo disfrute sí constituye la etapa de la satisfacción directa y final de las necesidades públicas. Ni jurídica ni económicamente, la Administración Pública puede reputarse "consumidor común".

6. Los modelos de contrato y los clausulados generales, expresión de la supremacía negocial del Estado y de sus entes

La superioridad real y jurídica del Estado frente al co-contratante queda de manifiesto en dos instrumentos jurídicos típicos de la Admi-

nistración Pública contemporánea, que son sus "modelos" de contrato ("machotes) y sus clausulados generales. Sobran citas doctrinarias que los definan.

El contrato de la Administración Pública con sus proveedores es normalmente elaborado por ella, no por éstos. Esto es evidente, sobre todo, en los contratos adjudicados en licitaciones públicas, en los cuales, por escueto que sea el "cartel", se regulan los elementos y cláusulas esenciales del futuro contrato, aquellas que realmente interesan a la Administración Pública. En estas hipótesis, además, existen los llamados pliegos generales (de condiciones y términos, o de especificaciones técnicas) que se incorporan al "cartel" por mera remisión a ellos o por disposición legal o reglamentaria, sin la menor discusión con el particular licitador. El fiel y puntual ajuste de la oferta de éste a dicho "cartel" a los pliegos generales (negociales y técnicos) y, en general, a todo el bloque de la legalidad regulador del contrato, es condición sine qua non del derecho a participar en el concurso; caso opuesto, la oferta es rechazada y anulada la adjudicación que la favorezca. El art. 36 del Reglamento de la Contratación Administrativa dispone:

"El cartel de licitación o pliego de condiciones, *constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve*. Se entienden incorporadas al mismo todas las normas jurídicas vigentes aplicables al procedimiento". (el subrayado es nuestro).

El art. 39 indica qué contiene el cartel:

"Art. 39.—El cartel de la licitación comprende dos partes o clausulados: las condiciones de orden general y las específicas o particulares.

Las primeras se refieren fundamentalmente a aspectos tales como el número de la licitación (deberá adoptarse una serie permanente, o una serie anual seguida de la licitación del número del año respectivo), el nombre del objeto (éste deberá ser corto pero expresivo), el nombre de la Administración que promueve el concurso, el plazo que se señala para la apertura de las ofertas y eventualmente el plazo para la adjudicación (cuando se requiera que éste sea mayor de 30 días hábiles), el número de copias que deberán presentarse con el original, la dirección a que han de ser dirigidas las propuestas, las especies fiscales que deben aportarse cuando la Administración considere oportuno recordarlo, el monto y forma de las garantías, etc.

Las segundas se refieren a la descripción del objeto del negocio, como podrían ser, en relación con los contratos de suministro de equipo o materiales, el peso, el volumen, la potencia, el color, la resistencia, el tipo, características, etc.; o respecto a contratos de obra, los planos, el libro de instrucciones, normas racionales o internacionales aplicables, plazo de construcción, etc. Asimismo, queda comprendida por este clausulado, la demanda que haga el pliego de condiciones de muestras, atestados, estados financieros, nóminas de personal especializado que ejecutará determinados trabajos, plazos de entrega, entrega en puerto o en bodega o en otra forma, financiación, etc".

El artículo N° 38 indica quién y cómo se elabora el cartel:

"Artículo 38.—El cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones: Técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo, amplio en cuanto a la oportu-

nidad de participar. A tal propósito la Administración interesada podrá solicitar, para confeccionarlo, la asistencia de organismos o entidades o personas especializadas en la materia, de que se trate, sin interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los elementos técnicos necesarios".

Complementa el art. 82, ibidem:

"La elegibilidad de la oferta está condicionada a su ajuste a las condiciones y especificaciones del cartel, de tal manera que cualquier incumplimiento relativo a condiciones o especificaciones significativas del pliego, constituye motivo de exclusión".

Acabala la institución el art. 89 ibidem, que dice:

"Respecto de las especificaciones invariables del cartel, debe entenderse que el oferente las acepta y se compromete a las mismas sin necesidad de declaratoria suya sobre el particular, al igual que queda obligado por las disposiciones de este reglamento y de los reglamentos subalternos que se emitan".

Es el oferente o vendedor —al Estado y a sus entes— quien se enfrenta normalmente a clausulados ya elaborados unilateralmente por la Administración, como ocurre con los llamados contratos de adhesión, de cuya naturaleza son la mayoría de los que celebra la Administración Pública, en virtud de lo ya dicho y explicado. Casi nunca ocurre lo inverso, sea: que la Administración Pública haya de firmar contratos redactados por su co-contratante y proveedor, en condiciones favorables al interés de éste y no igualmente en favor de la Administración Pública, o de plano, perjudiciales para ella. Frente a la Administración Pública que compra o "consume" es el proveedor quien carece de poder de regateo y de contratación, y es la Administración Pública la que, más bien, lo ha sustituido en la posición de superioridad, como si fuera vendedora y oferente, y no a la inversa. Es sobre esta base que, como se dijo, hay opinión mayoritaria a favor de la consideración de los contratos de la Administración Pública como "contratos de adhesión", unilateralmente redactados por ella, no obstante lo cual, contra la regla de principio para la interpretación de contratos comunes de ese tipo, la doctrina se inclina por sostener que, en la duda, los de la Administración Pública han de interpretarse a favor de ella y de la continuidad de los servicios que atiende, tal es la solidez de su posición de ventaja en el contrato.

"En contra de lo que ocurre en derecho privado, donde la duda debe interpretarse en favor de quien ha contraído la obligación, en derecho público la duda debe interpretarse siempre, como dice Jeze, "en el sentido más favorable al funcionamiento continuo y regular del servicio público, en primer término, y solo en segundo lugar, en favor del deudor" (Miguel Angel Bercaitz, Teoría Gerentel de los Contratos Administrativos, pág. 252).

Y es más claro y contundente Enrique Rivero Isern cuando dice:

"Dado el hecho de que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en el sentido ya indicado, es indudable, como también se ha ex-

puesto, que la voluntad predominante, a los efectos de su interpretación, es la voluntad de la Administración (pág. 73). "Con esta perspectiva puede afirmarse que la común intención de las partes en el contrato administrativo se reconduce a la idea del interés público. A la realización de éste deben tender tanto la Administración Pública como el contratista. El interés público se presenta, por tanto, como principio básico de la interpretación del contrato administrativo" (pág. 75). "La interpretación, como indica Pequignot, se hace en función del interés general. Si el interés del contratista no atenta contra el interés general no hay razón para que no sea escrupulosamente respetado, *pero si ambos entran en conflicto, prevalece el primero*" (pág. 98) (La Interpretación del Contrato Administrativo, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1971, págs. citadas).

Es cierto que a menudo los pliegos de condiciones generales no existen, pero lo normal es lo contrario, y, en todo caso, la parte más significativa del clausulado, aquel mínimo imprescindible para que el contrato realice su fin público, está dado siempre y necesariamente en las cláusulas "invariables" o "pliegos particulares", la discrepancia respecto de las cuales causa la exclusión automática del licitador. De todos modos, la existencia de los clausulados tipo o generales es lo normal y frecuente en los contratos de la Administración Pública contemporánea y ese clausulado, típico régimen administrativo y no civil ni mercantil, es inderogable y debe ser respetado por el funcionario que contrata, sin que éste pueda omitirlo o pactar derogaciones en su contra. Mediante el "cartel" y los "pliegos de condiciones generales" la Administración Pública se garantiza normalmente su interés en el contrato, estipulando todo lo que es necesario y conveniente para ella, en contra del co-contratante y con obvia ventaja y superioridad inicial y sucesiva sobre éste.

La subordinación del co-contratante a la Administración Pública alcanza su máxima intensidad con los llamados "machotes" o modelos de contrato, pues en éstos se regula e impone totalmente el texto del futuro pacto, sin dejar libertad alguna a la otra parte, salvo la de aceptar o rechazar en bloque la proposición. Sería ingenuo o utópico ignorar la existencia y la proliferación vertiginosa de este tipo de acto o contrato de la Administración Pública que, para obtener la aprobación, autorización o visto bueno de ella, ha de uniformarse totalmente a sus dictados en punto a su contenido. La existencia de este tipo de modelos contractuales revela hasta qué profundo grado ha calado el poder negocial, económico e institucional de la Administración Pública frente al ciudadano o proveedor de ella, en la elaboración del respectivo contrato. Es, más bien, este proveedor quien se halla desamparado ante la demanda de provisiones y servicios por el Estado y quien se halla siempre forzado a contratar en las condiciones que éste le impone unilateralmente, dados la jugosidad —por volumen y duración— de los contratos que le ofrece, así como las "ingentes inversiones que exige su cumplimiento". Es posible, como se advirtió, que en casos aislados y aún frecuentes la situación sea la inversa y el co-contratante pueda tomar la iniciativa y proponer a la Administración Pública un contrato tipo, nacido de la experiencia empresarial en el sector económico correspondiente, la cual puede no existir o darse en menor grado en la Administración Pública interesada. Pero lo normal, reiteramos, es

lo contrario y sólo esa normalidad —no las excepciones— es la que puede tomar en cuenta la ley al regular la contratación de la Administración Pública. Cuando una ley se refiere a contratos de adhesión redactados en favor del oferente y en contra del comprador o consumidor, para alterar imperativamente su clausulado en beneficio de este último y eliminar el desbalance dado, está refiriéndose a los contratos entre particulares, y no a los que celebre la Administración Pública como compradora. En éstos la protección para ella está en el "cartel" y en el clausulado de las condiciones generales aplicables, elaborados por ella misma, así como en las leyes tutelares de ella, donde el Estado ha tenido la oportunidad de insertar todo aquello que le conviene sin siquiera dispensar consulta o discusión a su co-contratante. Este clausulado, unido a las leyes típica y específicamente dictadas para regir la contratación de la Administración Pública, y no leyes privadas dirigidas a los particulares, es y representa la única verdadera garantía de eficiencia y conveniencia de la contratación administrativa para alcanzar el fin público en juego.

III. Consecuencias de las premisas sentadas

1. El Estado y sus entes no son "consumidores protegidos" en nuestro derecho positivo

La reforma al artículo 1023 del Código Civil tiene por principal objetivo defender al consumidor, y hasta se pensó incluirla en la Ley de Protección al Consumidor, lo que finalmente se desechó. Tal objetivo tutelar consta del dictamen legislativo afirmativo que dijo al respecto:

"Es necesario instaurar preceptos que vengan a regular dicha contratación con el objeto de equilibrar los intereses de los contratantes y de resguardar el equilibrio contractual".

Este objetivo tiene carácter de orden público en beneficio de los consumidores, y su frustración, por una o varias de las cláusulas prohibidas, causa la nulidad absoluta de ésta o éstas.

Un principio general de Derecho Administrativo, igualmente imperativo que una ley de la Asamblea Legislativa, es el de que, por todo lo dicho, las reglas civiles o mercantiles, imperativas y de carácter tutelar, dictadas para proteger un cierto grupo débil o pobre de la comunidad, no son aplicables en beneficio del Estado (o sus entes) que, por definición, es la persona jurídica mayor y más poderosa de todo ordenamiento. Es admisible, incluso, que el Estado quede obligado a respetar esas limitaciones de orden público a la libertad de contratación en beneficio de los demás, y cuando él aparezca frente a ellos como oferente o vendedor, si se quiere emplear la terminología de la ley. El Estado, se dice, está obligado a respetar el derecho que él crea en beneficio de los pobres, los débiles o las minorías, pero es inadmisibles que, equiparándose a ellos, aplique en su beneficio y contra quien aparece ante él como vendedor u

oferente, las reglas de protección que dictó en favor de los débiles, los pobres o las minorías. El no es parte de ellos y no puede beneficiarse de los privilegios ni de los derechos que él mismo creó sólo para ellos. De esto tenemos un buen ejemplo, importante y claro, en el Derecho Público costarricense, a saber: las garantías individuales constitucionales, también llamadas libertades públicas o derechos humanos, dictadas y reconocidas para proteger al ciudadano contra el Estado y sus entes, no son aplicables en favor de estos últimos porque no son ciudadanos, sino todo lo contrario. Es decir, si mañana una ley del Estado cobrara vigencia retroactiva, con perjuicio de los derechos adquiridos por el Estado frente a otro sujeto y con aparente violación del art. 34 de la Constitución, que prohíbe la retroactividad de las leyes, el Estado (a través del Poder Ejecutivo) no podría invocar en su favor aquella garantía constitucional, simplemente porque él no es ciudadano y carece de toda garantía al respecto. Si reacciona tiene que hacerlo invocando otras normas específicas dictadas para su protección y favor, que sí existen.

Dice el autor francés Philippe Braud, en su obra "La Notion de Liberte Publique". Ed. Librairie Gral de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968, págs. 208 y 209:

"Sea como sea, estas personas (públicas) conllevan rasgos comunes que impiden reconocerles el goce de libertades públicas, es decir: de derechos subjetivos correlativos de obligaciones estatales en sentido auténtico. En efecto: por iniciativa de establecimientos públicos, son creadas por la autoridad pública; jamás son el producto de una iniciativa privada, libre y espontánea... Por este mismo hecho su existencia depende enteramente de la buena voluntad de la ley, la cual puede teóricamente, en caso de conflicto, reducir las a la nada jurídica... En definitiva, todas las personas morales de derecho público no son sino muy excepcionalmente beneficiarias de libertades públicas. Estas libertades rigen las relaciones entre los particulares, de un lado, y el Estado, del otro. Ahora bien: las personas de derecho público son, por naturaleza, correa de transmisión muy mal diferenciadas de la Administración Pública que las mueve. Es este rasgo el que explica evidentemente la orientación de las soluciones dadas y justifica la diferente situación de las personas morales del derecho privado".

Es posible que los entes públicos tengan, frente al Estado o a otras instituciones de igual naturaleza, derechos subjetivos públicos, pero serán distintos de los que son humanos, propios sólo del individuo o sus agrupaciones: derecho al nombre, a la autonomía normativa, a la oportuna aprobación del presupuesto, etc. En ningún caso un ente público viene protegido por las garantías que están diseñadas para las entidades privadas y ello en razón de que, en tanto que público, el ente es instrumento del Estado para la realización de los fines que éste le ha impuesto a través de su ley orgánica, sin libertad posible frente a él. Se trata, en realidad, de fines y entidades del mismo Estado. La libertad o las libertades pertenecen al individuo o a grupos sociales no públicos ni estatales, en cuanto expresan el pensamiento y los intereses de la Sociedad, frente al Estado y entes. Esas libertades organizadas forman las instituciones básicas de la Sociedad, no del Estado.

Dice el reputado constitucionalista Karl Lowenstein:

"Siempre que estos derechos se refieren a la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata más que de libertades individuales de instituciones básicas del orden social liberal occidental, siendo anteriores a cualquier Constitución; cualquier alusión constitucional tiene, pues, tan solo un valor declarativo" (Teoría de la Constitución, Ediciones Ariel, Madrid, 1965, pág. 391).

Esta explicación parte del supuesto-común a todo el derecho social de la existencia del individuo y de los grupos u organizaciones intermedios, como integrantes de un orden de la Sociedad, en cuanto distinta e independiente, por origen y por fines, del Estado, exactamente como ocurre con la clase de los consumidores, de los trabajadores, de los asegurados, etc., grupos o clases que reciben tutela legal del Estado, en la medida en que, justamente, guardan para con él la independencia apuntada, es decir: en la medida en que son entes o grupos "privados" y no "públicos". Se trata de entes o grupos "privados de interés público", cuyos derechos y protecciones son exclusivos de ellos, en tanto de distintos del Estado, y que, por lo mismo, no pueden ser jurídicamente de este último. En esto lo que ocurre con las normas —como el art. 2023 del Código Civil— de protección al consumidor. Estas normas protegen al individuo o a los grupos privados creados por él, nunca el Estado, quien es, más bien, el otro polo del fenómeno jurídico en examen y, por definición, quien da la protección, no quien la recibe.

2. La inexistencia de la "autonomía de la voluntad" en el Estado y sus consecuencias

Una demostración concreta de lo dicho está en la finalidad, ya apuntada, de la reforma al art. 1023 del Código Civil. Nulidades absolutas como las previstas por ésta son todas protectoras de la llamada "autonomía de la voluntad" de los particulares, es decir: de la capacidad de las personas privadas para celebrar contratos con plena libertad, sin sufrir engaños ni presiones indebidas, según lo dispone el mismo artículo 1023 en su párrafo primero. Se supone que para ser libre en la contratación el consumidor tiene que ser ayudado y protegido por la ley, sin lo cual el excesivo poder económico del vendedor u oferente, con abuso de la debilidad del consumidor, conduce a las cláusulas leoninas que se prohíben. Pero es lo cierto que en Costa Rica el Estado y sus entes carecen de autonomía de la voluntad, incluso cuando pretenden actuar como empresas privadas, según todo lo ya expresado. Y si no la tienen, es imposible que se les aplique una ley destinada a protegerla. La afirmación anterior es cierta en la medida en que se admita que aún cuando contraten como si fueran particulares, las entidades públicas tienen siempre a su disposición, por Constitución o por ley, una serie de organismos y procedimientos de contralor, así como de limitaciones legales, llamados específicamente a protegerlas en su contratación con los particulares y que sólo

para ellas existen y fueron creados. El Estado no puede en ningún caso actuar para un fin que no sea público, y éste debe ser, concretamente, propio de la competencia del Ministerio o de la entidad pública que busca del contrato; ni puede tampoco prescindir de la licitación pública, ni del contralor oficioso de la Contraloría General de la República, ni del interno ejercido por la Oficina de Presupuesto antes de la licitación para garantizar la existencia de la partida presupuestaria requerida, todo lo cual le impone, más que le permite, cumplir estrictamente con la ley y llenar su cometido público, prácticamente sin autonomía ni libertad negociales. Puede decirse con buen fundamento que toda la función contralora de la legalidad y oportunidad de los actos y contratos del Estado y sus entes, no es otra cosa que una forma de proteger sus intereses en la contratación pública, frente a sus servidores y a terceros, con entera independencia del poder y capacidad económicos de las partes en el contrato. A este efecto el servidor público que contrata se entiende como persona jurídica distinta e independientemente del Estado cuando lo hace ilegalmente, en forma tal que el Estado no quedará obligado si la conducta del servidor contratante viola gravemente la ley, y esa liberación del acto o contrato ilegal se producirá no sólo en la vía judicial, sino, lo que es mucho más importante y expedito en beneficio de la Administración Pública, en la vía administrativa, por anulación que decretará el propio servidor responsable o el Ministro, su superior jerárquico. Estas son las formas típicas y específicas del Derecho de la Administración para protegerla frente a sus co-contratantes, y ello con entera independencia del Código Civil o Mercantil y de sus reformas, sin las cuales o contra las cuales se aplican los diferentes mecanismos tutelares y especiales de la Administración, que hacen innecesarios y hasta primitivos los contemplados en el Derecho Civil o Mercantil común.

En otras palabras: la Administración Pública actúa en condiciones y con fines, limitaciones legales, contralores y procedimientos tutelares totalmente inexistentes en la empresa privada en materia de contratación, todos dirigidos a protegerla y a lograr para ella el contrato y el contratista mejores posibles, por lo que no tiene necesidad de las protecciones que se dan a los particulares con el mismo fin, contenidos en sus respectivos Códigos privados.

3. *La inaplicabilidad general a los contratos administrativos del régimen civil y/o mercantil de las nulidades*

Es regla general la diversidad e incompatibilidad entre el derecho administrativo y el privado en materia de contratación (civil o mercantil). Ha dicho nuestra Corte de Casación al respecto:

"No pueden violarse preceptos legales que atañen a problemas o situaciones de carácter civil, si el convenio de la Administración Pública por el cual se consideran violados, no tiene esa naturaleza. (Casación Niehaus c/El Estado, N° 4, Tomo 1, 1er. Semestre, Colección de Sentencias de Casación, 1958)".

En el derecho privado está permitido al particular todo lo que no le está prohibido (lo que se llama el "principio de libertad negocial" o "autonomía de la voluntad"). Lo prohibido es todo lo opuesto a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (art. 28 de la Constitución Política y art. 631, inciso 2 del Código Civil). Desde este punto de vista cada prohibición reviste la máxima importancia, por lo que la violación de cualquiera de ellas produce siempre nulidad absoluta (art. 10 Código Civil). En el derecho administrativo todo lo que no está autorizado está prohibido, de modo que sólo está permitida aquella conducta de la Administración Pública que está regulada por el ordenamiento jurídico (art. 11 Constitución Política); pero no todas las leyes reguladoras ni todas sus violaciones tienen la misma importancia, desde el punto de vista de los fines públicos afectados. De consiguiente, la sanción contra las dichas violaciones será más o menos grave, según el mayor o menor impedimento que cada una represente para lograr ese fin público y también según la importancia de éste: si lo imposibilita o lo hace muy difícil, el acto violatorio será absolutamente nulo; si lo hace difícil pero asequible, lo será solo relativamente, y si es una mera anomalía o irregularidad sin efecto sustancial contra el fin público, no habrá sanción del todo, lo mismo que si la ley y su fin son poco relevantes.

Esto revela la imposibilidad de elencar exhaustivamente los motivos o infracciones que causan las diversas nulidades en el derecho administrativo, pues habrá necesidad de apreciar caso por caso, o, a lo sumo, especie por especie de violación, con mucho más diversidad y detalle que en el derecho privado. Es inadmisibles, entonces, que este último pueda servir para enumerar los motivos de invalidez de los actos o contratos de la Administración Pública mediante simple aplicación a éstos de normas que regulan igual materia, pero en relación con los contratos civiles o mercantiles comunes.

En el derecho privado hay un interés público predominante en que toda nulidad sea localizada y declarada para defender a la comunidad y a sus más fundamentales bienes jurídicos protegidos por la prohibición legal violada, contra o por encima del interés exclusivo y egoísta de las partes en el contrato; en tanto que en el derecho administrativo, a la inversa, hay una razonable tendencia a mantener la validez y eficacia de los actos o contratos de la Administración Pública en razón justamente del interés público que ésta persigue realizar por su medio. De conformidad, el régimen de las nulidades del derecho administrativo tiende a seleccionar y dificultar las anulaciones de los actos o contratos de la administración pública, con el objeto de proteger la continuidad y la eficiencia de su actividad, que de otro modo podrían verse perturbadas por anulaciones frecuentes y eventualmente inoportunas y dañinas para la comunidad.

Hay que proteger, por otro lado, la confianza del ciudadano depositada en la Administración Pública, la validez y legalidad de cuyos actos y contratos siempre se presume, para permitirle su inmediata ejecución, en beneficio de los fines públicos a su cargo. El particular que contrata

con la Administración Pública atendido a esa alta misión de ésta y a la presunta legalidad de sus actos y contratos, no debe verse frustrado con la posterior anulación de los mismos por cualquier clase de violaciones, aunque no tengan gran importancia en el caso. Sólo pueden decretarse las anulaciones absolutamente indispensables para orientar la conducta administrativa hacia su fin pública propia y para evitar daños indefensas del ciudadano. El llamado "principio de conservación" de los actos y contratos alcanza su mayor y mejor aplicación en el derecho administrativo.

"Este (el acto administrativo), sin perjuicio de su regularidad o defectuosidad, significa en todo caso una manifestación de la autoridad del Estado y, en cuanto tal, lleva consigo una pretensión de cumplimiento. Por esto, aquél que confía en la validez del acto administrativo, merece también la protección del Derecho" (Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, 1958, Madrid, pág. 311).

De todo esto derivan consecuencias legales muy distintas cuando se da un motivo de anulación en el derecho administrativo y en el privado. Damos ejemplos:

a) Las nulidades del derecho administrativo, al menos cuando son absolutas, pueden ser declaradas de oficio por la propia Administración Pública en la vía administrativa, según sea más o menos conveniente hacerlo a su exclusivo juicio, sin intervención del Juez; en tanto que lo contrario ocurre con las del derecho privado, que sólo el juez, con exclusión de las partes, puede y debe conocer y declarar (arts. 11 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y su doctrina, según condensada en sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo). Dice un fallo al respecto, confirmado por la Corte de Casación:

"La nulidad de pleno derecho es una sanción que se establece para cuando se ha violado el ordenamiento jurídico en una forma ostensible; no tiene el acto nulo de pleno derecho más que una apariencia de acto jurídico; es una tentativa que debe quedar sin resultado y que puede ser declarada de oficio por la propia administración; estos actos no son susceptibles de consolidación ni se pueden subsanar por el transcurso del tiempo; pueden ser privados de sus efectos en cualquier momento y en relación con ellos no existe plazo de prescripción. Por tales entiende la doctrina, aquellos actos dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados omitiendo total y absolutamente el procedimiento establecido; y aquellos que tengan un contenido imposible o que constituya delito". (Sentencia 1001 de 9:20 horas del 12 de julio de 1974 Azucarera El Viejo S.A. c/S.N.E. Tribunal Superior Contencioso Considerando 2º). (el subrayado es nuestro).

b) Las nulidades relativa al derecho administrativo sólo pueden reclamarse en plazos de impugnación muy cortos, de días en materia de recursos administrativos o de meses (dos) en materia de acciones contencioso-administrativas; en tanto que las de naturaleza civil o mercantil prescriben en cuatro años a partir de su conocimiento.

c) Los plazos de impugnación de las nulidades administrativas no sólo son mucho más cortos que la prescripción cuatrienal apuntada, sino que, además, son de caducidad y no de prescripción, de tal forma

que no pueden interrumpirse sino con la presentación del recurso o de la demanda contenciosa, cuya omisión imposibilita al quejoso impugnar el acto después.

ch) Las normas cuya violación produce nulidades en el derecho administrativo son todas las que regulen la conducta de la Administración Pública, tanto la Constitución, como las leyes de la Asamblea Legislativa y los reglamentos del Poder Ejecutivo y de las entidades autónomas, sin codificación posible; en tanto que las que originan las nulidades en el derecho privado son los Códigos Civil y Mercantil y el tipo de violación, así como el de las consecuencias que genera, están expresamente previstos en los arts. 835 y siguientes del Código Civil. En virtud de todo ello, rige el principio general de derecho de que o bien el régimen de nulidades del Código Civil no se aplica nunca a los actos y contratos de la Administración Pública; o bien el de que se aplica únicamente en aquellas partes del mismo que pueden reputarse compatibles, ya no en virtud de ser leyes obligatorias (porque en el ámbito de la conducta de la Administración Pública no lo son) sino por ser adecuadas a la naturaleza y circunstancias del acto o contrato administrativo en examen.

En resumen: Dada la diversidad de sujeto (Administración Pública y particular), así como la de fines o intereses (públicos en un caso y privados en otros), el régimen de nulidades del derecho administrativo tiende a proteger la validez de los actos y contratos de la Administración Pública, en tanto que el propio del derecho privado persigue sancionar toda ilegalidad de los actos y contratos entre particulares, por reputarla dañina, además, a la mora, a las buenas costumbres y/o al orden público. Consecuentemente, el régimen de nulidades de un derecho es inaplicable al otro, salvo expresa norma en contrario, que en el presente caso no existe.

Nuestra Casación ha acogido igual punto de vista, sin reservas ni reticencias, con expresa alusión —como tiene que ser— a los distintos fines que persigue uno y otro régimen de nulidades.

Ha dicho:

"Las normas que el Derecho Civil y especialmente nuestro Código Civil establece para la invalidez de los actos jurídicos no pueden aplicarse en un sentido estricto a los actos administrativos, que marcan otro lineamiento a seguir orientados por el interés social que entra en juego". (Casación Nº 76 de las 16 horas del 13 de setiembre de 1956, tomo I, sem. II, pág. 1414).

Esto es así, sobre todo, en relación con las nulidades absolutas, que son las más graves de todo ordenamiento, como pasamos a explicarlo.

4. El carácter excepcional, típico y expreso, de las nulidades absolutas en el derecho de la Administración Pública

Si, como quedó visto, el objetivo de las nulidades en el derecho administrativo es el de sancionar únicamente los casos más graves de vio-

lación de la ley, para consagrar la validez del resto, la regla general es la de que los actos y contratos de la Administración Pública se presumen válidos y correctos y la excepción será la nulidad o la anulabilidad del acto o contrato.

Dice el citado autor Forsthoff al respecto:

"De aquí resulta el siguiente principio general: en caso de duda, también el acto administrativo defectuoso es válido. La presunción está a favor de la validez. Por tanto, cuando se señala como defectuoso un acto administrativo, primeramente habrá que examinar si a la irregularidad cometida se le debe atribuir importancia para la subsistencia jurídica del acto administrativo (op. cit., pág. 312).

Y más adelante agrega:

"Aquellas irregularidades graves que imponen, por razones de orden público o de interés individual, privar de antemano a un acto administrativo de toda eficacia jurídica, conducen a la nulidad; las menos graves a la anulabilidad. También aquí la presunción debe establecerse a favor de la consecuencia más leve, la anulabilidad" (op. cit., pág. 315), (debe advertirse que, como resulta claro de la anterior cita, el autor entiende por nulidad la absoluta y por anulabilidad la relativa).

En general, puede sostenerse la tesis de que las nulidades absolutas en el derecho administrativo son excepcionales y de aplicación restringida a los casos expresamente previstos, dada la gravedad de las consecuencias que acarrearán contra el acto o contrato afectado, e, indirectamente, contra el servicio público y ello es así incluso en el derecho privado. El Tribunal Superior de Trabajo, dentro de su jurisdicción, lo ha dicho claramente:

"Respecto de nulidades (las absolutas en lenguaje estrictamente jurídico) la doctrina señala que las mismas deben ser restrictivas, sobre todo cuando pueden afectar derechos de terceros, señalando las diferencias existentes entre actos totalmente nulos y anulables, así como los efectos jurídicos que pueden darse según el caso" (T.S.T., fallo N° 3317 de las 8 horas y 15 minutos del 4 de setiembre de 1975, ver Revista Judicial, año I, N° 2, pág. 86).

Y Casación, reafirmando igual principio ha resuelto:

"Las leyes especiales o que se apartan de las reglas comunes, son de rigurosa interpretación, y no deben regir sino los casos explícitamente comprendidos en ellas" (Casación de las 14:30 horas del 15 de julio de 1943, II Sem., 1er. tomo, pág. 317).

Si la nulidad es siempre excepcional y de aplicación restrictiva, sólo puede darse a texto expreso de ley, y, en el caso de la Administración Pública, cuando la ley explícitamente —como lo afirma la Casación anteriormente citada— se refiere a ella, y no por meras interpretaciones o implicaciones, sobre todo cuando median en la materia desigualdades con el derecho privado tan evidentes e importantes como las ya apuntadas.

La necesidad de ley o norma escrita, expresa y específica para la consagración de las nulidades absolutas de los actos o contratos en relación con la Administración Pública, es uno de aquellos principios del Derecho

público que rigen aunque no estén legislados ni codificados y que excluyen la aplicación al Estado y a sus entes del Código Civil o Mercantil en materia de nulidades absolutas, aún si no hay, o precisamente porque no hay, una ley que defina la situación; si esa ley no se da expresamente referida a ella la nulidad absoluta es inexistente frente a la Administración Pública. Esto se evidencia con observar que la Ley de Administración Financiera de la República y su reciente reforma han consagrado —como ya se apuntó— las violaciones que provocan la nulidad absoluta de los contratos de la Administración, sin referirse del todo a las hipótesis previstas por la reforma del art. 1023 del Código Civil: y se demuestra además, con la cita, ya hecha, de sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo que enumera taxativamente los supuestos de nulidad de pleno derecho (o absoluta, que es lo mismo) y los reduce a cuatro hipótesis (que a su vez, copia del art. de la ley de Procedimiento Administrativo de España), que son: "autos dictados por órgano manifiestamente incompetente: los dictados omitiendo total y absolutamente el procedimiento establecido; y aquellos que tengan un contenido imposible o que constituya delito" (Sentencia 1001 de 9:20 horas del 12 de julio de 1974, Azucarera El Viejo S. A. c/Servicio Nacional de Electricidad, Considerando II).

Todo ello corrobora que tal reforma es inaplicable a la contratación administrativa.

5. *La incompatibilidad entre la reforma al art. 1023 del Código Civil y el "privilegio de auto-tutela" de la Administración Pública*

El desconocimiento de los principios antes expuestos conduce normalmente a una visión deformada de lo que son el Estado y sus entes y de sus modos propios de funcionamiento, que puede producir graves consecuencias jurídicas y prácticas en contra de ellos.

En efecto: la reforma al art. 1023 del Código Civil exige la intervención del juez para declarar la o las nulidades absolutas que consagra. Dispone muy claramente dicha reforma:

"Art. 1023.—2: A solicitud de parte, los tribunales declararán las nulidades absolutas de las siguientes cláusulas contractuales..."

Más claro no puede estar: es el juez y no la parte perjudicada, o, como dice la reforma, "los tribunales", quienes declararán la nulidad de las cláusulas. La sentencia del juez tiene, entonces, una función indispensable y un efecto constitutivo, de la nulidad absoluta), sin los cuales ésta no se produce, aunque se den las cláusulas viciadas. El motivo de la nulidad absoluta puede existir, puede mediar petición o solicitud del interesado, y, sin embargo, no habrá nulidad absoluta si no hay sentencia judicial que la declare. Ahora bien: es evidente que si la reforma se aplicara a la Administración Pública, se le estaría imponiendo a ésta la carga o necesidad legal de acudir al juez y de esperar su fallo para hacer valer

la nulidad absoluta en su beneficio y poder actuar de conformidad. Esto, que es realmente necesario al particular (puesto que él tiene que valerse del juez, dada la prohibición constitucional de hacerse justicia por mano propia, típica de todo civilizado Estado moderno) significa, aplicado al Estado y a sus entes, el cercenamiento de un privilegio propio y fundamental de éstos, que en Costa Rica y en todos los sistemas jurídicos derivados del francés ha existido siempre y que está hoy expresamente consagrado por el art. 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, privilegio llamado de "la acción ejecutoria" o el de "la autotutela" de la Administración Pública en su propio beneficio. Consiste el privilegio en que la Administración puede ejecutar por sí misma los derechos que tiene contra otras personas, públicas o privadas, sin necesidad de buscar ni de obtener previamente la intervención judicial. Cuando un acto o contrato ilegal o nulo, celebrado por uno de sus servidores, perjudica al Estado o a sus entes, éstos no tienen que presentar una demanda al juez ni acudir a él para recuperar el derecho de que los priva esa nulidad, sino que pueden declararla ellos mismos y adoptar las medidas ejecutivas necesarias para el ejercicio de sus derechos contra la otra persona, actuando como si ya la nulidad absoluta hubiese sido declarada por el juez y anticipando el fallo de éste. Es lógico que posteriormente la otra persona perjudicada con la actuación unilateral de la Administración podrá demandarla, para que sea el juez, en definitiva, quien declare la razón legal y la adjudique a quien la tiene, eventualmente en contra de la Administración, pero mientras tanto ésta ha resuelto por mano propia el problema, con inmediata satisfacción del interés público en juego; y si, por cualquier razón (expiración de los plazos de impugnación, aceptación tácita o expresa por el particular de la actuación de la Administración, etc.), el reclamo finalmente no se presentara, la solución provisional del conflicto impuesta por la Administración se convertiría en definitiva, como si el mismo juez la hubiese dictado. Este privilegio de la Administración cede únicamente cuando el juez, a petición del particular demandante, suspende la ejecución del derecho propio de la Administración o de los actos de ésta, lo cual sólo es posible en Costa Rica cuando esa ejecución puede causar al actor un daño de "imposible o difícil reparación", según el citado art. 91 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Si se aplicara al Estado la reforma del art. 1023 del Código Civil, que no contiene salvedades ni distinciones de ninguna especie, se estaría dañándolo en lugar de protegerlo, puesto que se le obligaría siempre a acudir al juez para defender sus derechos contractuales opuestos a las nulidades absolutas previstas por esa reforma, aún en los casos en que la Administración habría podido prescindir del juez con igual fin, por titularidad jurídica del citado privilegio de la auto-tutela en su propio beneficio. Es decir: se le estaría obligando siempre a ser actora o demandante y no, como es lógico y normal de acuerdo con el privilegio mencionado, a ser demandada, lo cual, por todo lo dicho, sería no sólo anormal sino también gravemente inconveniente a ella dentro del proceso, y, por lo mismo, jurídicamente inadmisibles.

Puede y debe agregarse, como colofón, que hay sostenida jurisprudencia de la Corte de Casación en el sentido de que las utilidades absolutas o de pleno derecho de los actos y contratos públicos son declarables por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al llamado "contencioso de lesividad", (que es el proceso judicial de la Administración contra sus propios actos cuando son declarativos de derechos), pues el carácter pleno y manifiesto de una nulidad de esa índole hace indigno de tutela el correspondiente interés del administrado en la seguridad jurídica, que de otro modo (y tratándose de nulidades relativas) sería respetable y estaría protegido con la institución de la "lesividad" antes referida.

6. *La incompatibilidad entre varios incisos del art. 1023 y principios tradicionales del Derecho Administrativo*

Es digno de hacer ver, finalmente, que el verdadero propósito de la reforma última del art. 1023 del Código Civil es tutelar al consumidor sin tocar el sector público, en tanto varios de sus incisos —y quizás los más importantes— lucen claramente como incompatibles con principios clásicos de la contratación administrativa.

Nos concretamos a dos incisos que revisten extraordinaria importancia en los contratos de la Administración Pública, a saber: inciso a), que prohíbe la exclusión o renuncia de responsabilidades. Los comentamos brevemente por su orden.

a) La potestad de modificación unilateral del contrato.

Es dogma universal del derecho público la potestad de la Administración Pública para modificar unilateralmente sus contratos, sea cual sea la posición que guarde en ellos, tanto si es oferente como aceptante, vendedora o compradora en un contrato.

"Otra potestad propia de la Administración Pública es la de modificar el contrato administrativo. Trátase de una prerrogativa también insita a este tipo de contratos: en tal orden de ideas, constituye una cláusula exorbitante del derecho común: Por ello su existencia no requiere texto expreso que la consagre; existe por sí como principio" (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, pág. 395, Ed. Abeledo Perrot, 1970, Buenos Aires).

Algunos autores han sostenido erróneamente que esta potestad sólo existe en los contratos de concesión de servicio público, contra lo que lógicamente se pronuncia otra autoridad francesa en la materia:

"Ciertos autores han pretendido que la teoría de la mutabilidad se aplica solamente a los contratos de concesión y que es un abuso que su aplicación se ha extendido a todos los contratos administrativos... La mayoría no comparte este punto de vista restrictivo... De hecho se constata que todos los contratos administrativos son modificables unilateralmente en el interés del servicio público, aun si no hay estipulación expresa que prevea la potestad

de modificación" (George Pequignot, *Theorie General des Contrats Administratifs*, Juris Classeur Administratif, Librairies Techniques, Paris, 1954, fascículo 511, pág. 9).

El fundamento de esta potestad es tan lógico como conocido:

"Es potestad del poder público prescribir las medidas necesarias para asegurar la satisfacción de necesidades e intereses públicos, no importa cuál sea el contenido del contrato... El Estado intervendrá, entonces, para imponer, si es del caso, al concesionario una prestación superior a la prevista estrictamente... usando al efecto no de potestades que le confiere el contrato sino del poder que le corresponde en tanto que autoridad pública (Comisario del Gobierno León Blum, citado por Pequignot, op. cit., fascículo 511, misma página).

La Ley de Administración Pública y sus reformas recientes, así como su Reglamento, se han hecho cargo de tan importante aspecto de la contratación de la Administración Pública y su art. 108 expresamente dice:

"Por convenir al interés público, o por la fuerza mayor, puede la Administración Pública modificar sus contratos".

El Reglamento de la Contratación Administrativa lo expresa más clara y detalladamente:

"Art. 227: Se reconocen a la Administración Pública fundamentalmente los siguientes derechos originados en el contrato administrativo a), b), c): de modificación..."

El art. 223, en desarrollo, dispone:

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

Hay, evidentemente, un choque frontal entre el inciso a) del art. 1023 del actual Código Civil, que prohíbe reformar unilateralmente los contratos en perjuicio del consumidor, y los artículos y principios citados propios de la contratación administrativa. En efecto: si bien es normal que la Administración Pública actúe como compradora de bienes y servicios —hipótesis de los contratos clásicos de derecho público (concesión de servicio, obra pública y suministro)— es también posible que actúe en sentido inverso, cuando es ella, como institución o como empresa, la que ofrece o vende (caso de la mayoría de las instituciones autónomas en Costa Rica, que son productoras, y no consumidoras de bienes y de servicios). No hace distinciones al respecto ninguno de los artículos precitados de la Ley y del Reglamento de Contratación y ello implica que, según tales normas, siempre, sea cual sea su posición dentro del contrato, la Administración Pública tiene potestad de modificarlo en perjuicio del comprador o usuario, para bien del interés público, incluso en los casos en que ella es oferente o vendedora de bienes o de servicios, y no únicamente en aquellos en que es consumidora o compradora, todo con evidente

contraste frente al art. 1023 del Código Civil y su reforma. Y lo dicho vale tanto para los contratos celebrados por licitación pública como para los otorgados por contratación directa.

- b) Las exclusiones y limitaciones de responsabilidad contractual. El inciso m) de la última reforma al art. 1023 del Código Civil prohíbe los pactos o cláusulas que excluyan o limiten las responsabilidades en perjuicio del comprador u oferente. Tal regla no tiene vigencia alguna en el Derecho Público, donde, a la inversa, las renunciaciones o limitaciones de responsabilidades de la Administración Pública o por ella —aún como compradora o consumidora— son frecuentes y aún parte normal de los "clausulados generales" o "tipo" a que alude el Reglamento dicho (arts. 7 y 52 *ibidem*).

La posibilidad de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad es admitida normalmente incluso en el derecho privado. Los arts. 426 y siguientes del Código de Comercio, lo mismo que el art. 705 del Código Civil, regulan la existencia de la llamada "cláusula penal", que no es otra cosa que una forma de limitación de responsabilidad. La esencia de la institución consiste en ser una indemnización tarifada (a forfait), que excusa de probar la existencia de los daños y su cuantía y que se puede cobrar completa, como alternativa excluyente del cumplimiento forzoso o de los daños y perjuicios, esto último cuando hay resolución del contrato. No se puede cobrar daños y perjuicios más allá o por encima de ella, aún si existieren, salvo dolo del deudor, pacto contrario o que la pena sea únicamente por el atraso, en el cual último caso, i hubiere otros incumplimientos con daños y perjuicios adicionales, podrán cobrarse a condición de que se prueben. Es decir: si la pena es por el incumplimiento del contrato en cualquiera de sus aspectos, excepto que se trate de la cláusula del plazo o de la del lugar de pago, la pena excluye el cumplimiento forzoso o la resolución y los daños y perjuicios consiguientes; a la inversa, si es por el mero atraso, puede acumularse con una cualquiera de esas otras acciones.

La cláusula penal es una limitación de responsabilidad en las hipótesis en que es excluyente del principal, y aún en aquellas en que opera por el mero atraso, pues aquí también excluye la responsabilidad eventualmente mayor (por monto) que el dicho atraso pueda haber producido, dado que, en todo caso, sólo podrá cobrarse la pena y no la reparación del daño excedente efectivamente comprobado. La admisión de la cláusula penal implica o supone necesariamente la admisión de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, por ser no otra cosa que una especie de limitación de la responsabilidad contractual. Es tan admisible en el derecho público como en el privado y en ambos goza de larga tradición.

Hemos citado las normas civiles y mercantiles que contemplan la institución. El Capítulo Cuarto del Reglamento de Contratación Administrativa, (arts. 67 y siguientes), contiene el régimen de la cláusula penal en la contratación pública. Se configura aquí como dirigida a reparar el

daño por atraso (art. 67); es tarifada pero no podrá exceder del 20% del monto total del contrato (art. 69); excluye la acción de daños y perjuicios (no tarifada) y la resolución del contrato (art. 73) si la única causa invocada es el mero "atraso (violación de la cláusula de tiempo)". Tal regulación goza del favor de la doctrina. Dice André de Laubadere al respecto:

"Se admite en derecho privado que la validez de las cláusulas penales implica la de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Es lo mismo en los contratos administrativos, donde las cláusulas penales son frecuentes". (Op. cit., tomo II, pág. 77, N° 495) (El subrayado es nuestro).

Y afirma en relación con la exoneración de responsabilidad:

"Se puede adoptar en los contratos administrativos el principio general admitido en el derecho civil según el cual las cláusulas de irresponsabilidad, mientras no pretendan un alcance absoluto, son válidas, pero no liberan a sus beneficiarios de las consecuencias del dolo ni de la falta grave; cubren solamente las faltas ligeras no intencionales. El Consejo de Estado ha admitido repetidamente la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad y pareciera seguir una tendencia a admitirla más fácilmente que los tribunales civiles". (Op. cit., pág. 76, ibidem.) (el subrayado es nuestro).

En otras palabras: en derecho público —todavía más que en derecho privado— las cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad (estas últimas sobre todo bajo la apariencia de la cláusula penal) son válidas y admitidas, tanto por doctrina como por la jurisprudencia, en tanto no encubran la impunidad del dolo ni de la culpa grave.

Dice Flamme al respecto:

"La estipulación de una cláusula penal es un procedimiento de gran utilidad práctica, pues dispensa a la Administración Pública de la carga de la prueba, difícil en la mayoría de los casos —la del daño causado por la ejecución tardía de la obligación contractual— y permite proporcionar la pena a la importancia del contrato y al grado de urgencia de la prestación para el buen funcionamiento del servicio público. La licitud de la cláusula penal no tiene la menor duda; su validez no está en modo alguno condicionada a la inserción en el contrato de una disposición que estipule premios en caso de realización anticipada de la obra. En efecto, una cláusula penal presenta por sí una utilidad incontestable y se concibe perfectamente fuera de toda cláusula simétrica de premio o recompensa..." (op. cit., tomo II, págs. 538 y 539) (el subrayado es nuestro).

Confirma otro distinguido autor francés cuando dice:

"Las penalidades son daños y perjuicios tarifados, estipulados en el contrato, de que se hará merecedor el deudor que no ejecute ciertas obligaciones. El sistema de penalidades y de cláusulas penales en virtud de las cuales se pronuncian estas sanciones, no es ignorado por el Derecho Civil: está previsto expresamente por el Código Civil... La Administración Pública emplea (las penalidades) frecuentemente; pero mientras en el Derecho Privado es el Juez quien está llamado a concretar las penalidades contra el

deudor moroso, la Administración Pública se reserva el derecho de ponerlas en aplicación ella misma... Se incurre en la penalidad de pleno derecho, desde que se constata la infracción y sin que la Administración tenga que establecer la existencia del daño ni determinar la cuantía" (Pequignot, op. cit., fascículo 510, pág. 21). (el subrayado es nuestro).

Dice Marienhoff al respecto:

"Cláusula Penal. Para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar ab initio el monto de los años y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se llama "cláusula penal". Producido el incumplimiento y constituido en mora el co-contratante, se aplica dicha cláusula penal... En tal forma las partes fijan de antemano lo que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello, el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de que dispone. Por esas razones se ha sugerido que en lugar de hablar de "cláusula penal" se hable de "indemnización convencional". (Op. cit., tomo III-A, págs. 412 y 413) (el subrayado es nuestro).

Dice Manuel María Díez:

"En el campo del derecho público también se clasifican las sanciones pecuniarias en dos clases de daños: daños e intereses y penalidades. Tanto una como otra tienen un carácter común y entrañan la obligación a cargo del co-contratante, de pagar una suma de dinero a la administración. Pero las penalidades tienen naturaleza contractual y a base de tanto alzado por los perjuicios que pueden sufrir. En esto se distinguen de los daños e intereses, en los que no existe tanto alzado y habrá que determinar y probar los perjuicios... Por lo que hace a las penalidades, son, como ya dijimos, similares a las cláusulas penales en el campo del derecho privado. Implican daños e intereses a tanto alzado estipulado en el contrato, en previsión de las faltas del co-contratante en el incumplimiento de sus obligaciones. Se aplican las penalidades frecuentemente para sancionar la falta de cumplimiento dentro del plazo de ejecución. Las penalidades por retardo, fijadas a tanto por día, tienen un carácter reparador y conminatorio... Como que la indemnización establecida por la penalidad es a tanto alzado, la administración no puede reclamar al co-contratante una reparación más amplia que la prevista, aún en el caso de que el perjuicio sufrido por ella no quedara íntegramente cubierto por el tanto alzado previsto" (Derecho Administrativo, Tomo II, Bibliografía Omeba, 1965, págs. 520 y 521). (El subrayado es nuestro).

Finalmente el autor venezolano Randall Brewer Carías, coincide clárisimamente diciendo:

"...Las partes pueden, en el momento de conclusión del contrato, prever el monto de los daños y perjuicios: estamos entonces en presencia de la obligación con cláusula penal. Y ésta no es más que la compensación de los daños y perjuicios causados por la inexecución de la obligación.

En esta forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por cualquier infracción de las cláusulas contractuales. Con ello se libera el actor de la obligación de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte, el infractor sabe antici-

padamente a cuánto alcanza la indemnización que debe, sin exponerse a un pago exagerado superior a los recursos de que dispone.

Pero en todo caso la cláusula penal debe ser expresa. No puede nunca presumirse. Si las partes no han hecho por esa vía la fijación de los daños y perjuicios, a falta de acuerdo entre las partes corresponde hacerlo al Juez del Contrato, que en los contratos administrativos es el competente en materia contencioso-administrativa". (Op. cit., pág. 213) (el subrayado es nuestro).

El Reglamento de la Contratación Administrativa no parece dar cuenta de estas penalidades a *forfait*, con función simultáneamente reparadora y conminatoria, excepto cuando se habla de la "cláusula penal" (arts. 67 y siguientes *ibidem*). Es evidente, sin embargo, la posibilidad de que se den penalidades de tipo puramente coercitivo y no reparador, que busquen únicamente la función conminatoria para forzar al deudor a cumplir y cesen automáticamente con el cumplimiento o su inicio, todo sin obstar a que se cobren por aparte los daños y perjuicios excedentes. La figura más parecida en el Reglamento es el "bono" o "garantía" de cumplimiento" que admite, según el art. 59, el cobro automático y además, el de daños y perjuicios excedentes. La "cláusula penal", a la inversa, no admite, estos últimos, salvo dolo, pacto en contrario o que el incumplimiento sea por razón diversa del mero retardo, que es lo único que cubre dicha cláusula. Luce claro, en todo caso, que ésta viene definida por el tipo de riesgo que cubre —retraso—; por su automatismo —se cobra íntegramente sin probar la existencia de daños ni de su cuantía, con sólo la prueba del retraso—, y por su carácter "*forfatario*" o tarifado, que es el que aquí más nos importa, en cuanto sólo eso podrá el acreedor de la "cláusula" por el dicho retraso, aunque se pueda probar que los daños y perjuicios son claramente mayores en virtud del mismo. No creemos que la "cláusula penal" no pueda jurídicamente operar también cuando así se pacte para riesgos diversos del "retraso" o "incumplimiento tardío", y que, en tales otras hipótesis, funcione también como "techo" de la indemnización, excluyente del cumplimiento forzoso tanto como de los daños y perjuicios sustitutivos del mismo, en la hipótesis de resolución del contrato. No hay duda, desde este punto de vista, de que la cláusula penal es una limitación de responsabilidad y así se enfoca en los diversos ordenamientos y obras especializadas, en los que se reconoce —como en las citas precedentes— que la "cláusula penal" puede cubrir "*a forfait*" toda clase de riesgos. La similitud entre ambas instituciones, "cláusula penal" y "limitación de responsabilidad contractual", es descrita por el privatista español Miguel García Amigo, en su obra "Cláusulas Limitativas de la Responsabilidad Contractual", Tecnos, 1975, Madrid, en la siguiente forma:

"La cláusula penal puede representar una cláusula limitativa de responsabilidad en casos límite: sería el supuesto en que el daño derivado del incumplimiento sea superior a la suma fijada en la penal y que en tal caso la pena no sea acumulativa al cumplimiento de la obligación principal o de la indemnización de los propios daños; puede, por tanto, darse la intersección entre las dos figuras. Otro punto común es la estipulación convencional y preventiva de ambos tipos de cláusulas, es decir, que ambas deben su origen a un acuerdo de voluntades anterior al incumplimiento del contrato en que

se contienen. Además, ambas figuras tienen como presupuesto de eficacia la imputabilidad al deudor del incumplimiento. Finalmente, hay que reconocer también que les es común la nota de accesoriedad con relación a las obligaciones contractuales, en el sentido de que, mientras la nulidad del contrato en que se encuentran lleva consigo la nulidad de ambos tipos de cláusula, en cambio, la nulidad de cualquiera de ellas no implica por sí sola la nulidad del contrato del que forman parte". (Op. cit., pág. 118).

De todo lo cual se desprende claro que en la contratación administrativa rige incontestablemente el principio de que la Administración Pública puede aceptar u ofrecer una limitación de responsabilidad contractual mediante cláusulas como la "penal", que representan simultáneamente una defensa de la Administración Pública y del contratante, dada la conveniencia para ella de acomodar sus contratos en ese importante extremo a las ventajas que ofrezca cada prospecto de tratatista y el mercado, en general, de bienes y servicios, muchos de los cuales sólo con limitaciones de responsabilidad de ese tipo son asequibles.

En síntesis: hay, al menos, dos muy importantes incisos de la reforma reciente al art. 1023 del Código Civil, los a) y m), que chocan frontalmente con dos principios y prácticas establecidos tradicionalmente en la contratación administrativa, que son el "mutabilidad del contrato administrativo" y el de "validez de principio de las cláusulas de exoneración y/o de limitación de la responsabilidad contractual" de cualquiera de las partes, que, por todo lo dicho y citado, son más frecuentes incluso en los contratos de la Administración Pública que en los propios de los particulares.

IV. Conclusión general

La reforma del artículo 1023 del Código Civil es inaplicable al Estado y sus entes, no sólo por ser éstos públicos, sino también porque el Estado no es ni puede ser jurídica o económicamente un "consumidor" o "cliente" común"; no necesita de las protecciones contractuales del Derecho Privado; tiene las suyas propias, diseñadas por el Derecho Público; no tiene autonomía de la voluntad contractual digna de protección legal; tiene el privilegio de la auto-tutela de sus derechos que le permite prescindir provisionalmente del juez para declarar por sí las nulidades absolutas de sus propios actos o contratos, en la solución de sus conflictos; está sujeto a un régimen de nulidades absolutas expreso, específico y de interpretación restringida para él y sus entes, sin posibilidad de aplicación supletoria al respecto de los códigos privados ni de sus reformas; y se rige por principios de contratación que chocan con y derogan los incisos a) y m) del actual art. 1023 del Código Civil. El art. 100 de la Ley de Administración Financiera, así como los artículos 3 y 67 y siguientes, 227 y siguientes, 284 a 288 del respectivo Reglamento, la jurisprudencia judicial y la doctrina citadas, apoyan y consagran expresamente las anteriores conclusiones legales.