



Medidas para asegurar la ejecución de contratos administrativos - Derecho comparado

Autor

Pedro Harris
pharris@bcn.cl

Nº SUP: 137298

Resumen

Tradicionalmente, se ha entendido que la Administración del Estado detenta competencias de dirección y sanción para evitar o reparar los perjuicios ocasionados por incumplimientos contractuales. Además de las medidas establecidas entre nosotros, otros tantos países han legislado técnicas diversas en esta materia. Conforme a su finalidad, dichas técnicas pueden prevenir el incumplimiento contractual, como ocurre frente al ejercicio de competencias de inspección de la Administración, en España, o ante la facultad de subrogar provisoriamente su intervención, en Francia, o bien reprimirlo, como sucede de establecerse acciones de repetición estatutarias por los perjuicios ocasionados, en Colombia, o bien responsabilidades administrativas, como multas coercitivas por días de retraso, en Perú.

Introducción

La inejecución de los contratos administrativos puede originarse, tanto por el comportamiento de la Administración como por el de su cocontratante. Mientras que en el primer caso la exigibilidad de las prestaciones suele seguir las reglas generales de los incumplimientos contractuales, en el segundo suelen consagrarse regímenes especiales, ya sean particulares, conforme a las características de los contratos –sin perjuicio de su desarrollo posterior en la reglamentación aplicable al mismo (a través de sus bases), o bien, de las cláusulas contractuales que las partes puedan pactar con ocasión de su celebración–, o bien generales, si el país ha consagrado una legislación en tal sentido. Mientras que el primer modelo ha sido aplicado entre nosotros (al inaplicarse una legislación general referida a la contratación administrativa), otros países han seguido la segunda de estas técnicas, sin perjuicio de introducir variaciones en la celebración de ciertos contratos. Entre otros, tal ha sido el caso de España, Francia, Colombia y Perú.

A solicitud parlamentaria, el presente informe analiza ciertas medidas aplicadas en dichos países para asegurar la ejecución contractual, ya sean preventivas (I) o represivas de éste (II), cuya consagración no ha prevista de manera expresa y con alcance general, bajo las reglas aplicables en el Derecho nacional.

I. Las medidas preventivas

La inejecución del contrato no debe confundirse con el incumplimiento de sus cláusulas, pues mientras la primera situación suele ser general y permanente, la segunda puede ser parcial o provisoria. Es por ello que, de haber ocurrido incumplimientos en contratos administrativos, diferentes legislaciones han otorgado facultades a la Administración para prevenir la inejecución. Es lo que ha ocurrido con relación a competencias de inspección (1) y subrogación (2), aplicables en España y Francia, de manera respectiva.

1. La competencia de inspección en España

Por regla general, la Administración española carece de competencias básicas para realizar inspecciones pues, conforme al art. 18 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, sobre el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si ellas se desarrollan en “lugares que requieran autorización del titular, se estará a lo dispuesto en el artículo 100” de dicho cuerpo legal, el cual limita su unilateralidad, al haber dispuesto el N° 3 de dicho texto que “[s]i fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”. No obstante ello, en materia de contratos administrativos esta regla general presenta ciertas excepciones.

En efecto, el art. 190 de la Ley de Contratos del Sector Público en España ha establecido que “el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato”. Sin embargo, el ejercicio de dicha prerrogativa de la Administración no es ilimitado. Tal disposición ha señalado que “[e]n ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato”.

En la práctica, tal disposición ha originado la problemática de precisar si las competencias de inspección deben ser especificadas en los contratos, o bien, si el órgano respectivo se entiende habilitado para desarrollarlas en ausencia de dichas cláusulas. Con relación a ello, Canales Gil *et al* han interpretado que:

[C]abe señalar que, en términos generales, el PCAPS [Pliegos de las cláusulas administrativas particulares] debe recoger las referencias que el órgano de contratación entienda que son las adecuadas para que la dirección, inspección y control puedan desarrollarse de modo que las obligaciones que prevé el contrato sean cumplidas en los términos fijados, finalidad esta que es la que claramente persigue tanto el artículo 190, párrafo segundo, de la LCSP [Ley de Contratación del Sector Público] como el artículo

94 del RGTRLCAP [Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas]¹

2. La competencia de subrogación en Francia

Junto con la resiliación del contrato y la aplicación de multas, comunes al régimen de la contratación pública en general, el Derecho francés consagra también a la medida de subrogación como una técnica característica de los contratos administrativos, establecida con la finalidad de asegurar su cumplimiento. En términos generales, ella ha sido definida por Jean Waline como una sanción para asegurar la ejecución, pues “pese al incumplimiento del cocontratante, la Administración se substituye a él, al menos provisoriamente, y toma por sí misma la ejecución en sus manos, pero haciéndole soportar a él los costos de su intervención”², precisando posteriormente sus principales modalidades según el tipo de contrato. De ellas, la principal medida aplicada corresponde a la competencia de subrogación en obras públicas.

En efecto, “[e]l artículo 49 del Cuaderno de Cláusulas Administrativas Generales aplicables a los mercados de obras públicas (CCAG-Trabajos), titulado “Medidas Coercitivas”, prevé las sanciones que pueden ser aplicadas a las empresas si estas últimas no respetan los términos del contrato (...) Tales sanciones se reducen a dos: la subrogación o la resiliación”³. Aunque la resiliación sea una sanción común, la subrogación (“*mise en régie*”) carece de igual extensión, no siendo regulada con un alcance general en el Derecho público chileno, sin perjuicio que el Derecho privado la estableciera, al consagrar en el art. 1553 del Código Civil que “[s]i la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección: (...) 2. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor”.

Siguiendo las reglas generales de los contratos administrativos en Francia, esta medida de subrogación es susceptible de ser aplicada unilateralmente por la Administración, incluso en el evento que no hubiere sido establecida en la reglamentación del contrato (o en las cláusulas contractuales mismas que fueran acordadas)⁴. Sin embargo, ella no opera de manera automática. Debe ser precedida de una orden de la Administración al cocontratante en la cual se le apercibe por la falta, otorgándole un plazo razonable para que ejecute las obligaciones incumplidas (“*mise en demeure*”). Si, transcurrido este plazo, el cocontratante de la Administración no hubiere cumplido dichas obligaciones, podrá ser subrogado por el órgano administrativo o la persona que designe. El valor de ejecutar la obras deberá sufragarse a su costo. Ya que la subrogación puede ser provisoria, su aplicación por la Administración no implica resolver el contrato.

¹ Canales Gil, 2022, p. 870.

² Waline, Jean, 2018.

³ Le moniteur, 2001.

⁴ Waline, Jean, 2018. Véase: Sentencia del Consejo de Estado francés del 9 de noviembre de 2016, req. núm. 388806.

2. Las medidas represivas

Ahora bien, ocurrido un incumplimiento contractual la Administración puede estar facultada para adoptar diferentes medidas represivas que, al igual que en el caso anterior, podrán tener por finalidad evitar la inejecución. Este ha sido la finalidad pretendida con la consagración de una responsabilidad funcional en Colombia (1), y con el establecimiento de una responsabilidad de multas diarias en Perú (2), las que, al haber sido reguladas en legislaciones generales de la contratación administrativa, son aplicables sin perjuicio de lo que hubieren dispuestos las reglamentaciones, bases o las cláusulas contractuales específicas.

1. La responsabilidad funcional en Colombia

Ha sido un mecanismo tradicional de la responsabilidad extracontractual del Estado la distinción entre la obligación y contribución a las indemnizaciones de perjuicios. Conforme a ello, de los daños causados por sus funcionarios responde el Estado, “sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”⁵, que podrá hacerse efectiva a través de una acción de repetición. Algo distinto, sin embargo, ha ocurrido en materia contractual, ámbito que no suele extender las acciones de repetición en contra de los agentes del Estado, si sus actos u omisiones hubiesen contribuido a la ocurrencia de un hecho generador de daños, como resultado de un incumplimiento del contrato. No obstante ello, tras aceptarse desde 1974⁶, tal técnica ha sido consagrada en la legislación colombiana.

En efecto, el régimen general de los funcionarios públicos en el ámbito de los contratos administrativos en Colombia ha sido establecido por la Ley 80 de 1993, sobre Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, habiendo establecido su art. 51 los regímenes de responsabilidades a los que se sujeta, disposición que consagrado un principio general según el cual “[e]l servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”. Por su parte, para hacer efectiva la responsabilidad civil, el art. 4 de esta ley ha dispuesto que “[p]ara la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...) repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual” (Nº 7).

Diferentes aspectos podrán llamar la atención acerca de la forma que esta acción de repetición ha sido consagrada para hacer efectiva la responsabilidad civil de los distintos sujetos enumerados en dicha norma. Una de ella parece relacionarse con la ausencia de un margen de apreciación del órgano administrativo en orden a determinar o no la procedencia de dicha acción, al haber sido consagrada bajo el empleo de una redacción imperativa (“repetirán”)⁷. Un segundo aspecto es que esta regla podría extrapolarse más allá al ámbito de incumplimiento contractual, alcanzando también a la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados a terceros durante la ejecución del contrato, al haberse

⁵ Art. 4 de la Ley 18.575.

⁶ Sobre la procedencia conjunta de la responsabilidad de la Administración y del funcionario: Soler y Jiménez, 2008, p. 78.

⁷ No obstante ello, esta interpretación literal no parece primar en la práctica judicial. Soler y Jiménez, 2008, p. 78.

dispuesto un amplio ámbito de aplicación referido a indemnizaciones “como consecuencia de la actividad contractual”.

2. La responsabilidad administrativa en Perú

Finalmente, una medida complementaria a las anteriores ha sido seguida en ordenamientos que, junto con consagrar legislaciones generales en el ámbito de la contratación administrativa, han establecido también sanciones administrativas básicas, esto es, siempre aplicables pese al silencio de la Administración con relación al régimen sancionador contractual en la elaboración de las bases del contrato, o bien, en la redacción de sus cláusulas. Este es el modelo que fuera consagrado en el Perú, bajo el Decreto Ley 1017, que consagraba la Ley de contrataciones del Estado, que contenía “las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras”⁸ y regulaba “las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”⁹, siendo hoy reiterado bajo la Ley 30225, sobre contrataciones del Estado de 2014 y su reglamentación.

En efecto, aunque esta legislación haya consagrado diferentes disposiciones de incidencia en el régimen sancionador, uno de los principales aspectos que caracterizan sus disposiciones ha sido referido a las multas por retardos en la ejecución de los contratos administrativos, al haber consagrado un mecanismo de multa coercitiva, cuyo cálculo considera el tiempo de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones contractuales (entendiéndose que una causa injustificada no ocurriría si hubiere existido una solicitud de ampliación de plazos formulada por el cocontratista de la Administración y aprobada por esta última¹⁰). La aplicabilidad de este mecanismo ha sido regulada en el Decreto Supremo 244 de 2018, que establece el Reglamento de la Ley 30255, sobre contrataciones del Estado, cuyo artículo 162 dispone:

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto vigente}}{F \times \text{Plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.

⁸ Art. 1.

⁹ Art. 165 del Reglamento del Decreto Ley 1017.

¹⁰ Art. 162.5 del Reglamento de la Ley 30255.

b.2) Para obras: $F = 0.15^{11}$.

Una de las características de la regulación actual de esta multa, con relación a aquella establecida en el Reglamento del Decreto Ley 1017, es haber derogado el monto máximo de imposición “equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse” (art. 165)¹², precisando también aspectos inexistentes en la reglamentación anterior. Así se ha aclarado que “[t]anto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso”, como también hipótesis de imposibilidad de cuantificar el monto de la prestación retrasada –supuesto en el cual “la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse” (arts. 162.2 y 162.3 del Reglamento)–.

Referencias

Canales Gil, Álvaro (2022): Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: enfoque científico – práctico. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Le moniteur (2001): Marchés publics Une sanction pour les entreprises : la mise en régie des travaux. Disponible en internet: <https://www.lemoniteur.fr/article/marches-publics-une-sanction-pour-les-entreprises-la-mise-en-regie-des-travaux.156839>.

Soler, Israel y Jiménez, William (2008): La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras, Revista Civilizar, vol. 9, núm. 16.

Waline, Jean (2018): Droit administratif. Paris: Dalloz.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)

¹¹ Tal fórmula puede ser exceptuada conforme al art. 162.4 del Reglamento de la Ley 30255.

¹² No obstante, el art. 50.4 de la Ley 30255 define a la multa como: “un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la oferta económica o del contrato”.