

## CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS DEL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA: EL DERECHO AL PRECIO Y A SU PAGO EN LA FORMA CONVENIDA

Allan R. Brewer-Carías

### I. EL DERECHO AL PRECIO Y A UNA FORMA DETERMINADA DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA Y LAS MODALIDADES DEL RESARCIMIENTO DEBIDO POR LA ADMINISTRACION EN CASO DE RETARDO EN EL PAGO

Es indudable que en general, en los contratos de obra pública, como contratos a título oneroso<sup>1</sup>, la ventaja que trata de procurarse el contratista de la Administración, equivalente a la construcción por su cuenta y riesgo de una obra, es el precio de la obra pactado en el contrato. El precio es, así, el más importante de los derechos del cocontratante, y aparece como uno de los elementos primarios que llevan al particular a celebrar el contrato. Desde el punto de vista contractual, además, el precio es un elemento esencial del contrato de obra pública que constituye la obligación principal de la Administración y el *derecho fundamental* del contratista a percibirlo por la ejecución de la obra, según las condiciones del contrato.

#### 1. *La modalidad del pago a cuenta*

En materia administrativa, en principio, y de acuerdo al principio financiero tradicional, los pagos sólo pueden ordenarse respecto de "servicios o gastos ya efectuados y comprobados". Así lo prevé el artículo 198 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en el cual se establece que "Ningún pago autorizado puede ordenarse por cuenta del Tesoro Nacional, sino para satisfacer un servicio o gasto ya efectuado y comprobado".

Por supuesto, un principio tan rígido obligaría en materia de contratos de obra pública a estipular como única forma de pago, la del pago global y alzado, al finalizar la ejecución de la obra y comprobarse efectivamente el gasto, lo que ha provocado la introducción legislativa de excepciones a dicho principio hacendístico. Como lo destacó desde hace décadas Gaston Jèze,

"Si se interpretase rigurosamente el principio contable del *pago después del servicio prestado*, en caso de que se trate de grandes obras públicas que duran varios años, la Administración correría el riesgo de no hallar empresario que tenga disponibilidades suficientemente considerables para esperar durante mucho tiempo su liquidación, máxime si se tiene en cuenta que la ejecución de los trabajos exigiría fondos enormes: materiales, maquinarias, salarios, etc. En todos los casos, la Administración sufriría el efecto de las dificultades económicas del empresario, en forma de aumento de los precios del contrato"<sup>2</sup>.

1. Art. 1.135 CC.

2. Véase G. Jèze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo V (Teoría General de los contratos de la Administración, Segunda parte), Buenos Aires 1950, p. 277.

En similar posición expuso M. André Flamme la situación comparada en materia de contratos de obra pública en 1956:

“Todos los países conocen, parece, *el principio fundamental de la contabilidad pública en virtud del cual los pagos no pueden ser realizados más que sobre justificación de un servicio realizado*. De lo que resulta que, en ausencia de estipulación contraria, la regla es el *pago único* después de la terminación de las obras.

Sin embargo, es muy probable que una interpretación rigurosa de este principio hubiese hecho correr el riesgo a la Administración, en el caso de grandes obras públicas que se realizan durante varios años, de no encontrar empresario disponiendo de recursos bastante considerables para atender tanto tiempo su arreglo cuando la realización de las obras habría necesitado la inversión de grandes fondos (materiales, utillaje, salarios, gastos generales, etc.).

Evidentemente, la Administración no habría dejado de sufrir la repercusión de las dificultades de tesorería del empresario bajo la forma de aumento de precios del contrato y esta consideración le ha incitado a conciliar la *regla fundamental antes citada con una entrega más rápida y más regular de las cantidades debidas a sus contratantes en razón de los servicios realizados*, aunque fuesen parciales”<sup>3</sup>.

Precisamente para suavizar la regla fundamental hacendística del pago después del servicio prestado, el mismo Jèze destacaba a principios de este siglo dos sistemas en materia de contratos de obra pública: el de anticipos y el de pagos a cuenta, mediante los cuales la Administración no tiene que esperar que la obra esté completamente terminada para entregar dinero al contratista<sup>4</sup>. Precisamente, entre las excepciones legales al principio hacendístico venezolano del artículo 198 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, de que no puede ordenarse pago alguno sino para satisfacer un servicio o gasto ya efectuado y comprobado, están “los adelantos a los administradores, contratistas o empresarios de trabajos u obras que se ejecuten por cuenta de la Nación”.

De acuerdo a esta excepción, por tanto, y como lo captó el mismo Jèze, “para facilitar al empresario la gestión financiera de su empresa”<sup>5</sup>, es normal en los contratos administrativos de obra pública el establecimiento de una modalidad de pago mediante anticipo y pago a cuenta por obra ejecutada que M. A. Flamme ubica como una modalidad de financiamiento administrativo de los contratos de obra pública<sup>6</sup>. Conforme a esta modalidad, si bien desde el punto de vista jurídico la indivisibilidad de la obra pública permanece contable y financieramente hablando, sin embargo, a los efectos del pago, la obra se va dividiendo en partes, para justificar los pagos parciales. En este sentido, en las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras que siempre ha utilizado la Administración Pública en Venezuela, y que se recogieron por primera vez en un acto administrativo de efectos generales, adoptado unilateralmente, como la Resolución Nº 388 del Ministerio de Obras Públicas de 26 de agosto de 1975<sup>7</sup>, se estableció como modalidad o forma de pago<sup>8</sup>, la siguiente (cláusula 11-01):

3. Véase Maurice-André Flamme, “Los Contratos de Obras Públicas de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 21, Madrid 1956, p. 87.

4. *Op. cit.*, pp. 277 y ss.

5. *Op. cit.*, p. 278.

6. Véase Maurice-André Flamme, “Los Contratos de Obras Públicas de la Administración”, *loc. cit.*, p. 90.

7. *Gaceta Oficial* Nº 30.786 de 4-9-75.

8. Lo que se ha seguido estableciendo, con posterioridad, en el Decreto Nº 2.189 de 7-6-77, en *Gaceta Oficial* Nº 2.089 Extraordinario de 28-9-77; y en el Decreto 1.802 de 20-1-83, en *Gaceta Oficial* Nº 3.111 Extraordinario de 18-3-83.

- a) Un porcentaje del precio convenido, en calidad de *Anticipo*...
- b) El saldo, mediante *adelantos de parte del precio de la obra*, contra presentación de valuaciones de obra ejecutada, debidamente comprobada por el Ingeniero Inspector, conformadas por éste y por su supervisor inmediato...
- c) El monto de las retenciones...

Además, las mencionadas Condiciones Generales (cláusula 12-01) establecían la posibilidad de que la Administración, cuando lo juzgare conveniente, podía adelantar alguna cantidad de dinero al contratista en calidad de Anticipo Especial. Estas cláusulas, constituyen cláusulas contractuales, pues forman parte del contrato y, por tanto, son ley entre las partes, razón por la cual, como lo afirma Jèze al referirse a ellas, "el juez sólo tiene que aplicar la común intención de las partes"<sup>9</sup>.

## 2. El derecho del contratista a la modalidad de pago

Es evidente que cuando se suscribe un contrato de obra pública, en el cual se establece una determinada forma o modalidad de pago, el contratista no sólo tiene derecho al precio pura y simplemente, sino que también tiene derecho a que el pago se realice en la forma convenida, y tanto el uno como el otro aspecto forman parte del principio de la intangibilidad del precio en los contratos administrativos.

En cuanto a los contratos de obra pública, la forma de pago con anticipo y a cuenta, en realidad viene a constituir un derecho adicional del contratista, de recibir financiamiento para la ejecución de la obra. Por ello puede decirse que la forma de pago en los contratos de obra pública no es una obligación más sin importancia ni efectos de la Administración, sino que en realidad forma parte del "equivalente económico" del contrato.

En efecto, como lo ha destacado J. L. Villar Palasí, además del principio del equivalente económico, "hay que señalar una segunda vía mediante la cual la Administración trata de *aliviar financieramente* al contratista del peso que la cuantía económica de los contratos administrativos de obras y servicios supone para él y de los perjuicios e inseguridades que la desigualdad de las partes, propia del contrato administrativo, puedan ocasionarle. Lo cual no es, en fin de cuentas, sino un *sistema de compensaciones indirectas* por su colaboración subordinada en la consecución de fines públicos"<sup>10</sup>. Esta apreciación lleva a este autor a estudiar la teoría del pago y, en concreto, a las técnicas de pago a cuenta y anticipos, propias del contrato de obra pública, que están inspiradas por la misma finalidad del equivalente económico y que "*son una vía indirecta de remuneración económica por la ayuda financiera que para el contratista suponen*"<sup>11</sup>.

Por tanto, forma parte del equivalente económico del contrato, tanto el precio en sí mismo como los beneficios financieros derivados de la forma de pago a cuenta.

En tal sentido es ilustrativa la opinión de José Roberto Dromi:

"El precio del contrato *debe ser pagado en el lugar, en el tiempo, en la forma y en las condiciones* que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior, y la observancia de estas circunstancias sirve también a mantener su real intangibilidad.

El contratante es un *empresario*, económicamente hablando, y corre con las áleas de su empresa: ganancia o pérdida. Antes de contratar ha hecho sus cálculos sobre *la base de la remuneración consignada en el contrato. Cuenta legítimamente con que esta remuneración se le pagará íntegra y puntualmente. La*

9. *Op. cit.*, p. 281.

10. Véase J. L. Villar Palasí, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid 1969, p. 228.

11. *Idem*, p. 229.

*regularidad y oportunidad del pago* previsto (en el contrato) se constituye en un presupuesto vital del mismo..."<sup>12</sup>.

Por tanto, cuando en el texto mismo del contrato se establece una modalidad de pago, ella es parte esencial del contrato y, por tanto, de los derechos y obligaciones de las partes: el contratista tiene derecho al precio y a que éste se pague en la forma y modalidad prevista en el contrato; y la Administración, igualmente, no sólo tiene una obligación pura y simple de pagar una suma de dinero, sino de pagarla en una oportunidad u oportunidades determinadas en el contrato.

### 3. *La obligación de la Administración de cumplir la modalidad de pago*

En esta forma, tanto el precio como sus modalidades de pago forman parte de las ventajas financieras del contrato establecidas en favor del contratista, las cuales son intangibles y deben ser inmutables. Eloy Lares Martínez, por ejemplo, ha señalado que la facultad de modificación unilateral "no puede ejercerse con respecto a las ventajas financieras establecidas en el contrato en provecho del contratista. Los derechos patrimoniales del contratista deben respetarse y, por lo tanto, son intangibles"<sup>13</sup>.

Por tanto, cuando en un contrato de obra pública, además del precio, se establece una forma de pago por anticipos y a cuenta, contra valuaciones de obra, la Administración tiene una obligación adicional que debe cumplir.

En estos casos, Gaston Jèze advertía lo siguiente:

"En esta hipótesis, la Administración debe cumplir, y no puede invocar la falta de fondos disponibles, ni ciertas imperfecciones poco importante de la obra.

La Administración debe cumplir el contrato de buena fe. *El empresario no está obligado a ser* banquero de la Administración. Los pagos a cuenta se han estipulado para permitir que el empresario no tenga que hacer demasiados adelantos de fondos.

Los atrasos o la negativa a efectuar los pagos a cuenta prometidos, constituyen una violación del contrato, que puede servir de elemento, junto con otras faltas de la Administración, para una demanda de rescisión del contrato"<sup>14</sup>.

Tal como lo establece el Código Civil en su artículo 1.160, "los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley". Los contratos de obra pública, como lo afirman los Profesores de la Universidad del Zulia, Nectario Andrade Labarca, Humberto J. La Roche y Carlos Delgado Ocando:

"son celebrados *bona fide* y, como tal, la Administración Pública no podría prevalerse de su *ius imperii* para imponer al contratista condiciones de excesiva onerosidad ni mucho menos enriquecerse a su costa, conforme al principio jurídico latino *nemo locupletori debet cum aliena jactura* de indiscutible vigencia en materia contractual pública o privada; pero también es cierto que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (art. 1.264 del Código Civil)..."<sup>15</sup>.

12. Véase José Roberto Dromi, "Régimen de pago en el contrato de obras públicas", en *Jurisprudencia Argentina*, Nº 5.113, agosto 29 de 1979, p. 4.

13. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Caracas 1983, p. 335.

14. *Op. cit.*, Tomo V, pp. 282 y 283.

15. Véase en el estudio "Imprevisión en los Contratos de Obra Pública", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad del Zulia, Nº 26, Maracaibo 1969, pp. 73 y 74.

4. *La obligación de la Administración de pagar daños y perjuicios en casos de incumplimiento de las modalidades de pago*

En base a lo anterior, por tanto, es evidente que la Administración en los contratos de obra pública está obligada no sólo a pagar un precio sino a efectuar los pagos en la forma estipulada en el contrato. No se trata, por tanto, de una sola y pura obligación de dar, que tiene por objeto una cantidad de dinero, sino además, de una obligación de hacer, es decir, de pagar en una oportunidad determinada. De acuerdo al artículo 1.264 del Código Civil:

“Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención”.

Por tanto, en caso de incumplimiento de la Administración de sus obligaciones contractuales de pagar el anticipo, previa presentación de fianza, y las valuaciones de obra ejecutada contra presentación de las mismas, el cocontratante puede reclamar los correspondientes daños y perjuicios, los cuales no se reducen a los solos intereses de mora en base a lo previsto en el artículo 1.277 del Código Civil, conforme al cual:

“A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales”<sup>16</sup>.

En efecto, en virtud de que la obligación establecida en los contratos de obra pública a cargo de la Administración no sólo tiene por objeto pura y simplemente “una cantidad de dinero”; como podría ser una deuda de dinero proveniente de un contrato de mutuo sino que, además de estar destinada a cancelar una obra, tiene por objeto efectuar un pago en un tiempo y oportunidad precisamente determinados en el contrato, cabe concluir que el artículo 1.277 del Código Civil no resulta ser la norma aplicable para la determinación de los daños y perjuicios, en caso de retraso en los pagos debidos por parte de la Administración.

Este, por ejemplo, ha sido el criterio de André de Laubadère cuando, al referirse a lo que denomina “dommages-intérêts compensatoires”, expresó:

“El retardo injustificado del pago de sumas debidas por la Administración es susceptible de abrir un derecho del cocontratante, aparte de los intereses moratorios, a daños-intereses compensatorios; pero ello es así bajo dos condiciones:

En primer lugar, es evidente que el cocontratante no puede pretender acumular intereses moratorios e intereses compensatorios sino cuando el perjuicio que ha realmente sufrido no se cubre satisfactoriamente con los primeros; en otros términos si el perjuicio derivado del retardo en los pagos ha excedido, de hecho, las consecuencias de la sola privación de capitales durante la duración del retardo.

Pero esta primera condición no es suficiente. Es necesario, además, que el retardo de la Administración en efectuar el pago haya sido el resultado por su parte de una “mala voluntad” caracterizada, de manera que una falta grave pueda ser establecida a cargo de ella”<sup>17</sup>.

16. Conforme al artículo 1.746 del Código Civil, dicho interés legal es el 3% anual.

17. A. de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tomo I, París 1970, pp. 83 y 84. En la edición de la obra del Profesor de Laubadère, a cargo de los profesores Frank Moderne y Pierre Devolvé, de 1983, se enumeran decisiones del Consejo de Estado en las cuales se precisa que para que esa segunda condición se satisfaga, es necesario “una mala fe sistemática de la Administración”, una “mala voluntad sistemática” o “negligencias graves o mala voluntad”. Véase André de Laubadère, Frank Moderne y Pierre Devolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo 1, 2ª edición, París 1983, p. 786.

El mismo principio ya lo había destacado el propio Gastón Jèze a principios de siglo, en la siguiente forma:

“No obstante, el contrato de obras públicas es un contrato de buena fe. La Administración ha dado a conocer la intención de hacer pagos a cuenta. Esta intención puede ser obstaculizada por eventos imprevistos. En este caso, los atrasos en los pagos a cuenta representan inconvenientes o riesgos normales de las empresas de obras públicas, que han debido tenerse en cuenta en el momento de la adjudicación (Informe de la Comisión extraparlamentaria encargada por Decreto del 12 de octubre de 1895, de examinar el conjunto de las cuestiones que interesan a las adjudicaciones públicas: «los atrasos en el pago son siempre muy cortos y no exceden de dos o tres meses; prácticamente sólo se presentan en el primer período del año, que es el menos activo para los talleres y provienen del hecho de que los impuestos tardan cierto tiempo en recaudarse. Estos atrasos constituyen uno de los áleas de la empresa y deben tenerse en cuenta para la apreciación de la rebaja. Pero no es preciso que una *falta* de la Administración venga a agravar el perjuicio sufrido por el empresario a consecuencia de este álea. Si puede suministrarse la prueba cierta de la existencia de una *falta*, de la *mala intención* de la Administración, hay allí una álea excepcional; el Juez del contrato podrá tomar en consideración la demora en la entrega de los pagos a cuenta.

En caso de mala intención, existe la falta que compromete la responsabilidad de la Administración. El juez del contrato goza de amplios poderes para la apreciación de esta falta.

En principio, la falta de la Administración justifica simplemente una demanda de daños e intereses”<sup>18</sup>.

Por tanto, en materia de ejecución de contratos de obra pública, al no circunscribirse la obligación de la Administración pura y simplemente al pago de un precio por una obra concluida, sino a efectuar un anticipo y pagos parciales contra valuaciones de obra ejecutada, en la forma y oportunidad establecida contractualmente, los daños y perjuicios causados al contratista por la modificación unilateral de esas modalidades de pago por parte de la Administración, no se pueden circunscribir a los intereses legales como si se tratase, pura y simplemente, de una obligación que tiene por objeto una cantidad de dinero de acuerdo al artículo 1.277 del Código Civil; sino que estos daños y perjuicios por el incumplimiento, no de la obligación de pago, sino de la obligación de hacerlo en momentos precisos, tienen su fundamento más bien en los artículos 1.160 y 1.264 del propio Código Civil y por tratarse de un contrato de la Administración, en el principio del equilibrio económico del contrato que la Administración debe respetar y restablecer cuando se rompe por actos de ella misma, por actuaciones que le son imputadas.

18. Véase, *op. cit.*, Tomo V, pp. 287 a 289, y los casos citados en Nota Nº 472, pp. 283 y Nota 480, p. 288.

## II. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO O ECUACION FINANCIERA DEL CONTRATO Y LOS EFECTOS DE SU RUPTURA POR EL RETARDO EN LOS PAGOS DEBIDOS POR LA ADMINISTRACION

### 1. *El derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato*

En efecto, es un principio aceptado por la doctrina y jurisprudencia venezolanas, el que en los contratos administrativos, además de las obligaciones y derechos establecidos en el texto del contrato, el contratista tiene derecho al mantenimiento de la ecuación o equilibrio económico del contrato en caso de ruptura de la misma, por causa de la Administración, imprevista al momento de suscribirse el contrato y, consecuentemente, que la Administración tiene la obligación de preservar dicha ecuación y restablecerla en esos casos, mediante una justa indemnización al contratista.

En sentencia muy conocida de la antigua Corte Federal y de Casación de 9 de marzo de 1939, en efecto, el Supremo Tribunal estableció que en los contratos administrativos, éstos implican:

“las seguridades que el Estado otorga a los concesionarios, a fin de que arriesguen la inversión de sus capitales contando con ciertas condiciones de equilibrio financiero para sus empresas”, por lo cual una “regla de índole contractual” en dichos contratos, es “la obligación implícita para el Estado concedente de no alterar ese equilibrio”, considerando, además, que “es tan racional la obligación de mantener ese equilibrio financiero” que procede “aun tratándose de reformas de la ley en la parte puramente reglamentaria o estatutaria de ésta, no obstante el derecho con que el Estado o el Legislador proceden en esas reformas de lo contractual”<sup>19</sup>.

En particular, la Corte ha reconocido expresamente este derecho del contratista de la Administración en ser indemnizado frente a la ruptura de la ecuación económica del contrato, cuando ésta se ha originado en el ejercicio de los poderes de la Administración de modificar los contratos, particularmente los de obra pública, y como una contrapartida de ello. En sentencia del 5 de diciembre de 1944, la antigua Corte Federal y de Casación, en efecto estableció lo siguiente:

“El ejercicio de un derecho no es un hecho culposo ni tampoco puede fundarse en él ningún alegato de incumplimiento. En el contrato administrativo de obra pública, como en todos los que interesan a un servicio público, la parte representada por la Autoridad Administrativa no está obligada inflexiblemente por la regla de Derecho Privado de la intangibilidad de los contratos; sin necesidad de acuerdo previo con la otra parte, tiene el derecho de introducir modificaciones en el plan de la obra, en sus planos, en los medios de ejecución y en ésta misma, aumentándola o disminuyéndola dentro de ciertos límites que no la desnaturalicen, y aun desistir de ella. Esta enumeración no es taxativa, pues todo depende de las necesidades del servicio público y de la diversidad de los motivos, contingentes en todo caso, que hayan surgido después de firmado el contrato, y que obliguen a introducir algunos cambios, omitir determinadas partes secundarias, o accesorias, diversificar algunos medios o formas de ejecución...”.

“...Es característica de los contratos de obras públicas el que debiendo predominar el interés nacional, puede y aun debe la Administración respectiva introducir reformas en la obra misma y en sus medios de ejecución, en el curso

19. Véase en *Memoria de la Corte de 1940*, Caracas 1941, Tomo I, pp. 342 a 350.

de ésta, con obligación, sin embargo de compensar o resarcir los perjuicios que de ello se deriven para la otra parte contratante”<sup>20</sup>.

El mismo criterio lo sostuvo la antigua Corte Federal en sentencia de 12 de noviembre de 1954, en la cual al referirse a los poderes de rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos, expuso lo siguiente:

“Mas la extrema flexibilidad que caracteriza a los contratos administrativos en relación con la facultad de la Administración para rescindirlos administrativamente o para introducir en ellos modificaciones cuando así lo exija el interés general, no la exime de una manera absoluta, de indemnizar al cocontratante, cuando para éste, sin su culpa, se han derivado perjuicios de la rescisión o cuando dada la naturaleza de las modificaciones introducidas, se ha llegado a una alteración sustancial del contrato y, desde luego, a un cambio sensible en la ecuación económica del mismo. La indemnización en esos casos, como cuando se trata de una expropiación por causa de utilidad pública, es lo conforme con la justicia y la equidad”<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, la Procuraduría General de la República, en dictamen de 27 de septiembre de 1966, al considerar una reclamación formulada por un particular en base al principio del equilibrio financiero del contrato administrativo y estimar que en los contratos administrativos las partes actúan como colaboradores en pro del interés general que el contrato persigue, sostuvo lo siguiente:

“Este principio, denominado por otros autores «elemento de asociación», significa que en todo contrato administrativo existe, expreso o tácito, un derecho del contratista a un cierto equilibrio económico-financiero del contrato, y que la prerrogativa de la Administración, fundada en los requerimientos del interés general, de modificar unilateralmente, dentro de ciertos límites, los contratos administrativos en el curso de la ejecución de los mismos, halla su contrapartida en el derecho del contratista a una indemnización, siempre que la modificación introducida le imponga obligaciones nuevas que rompan el equilibrio financiero del contrato”. El “elemento de asociación”, así definido, encuentra su expresión práctica en dos teorías elaboradas por la jurisprudencia francesa: la del *hecho del príncipe* y la de la *imprevisión*.

Según la teoría del hecho del príncipe, cuando el Poder Público (el Príncipe) hace más onerosas, *por hecho propio*, las condiciones de ejecución de contrato, puede ser obligado a indemnizar al cocontratante (Rivero, Jean: *Droit Administratif*, Daloz, 1965, p. 112). En el caso en estudio, se trata, en efecto, de una medida (anulación de un artículo de una ley formal), emanada del Poder Público (por órgano de la Corte Suprema de Justicia), que aparentemente hace más gravosa la situación de B. de V., S.A., en cuanto lo priva de una ventaja estipulada en el contrato y que ha debido influir notablemente en su asentimiento a las restantes condiciones del mismo. Sin embargo, al subrayar la frase “por hecho propio” este Despacho ha querido destacar que, para que funcione la teoría aquí analizada, el desmejoramiento de la posición económica del contratista ha de provenir de una medida que sea imputable al Estado, es decir, atribuible a su voluntad o a su falta: No hay lugar al pago de la indemnización sino en caso de que el hecho invocado haya ocasionado

20. Véase en *Memoria de la Corte de 1944*, Caracas 1945, Tomo I, p. 290 y p. XXXVII.

21. Véase en *Gaceta Forense*, Nº 6, 2ª etapa, Vol. I, p. 204.

un perjuicio, y pueda ser imputado a la entidad administrativa que ha celebrado el contrato <sup>22</sup>.

Por otra parte, la doctrina nacional ha sido unánime en aceptar este principio del equilibrio económico del contrato y la obligación de su restablecimiento en caso de ruptura por acciones de la Administración. Así, Eloy Lares Martínez ha señalado que:

“La doctrina que confiere a la Administración el poder de modificación unilateral de los contratos administrativos, procura conciliar el interés general de la comunidad con el interés privado del contratista. Por eso, ha consagrado el derecho del contratista a ser indemnizado íntegramente por el aumento de gastos que resulte de las innovaciones introducidas por la Administración. Tales innovaciones causan la ruptura del equilibrio financiero del contrato y, por ello, es necesario que la Administración efectúe la compensación pecuniaria que sea menester para el restablecimiento de ese equilibrio... Por otra parte, el contratista tiene derecho de reclamar de la Administración indemnizaciones pecuniarias, en vista de los hechos que ocasiona la ruptura del equilibrio financiero del contrato. En efecto, en vista de que las prerrogativas de la Administración colocan al contratista en una situación de inseguridad, la doctrina administrativa ha elaborado, como contrapartida, el principio del equilibrio financiero o de la ecuación financiera de los contratos administrativos. Se considera que en todo contrato administrativo existe, expreso o implícito, un derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato... Cuando en ciertas condiciones el equilibrio financiero inicialmente considerado se ha roto en daño del contratista, éste tiene derecho a que dicho equilibrio sea restablecido por la Administración, mediante el pago en dinero de la correspondiente indemnización... Las indemnizaciones a que puede tener derecho el contratista pueden derivar de diversas causas, tales como el incumplimiento de la Administración de ciertas obligaciones contractuales, generador de daños al contratista...” <sup>23</sup>.

En sentido coincidente, en otro lugar hemos sostenido que:

“En el momento de la conclusión del contrato, cada parte ha evaluado lógicamente las cargas y ventajas del mismo, y si contratan, es porque han estimado que entre esas cargas y esas ventajas hay un equilibrio aceptable. Si una de las partes se ha equivocado en su cálculo y tiene pérdidas, por eso no tiene, por supuesto, derecho a indemnización alguna. No debe confundirse el derecho al equilibrio financiero del contrato con un supuesto derecho a recibir determinados beneficios, al contrario, se trata simplemente de un derecho a que se mantenga en el curso de la ejecución del contrato una equivalencia entre las ventajas y las cargas que el mismo conlleva para el cocontratante, en la misma forma o medida como había sido calculada, exactamente o no, en el momento de la conclusión del contrato... Entonces, el contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene el derecho, inherente a todo contrato administrativo, al mantenimiento del equilibrio del mismo y, por tanto, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato, cuando la mutación le causa perjuicios, sea que la modificación provenga de un acto de la propia Administración Pública de modificación o rescisión unilateral sin culpa del co-

22. Véase en *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1966*, Caracas 1967, pp. 75 y 76, donde además se cita a E. Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, p. 220.

23. Véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., pp. 335 y 338.

contratante; sea de modificación surgida en la ecuación económica proveniente de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes, hechos económicos, naturales o actos de autoridad pública distinta de la Administración contratante”.

Ahora bien, y éste es el efecto esencial del equilibrio económico del contrato y del derecho a la inmutabilidad del mismo: el cocontratante de la Administración tiene derecho a recibir de la Administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo<sup>24</sup>.

## 2. *El derecho a indemnización por la modificación unilateral de las modalidades de pago*

Ahora bien, es evidente que el retardo en los pagos debidos en un contrato de obra pública, cuando están estipulados pagos a cuenta en forma precisa en el contrato, constituye una modificación unilateral introducida por la Administración que rompe el equilibrio económico del contrato, en perjuicio del contratista, quien para ejecutar la obra debe entonces asumir gastos financieros no previstos, por causas que no le son imputables, sino que son obra de la propia Administración.

En este sentido es claro el comentario del Profesor José Roberto Dromi al hablar de la “oportunidad del pago y estabilidad contractual”:

“El contrato administrativo implica para el cocontratante, en tanto cumpla, una situación de estabilidad, económica y jurídica. Tal situación es tenida en cuenta en la *oferta y celebración del contrato* como derecho dado al mantenimiento del equilibrio económico financiero durante su ejecución. Todo ello por concebirse al contrato público como un instrumento en el cual se compatibilizan los intereses de la Administración (que satisface el interés público) y el del particular (que persigue un beneficio inicialmente calculado). *La oportunidad del pago, en el tiempo convenido o unilateralmente fijado por el Estado en el pliego de condiciones, es un presupuesto de la ecuación o equilibrio financiero en el contrato administrativo. El cocontratante busca su interés financiero, y precisamente tiene derecho a que se le asegure ese beneficio, con el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera.* Es una aplicación del principio de la “intangibilidad de la remuneración del contratista”. En otros términos, *sin pago oportuno no hay ecuación financiera*; por ello, el derecho arbitra los sucedáneos legales para reparar la inoportunidad en el pago...”<sup>25</sup>.

En definitiva, forma parte de los elementos intangibles del contrato de obra pública, tanto el precio como las obligaciones a cargo de la Administración en cuanto a la forma y oportunidad del pago, por lo que el incumplimiento de las mismas, que se traduce en una ruptura de la ecuación económica del contrato, dan derecho al contratante a ser indemnizado “conforme con la justicia y la equidad” como lo afirmó la antigua Corte Federal en la mencionada sentencia de 12 de noviembre de 1954<sup>26</sup>.

24. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un contrato administrativo por una ley declarada nula por inconstitucional”, en *Cuadernos de Derecho*, Universidad de Los Andes, Nº 2, Mérida 1976, pp. 10 y 11. Véase asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, pp. 204 y ss.

25. Véase José Roberto Dromi, “Régimen de pago en el contrato de obras públicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, cit., p. 6.

26. *Loc. cit.*, p. 205.

3. *La predeterminación de los daños y perjuicios en la Legislación y en las cláusulas contractuales en base a intereses de mora*

Ahora bien, esta indemnización por los daños y perjuicios causados por la modificación unilateral de la oportunidad y forma de pago, en algunas legislaciones como la Argentina y en las cláusulas de Condiciones Generales de los contratos, como sucede en España, a veces se predetermina tomando como base el pago de intereses. Esto es lo que también ha sucedido en nuestro país, en los contratos de obra pública, en las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras adoptadas por Decreto N° 2.189 de 7 de junio de 1977<sup>27</sup>, en las cuales se reguló por primera vez un lapso de pago de las valuaciones y la cláusula de pago de intereses moratorios por retraso en el pago. En el artículo 71, de dicho Decreto, en efecto, se establece lo siguiente:

Artículo 71. En un plazo de noventa (90) días, o en el plazo que se hubiere establecido en el Documento Principal, siempre que éste fuere mayor, contados uno u otro a partir de la fecha de presentación de las valuaciones debidamente conformadas por el Ingeniero Inspector, a la correspondiente oficina receptora del ente público, deberá efectuarse el pago de las valuaciones al Contratista.

Cuando el pago no se hiciera en el plazo anteriormente fijado, y sólo a partir de su respectivo vencimiento, el ente público pagará al contratista, por el tiempo que dure el retraso en el pago, intereses a la tasa promedio de los bonos de la deuda pública interna colocados durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de pago de los intereses correspondientes.

Para que proceda el pago de los intereses aquí estipulados se requerirá que el monto de la valuación que los origina esté debidamente previsto en el Presupuesto del ente público, vigente para el momento de presentación de aquélla. A tales efectos, el ente público conjuntamente con el Contratista elaborarán un Cronograma de pago en el cual se indicarán el o los ejercicios presupuestarios en que se pagará la obra, con señalamiento expreso de la cantidad asignada a ese fin en cada uno de los ejercicios.

El referido cronograma de pago debidamente firmado por los contratantes, formará parte del contrato”.

Un artículo similar está contenido en el Decreto N° 1.802 de 20-1-83<sup>28</sup> que modificó el de 1977 relativo a las mismas Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras.

De ello resulta, en definitiva, que a partir de la vigencia del Decreto N° 2.189 de 1977 y en los contratos de obra pública celebrados con posterioridad al mismo, en los cuales dichas Condiciones Generales han pasado a formar parte de las cláusulas del contrato, la determinación del monto de la indemnización debida al contratista por el retraso en el pago de las obras, tiene una solución contractual traducida en el pago de los intereses moratorios.

En cambio, la situación en los contratos de obra pública celebrados con anterioridad a septiembre de 1977, y en particular, aquellos a los cuales se aplicaron las Condiciones Generales de Contratación para la ejecución de obras establecidas por Resolución N° 388 del Ministerio de Obras Públicas de 26 de agosto de 1975<sup>29</sup>, fue completamente distinta, pues en dichas Condiciones Generales sólo se estableció la oportu-

27. *Gaceta Oficial*, N° 2.089 Extraordinario de 1977.

28. *Gaceta Oficial* N° 3.111 Extraordinario de 18-3-83.

29. *Gaceta Oficial* N° 30.786 de 4-9-75.

tunidad de los pagos: el anticipo, al presentarse la fianza; y los pagos parciales contra presentación de las valuaciones aprobadas, sin que se predeterminara absolutamente nada para el cálculo de los daños y perjuicios que pudieran causarse al contratista por el incumplimiento de las modalidades y oportunidades de los pagos.

Por tanto, en ausencia de regulación contractual, en esos casos no podía sostenerse que sólo era aplicable, pura y simplemente, el artículo 1.277 del Código Civil destinado a las obligaciones "que tienen por objeto una cantidad de dinero", pues, como se ha señalado, la obligación de la Administración, conforme al equivalente económico del contratista, no es sólo el pago de un determinado precio, sino, además, satisfacer la ventaja económica que significa para el contratista el pago oportuno para el financiamiento de la obra, lo que le permite prescindir de los gastos de financiamiento no previstos al formularse la ecuación económica del contrato.

En esta forma, en los contratos de obra pública a los cuales se aplicaron las Condiciones Generales de Contratación establecidas en 1975, se estableció no sólo un precio global de la obra a ejecutar sino una determinada y precisa forma de pago: el anticipo al presentarse la fianza; y los pagos parciales, contra presentación de valuaciones aprobadas. Si en el curso de la ejecución de los contratos hubo retardo en los pagos, y el contratista, para poder obtener financiamiento para continuar la ejecución de las obras, tuvo que incurrir en gastos financieros, es evidente que ello significa una considerable y sustancial alteración del Contrato y de la ecuación económica del mismo. En esos casos el contratista debió soportar, por culpa de la Administración, gastos no previstos ni previsibles al momento de la firma del Contrato, razón por la cual tendría un indudable derecho a ser indemnizado "conforme con la justicia y la equidad" como lo ha dicho la Corte Suprema, por los perjuicios que realmente sufrió por concepto de gastos financieros, a los efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato; gastos que no pueden calcularse aplicándose una tasa de interés a cifras debidas durante determinado período de tiempo, sino considerando lo que efectivamente tuvo que pagar el contratista por la obtención del financiamiento requerido para continuar las obras a pesar del retraso en el pago por parte de la Administración.