

LOS LÍMITES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Federico CAMPOLIETI

Ante todo, quisiera agradecer la invitación recibida de parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM para participar en este Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Especialmente, agradezco a los doctores Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera, a quienes tuve el agrado de conocer en Buenos Aires hace ya algunos años.

El contrato administrativo es el tema a tratar en esta oportunidad. Hablar de contratos administrativos supone indirectamente referir a la teoría del contrato administrativo nacida en Francia a través de la creación jurisprudencial del Consejo de Estado, cuyos perfiles propios, contruidos a partir de modulaciones sucesivas de la matriz contractual del derecho común, han trascendido a otros ordenamientos jurídicos y suelen operar como telón de fondo de ciertas contrataciones que realiza el Estado.

El reconocimiento de la categoría de contratos administrativos, como especie dentro del género de contratos que celebra la administración y por oposición a los denominados contratos parcialmente regidos por el derecho privado, surgió originalmente en Francia para determinar la jurisdicción competente para entender en los conflictos derivados de ellos.

Fue así como, en sus orígenes, esta clasificación fue utilizada exclusivamente con fines jurisdiccionales, sin advertirse demasiadas diferencias de fondo en cuanto a las consecuencias jurídicas sustanciales de la adopción de una u otra jurisdicción.

En un primer momento los contratos eran considerados administrativos por expresa determinación legal, como ocurría con el caso del empréstito público. Era el legislador quien resolvía qué conflictos derivados de los contratos celebrados por el Estado se resolvían en la jurisdicción administrativa.

Posteriormente, la jurisprudencia fue ampliando el catálogo establecido por la ley para derivar a la jurisdicción administrativa aquellos contratos

vinculados con la prestación de un servicio público o aquellos que tuvieran las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho privado.

En efecto, en el *arrêt Thérond* de 1910, el Consejo de Estado francés entendió que el conflicto surgido a raíz de la inejecución o el incumplimiento de un contrato asimilable a un servicio público —en el caso, entre la ciudad de Montpellier y un particular con el fin de capturar y encerrar a los perros errantes y retirar de las calles a los animales muertos para asegurar la higiene y la seguridad de la población— debía ser resuelto por la jurisdicción administrativa en ausencia de norma expresa que atribuyera su conocimiento a otra jurisdicción. A partir de ese momento, cualquier conflicto nacido de un contrato que tuviera cierta vinculación con un servicio público se ventilaría en la jurisdicción administrativa.

Poco tiempo después, en los *arrêts Société des Granits Porphyroïdes des Vosges* de 1912 y *Société Générale d'Armements* de 1921, el Consejo de Estado admitió el criterio de la presencia de una cláusula exorbitante del derecho privado en el contrato como criterio también definidor de su competencia.

También con el transcurso del tiempo, en la medida en que se fueron perfilando los contornos del derecho aplicable a estos contratos, principalmente a partir del *arrêt Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-Lès-Rouen* de 1902, la distinción de jurisdicciones fue lentamente adquiriendo relevancia en el plano sustancial.

Así, el derecho aplicable al contrato empezó a diferir según se asignara el conocimiento de un determinado conflicto a la jurisdicción administrativa o a la jurisdicción civil.

Lentamente comenzaron a elaborarse reglas y principios propios de aplicación a la resolución de conflictos surgidos de los contratos que resolvía la jurisdicción administrativa, que se iban apartando de las reglas comúnmente aceptadas en el derecho civil.

La principal faceta sustantiva que devino de la adopción de la teoría del contrato administrativo fue la elaboración paulatina del denominado “régimen exorbitante” aplicable al contrato. A tal punto que, en la actualidad, la doctrina francesa moderna reconoce que la nota distintiva del contrato administrativo es, precisamente, el régimen jurídico de derecho público, por oposición al régimen contractual de derecho privado.

Dentro de lo que consiste este régimen exorbitante se suelen incluir verdaderos poderes jurídicos que detentaría la administración en el marco de los contratos administrativos que celebra, como por ejemplo, el *ius varian-*

di, el poder de control y dirección del contrato, la facultad de imponer penalidades al contratista, la prerrogativa de interpretar el texto del contrato y la posibilidad de decretar la caducidad, rescisión, rescate o terminación anticipada del contrato por razones de interés público, entre otros.

Este régimen jurídico diferenciado, que sustenta la teoría del contrato administrativo, coloca al Estado en una posición de supremacía respecto del contratista, a quien normalmente se lo denomina colaborador de la administración o se califica su posición como de subordinación.

Se entiende que esa subordinación o sujeción está dada por la naturaleza desigual de las partes de la relación jurídica. Pero no se trata de una simple desigualdad de hecho, sino de derecho, y su fundamento radica en la autoridad o el poder que detenta la administración. Más aún: se sostiene de manera general que no existen contratos administrativos en donde no juegue el principio de subordinación jurídica del contratista.

Esa desigualdad jurídica, sumada a los diferentes propósitos que persiguen las partes en la contratación —satisfacción del interés público por un lado y de una finalidad económica privada por el otro— alcanzaría para justificar, para la teoría del contrato administrativo, la aplicación de un régimen jurídico que no se sustenta en los principios de coordinación.

Esa diferencia de régimen jurídico no se advierte en culturas jurídicas en donde la teoría del contrato administrativo es desconocida. Tomemos el caso de los Estados Unidos, por ejemplo. El principio aceptado en materia contractual es que el Estado no goza de un régimen general que le reconozca prerrogativas de poder. Por el contrario, el Estado se somete a las mismas leyes y principios que rigen a los particulares en materia contractual.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ratificó en distintas épocas el principio de unidad de régimen jurídico del Estado y los particulares en materia contractual. En los casos *Cooke v. United States* de 1875 (91 U.S. 389), *United States v. National Exchange Bank of Baltimore* de 1926 (270 U.S. 527), *Lynch v. United States* de 1934 (292 U.S. 571), *United States v. Winstar Corp.* de 1996 (518 U.S. 839) y *Mobil Oil Exploration and Producing Southeast, Inc. v. United States* de 2000 (530 U.S. 604) se mantuvo inalterada la regla según la cual el Estado hace negocios en las condiciones en que se hacen negocios.

De esa manera, el Estado y el contratista se encuentran en un pie de igualdad determinado por el texto del contrato y las normas que se aplican en la contratación entre particulares.

Eso sucede no porque en esos casos el Estado no pueda incluir cláusulas en los pliegos de licitación o en los contratos que reconozcan prerrogativas que podríamos denominar exorbitantes y que protejan el interés público, lo que resultaría perfectamente válido y posible. Lo que no existe es un régimen jurídico cargado de prerrogativas exorbitantes que se encuentra al margen del contrato, pero que resulta de eventual aplicación a toda la contratación administrativa.

A mi juicio, ahí se encuentra el principal problema de la teoría francesa del contrato administrativo, que ha sido receptada —con diversos matices— en varios países latinoamericanos, como por ejemplo en Argentina, Chile y aquí en México, por mencionar solo algunos.

En realidad, el problema parte de la definición imprecisa de la categoría de contrato administrativo. Se sostiene que el contrato administrativo es aquel que celebra el Estado para satisfacer necesidades generales o perseguir fines públicos.

Desde esa perspectiva tradicional, los elementos esenciales que caracterizan a la figura son dos: el sujeto, que debe necesariamente ser una persona estatal que asume el carácter de parte en el contrato, y el objeto, identificado con la satisfacción de una necesidad pública, el cumplimiento de una finalidad pública o la vinculación a un servicio público.

La reunión de ambos elementos, es decir, el sujeto y el objeto, determina que el régimen jurídico exorbitante resulte aplicable al contrato. En definitiva, el régimen jurídico es una consecuencia de la presencia de los dos elementos esenciales de la figura.

Que una de las partes del contrato sea una persona estatal no es determinante del derecho aplicable, porque justamente el Estado puede celebrar contratos que se rijan por normas del derecho privado. Es necesario que el objeto consista en la satisfacción de un “fin público”, lo que sirve de parámetro para calificar al contrato como administrativo.

La expresión “fin público” o “necesidad general” como aspecto estructural del elemento objeto del contrato administrativo genera una ambigüedad. Es difícil determinar *a priori* si un contrato que celebra el Estado tiene por objeto la satisfacción de una necesidad pública o no.

Esa distinción es nítida en el caso de un contrato de obra pública —contrato administrativo— o en el caso de una locación de un inmueble del dominio privado del Estado —contrato regido parcialmente por el derecho privado—. Pero estos ejemplos de manual no permiten luego aplicar una

regla de distinción precisa para el resto de las contrataciones mixtas o complejas que celebra el Estado.

En muchos casos el Estado y el contratista celebrarán un contrato sin saber con certeza si dicho acuerdo persigue efectivamente lo que se considera una satisfacción de una necesidad general o un fin público, con lo cual ni el Estado ni el contratista tendrán en claro de antemano si ese contrato es administrativo o no y, en consecuencia, cuál es el régimen jurídico aplicable, lo que indudablemente genera inseguridad jurídica.

Por ejemplo, el Estado celebra un contrato donde resulta discutible si dicho acuerdo persigue la satisfacción de una necesidad general.

¿Podrá el Estado durante la ejecución del contrato ejercer una prerrogativa contenida en el régimen exorbitante?, ¿qué sucedería si el contrato originariamente no perseguía una finalidad pública, pero durante su ejecución cambian las circunstancias de hecho y su objeto se identifica con una necesidad general?, ¿puede el Estado en ese caso ejercer una prerrogativa del régimen exorbitante?

Es evidente que, en los casos que presenten dudas, no se sabrá con certeza cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato. Esa definición que debería naturalmente producirse al momento de la celebración del contrato, dependerá de un conflicto que se produzca entre el Estado y su contratista para que la calificación del contrato como administrativo o no quede supeitada a lo que diga un fallo judicial. Ello equivale a no saber hasta ese momento cuál es el derecho aplicable al contrato, porque los límites de la categoría del contrato administrativo son difusos.

Esta indeterminación que produce el criterio definitorio del objeto para calificar al contrato se despejaría si se estableciera taxativamente por ley qué contratos son considerados administrativos, junto con las prerrogativas generales aplicables a ellos.

De ese modo, se resolvería una parte del problema, porque se sabrían de antemano qué contratos son administrativos y, consecuentemente, se integran con el régimen exorbitante. Para los contratos que no resulten calificables como administrativos no serían de aplicación las potestades contenidas en el régimen exorbitante.

Quedarían sin resolver aquellas hipótesis de contratos mixtos o de dudosa nominación para la tipología que se establezca. Para ello, bastaría la interpretación que sugiriera que esos casos se encuentran fuera de la categoría de contratos administrativos en atención al carácter taxativo de la nominación legal.

En el derecho positivo argentino se eligió una solución diferente, porque el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado en el año 2001, estableció que toda contratación que celebre la administración nacional se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que se encuentra sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Si bien el régimen de contrataciones de la administración nacional recogió la posición tradicional en la materia, la fórmula finalmente adoptada es merecedora de críticas, por dos motivos.

En primer lugar, significa administrativizar todas las contrataciones que realiza el Estado, con lo cual el régimen jurídico aplicable a prácticamente todos los contratos será en definitiva el régimen exorbitante. En segundo lugar, no resuelve si resulta válido que en un contrato se especifique que el régimen aplicable es el derecho privado cuando tiene por objeto satisfacer una necesidad pública.

Una vez despejado el interrogante acerca de qué contratos resultan administrativos, tarea que no resulta sencilla, en la medida en que normativamente no se precise, el siguiente problema que presenta la teoría del contrato administrativo es delimitar qué se entiende por “régimen exorbitante”.

Se debe partir de la base de que si resulta difícil saber de antemano si el contrato es administrativo o no, esa incertidumbre se traslada naturalmente al régimen jurídico aplicable al contrato.

Dentro de la teoría del contrato administrativo, el régimen exorbitante constituiría una suerte de cúmulo de prerrogativas que se hallarían siempre presentes en todo contrato que sea calificable como administrativo aun cuando no surjan del texto o de la documentación contractual, como el *ius variandi*, el poder de dirección del contrato, la prerrogativa de interpretar el alcance de las cláusulas del contrato, la facultad de imponer sanciones, la rescisión unilateral por razones de oportunidad, etcétera.

Cada una de estas prerrogativas es conocida, siempre en el ámbito de la teoría, como una cláusula exorbitante implícita en todo contrato administrativo.

Las “cláusulas exorbitantes” son comúnmente definidas como aquellas cláusulas que de hallarse insertas en un contrato entre particulares serían nulas por violar disposiciones de orden público o como cláusulas meramente inusuales en los contratos de derecho privado.

En los *arrêts Stein*, de 1950, y *Compagnie des mines de Falimé-Gambie*, de 1958, el Consejo de Estado francés definió a las cláusulas exorbitantes

como las cláusulas que tienen por efecto conferir derechos a las partes o poner a su cargo obligaciones extrañas por su naturaleza a las que pueden ser libremente pactadas en el marco de las leyes civiles y comerciales.

En otra oportunidad, precisamente en el *arrêt Epoux Bertin*, de 1956, el Consejo de Estado se refirió a esas cláusulas como las que se fundan directamente en motivos de interés general.

Cláusulas que autorizan a la administración a actuar de oficio en la resolución de diferencias; cláusulas que reservan a la administración el derecho de exigir la devolución del personal a cargo del contratista; cláusulas que confieren a la administración el poder de controlar, dirigir y vigilar la actividad de su contratista, o bien imponerle obligaciones de acuerdo con el interés general; cláusulas que establecen el cobro de deudas por vía ejecutoria; cláusulas que establecen la regla inversa a la prevista en el derecho privado; son todas ellas ejemplos de cláusulas exorbitantes reconocidas como tales por la jurisprudencia francesa.

Aquí aparece otro problema de la teoría del contrato administrativo. Problema bastante complejo, porque se postula que ante la ausencia de un objeto que persiga una finalidad pública, la presencia de una cláusula exorbitante expresa torna administrativo al contrato.

Hay que notar que el concepto de cláusula exorbitante también presenta ambigüedades.

¿Cómo saber al momento de la celebración del contrato si una de sus cláusulas será pasible de ser declarada nula por un tribunal civil? ¿cómo determinar la infrecuencia de la utilización de similares cláusulas en los contratos regidos por el derecho privado?

En este punto, resulta criticable que por la mera existencia de una cláusula exorbitante inserta en el contrato, lo que sólo podrá determinarse judicialmente, resulten de aplicación el resto de prerrogativas que no fueron previstas al momento de contratar, pero que integran el denominado régimen exorbitante. Sin embargo, a esa conclusión llegó naturalmente el Consejo de Estado francés en el *arrêt Roudier de la Brille*, de 1967, por aplicación de incuestionables deducciones lógicas que se derivan de los propios principios aceptados por la teoría.

Con la aceptación de esa inteligencia, no sólo se obliga al contratista a realizar un minucioso examen de las probables exorbitancias en su contrato —de lo que nunca podrá estar seguro, aunque bastará que un tribunal entienda que una cláusula es exorbitante para justificar la aplicación de todo el régimen—, sino que los derechos y obligaciones que nacen del contrato

quedan inciertos frente a eventuales aplicaciones de un régimen que originalmente no fue previsto para regir ese contrato.

El problema se agudiza si se piensa que estas cláusulas exorbitantes “implícitas” serían invocables por el Estado no sólo ante el silencio del contrato, sino aun en contra de disposiciones contractuales expresas, porque se considera que las prerrogativas exorbitantes son irrenunciables para la administración. De esa manera, la teoría del contrato administrativo repugna la regla de la validez de las autolimitaciones administrativas.

Para despejar todas estas incertidumbres, creo que, desde el punto de vista sustancial, la noción de régimen jurídico de derecho administrativo aplicable a este tipo de contratos debería ser una expresión equivalente al cúmulo de normas que integran la figura al momento de perfeccionarse el acuerdo de voluntades, ya sea aquellas normas que se encuentran insertas en el texto del contrato o las normas que el contrato incorpora por referencia, así como las leyes y reglamentos vinculantes, que se encuentran vigentes al momento de la celebración del contrato.

De otro modo, los derechos y obligaciones nacidos del contrato carecerían de estabilidad y certidumbre, frente a eventuales incorporaciones de prerrogativas que no integran el acuerdo original.

Se trata de eliminar los efectos nocivos de la teoría del contrato administrativo que se identifican con un contrato que termina siendo mucho más de lo que es su texto y de evitar los interrogantes jurídicos que comúnmente se presentan durante la ejecución del contrato.

Si el contrato no remite al régimen exorbitante, ¿se aplica la norma que reconoce la prerrogativa o no? Si la prerrogativa fue reconocida sólo jurisprudencialmente ¿puede el Estado invocarla? Si expresamente el contrato autolimita el uso de prerrogativas de la administración, ¿es válida dicha cláusula? Si el contrato celebrado por el Estado se encuentra regido por el derecho privado ¿puede el dictado de un acto administrativo que incide en su ejecución transformar al contrato en administrativo o afectar los derechos y obligaciones del acuerdo originario?

Todos estos problemas prácticos se resolverían desconociendo virtualidad jurídica a las denominadas cláusulas exorbitantes implícitas, porque su reconocimiento impide definir *a priori* cuáles son los alcances de las relaciones jurídicas nacidas al amparo del contrato.

Naturalmente, hay contratos que el Estado celebra y que necesitan regirse por reglas distintas a la normativa general de contratación que rige a los

particulares. Pero en tales supuestos nada impide que el Estado incorpore expresamente al contrato —al momento de su celebración— aquellas prerrogativas necesarias para proteger el interés público perseguido sin contrariar las normas emanadas del Poder Legislativo en materia de contrataciones.

Tomemos como ejemplo la prerrogativa del *ius variandi*. La teoría del contrato administrativo admite el poder unilateral de la administración de imponer modificaciones al contrato administrativo por razones de interés público, aun en ausencia de una cláusula contractual que reconozca esa prerrogativa.

Se entiende que mientras en el campo del derecho privado ninguno de los contratantes puede alterar lo pactado sin un nuevo acuerdo de partes, en el contrato administrativo ocurre lo contrario: la administración no violaría ninguna regla de derecho cuando en el ejercicio de una “atribución propia” modifica las condiciones pactadas para la mejor satisfacción de las necesidades públicas. El fundamento de esta prerrogativa, ínsita en todo contrato administrativo, descansaría en la relación de subordinación que subyace entre las partes.

A pesar de la circularidad del argumento, el Consejo de Estado francés reconoció la prerrogativa general de modificación unilateral de los contratos administrativos en esos términos, a partir del *arrêt Compagnie Générale Française des Tramways* de 1910, señalando en el caso que la administración tenía derecho no sólo a aprobar los horarios de los trenes según la seguridad y la comodidad de la circulación —lo que se hallaba reconocido en las normas del servicio aplicables—, sino también a realizar las modificaciones y las adiciones necesarias para asegurar la normal prestación del servicio en función del interés público.

En realidad, ese razonamiento no puede sostenerse de manera general en la medida en que la prerrogativa del *ius variandi* no se encuentre incorporada al contrato, ya sea como cláusula que forme parte de su texto o de la documentación contractual, o que se halle reconocida en una ley previa de aplicación al acuerdo. Una ley o un reglamento dictado con posterioridad no tendría virtualidad para alterar el principio *pacta sunt servanda*, de plena vigencia en la contratación administrativa.

Sólo quedará, si el interés público lo exige, la posibilidad de expropiar los derechos contractuales del contratista, pero esto difiere de la posibilidad de reconocer una prerrogativa genérica de modificación unilateral que no integre el acuerdo entre partes.

Sin embargo, la teoría del contrato administrativo predica justamente lo contrario. El contrato administrativo carecería de la rigidez inmutable del contrato de derecho privado. Si el interés público, que constituye la causa del contrato, no puede satisfacerse por un cambio en las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta al momento de la celebración, la administración puede modificar el texto contractual de manera unilateral.

De ese modo, se entiende que el *ius variandi* es una regla inherente a la naturaleza del contrato administrativo, invocable aun en ausencia de norma expresa que lo consagre y que excluye el clásico principio de derecho privado según el cual, el contrato es la ley inmutable para las partes. Se parte de la idea de que la administración no puede quedar limitada en sus facultades de promoción del interés público por la vigencia de un contrato que deviene inadecuado. La inmutabilidad del contrato cede su lugar a la inmutabilidad del fin.

Pasemos al caso de las sanciones administrativas. Desde la teoría del contrato administrativo se señala que la administración tiene la prerrogativa de sancionar a su contratista por el incumplimiento de las obligaciones asumidas y como consecuencia de su superioridad jurídica. Este es considerado un verdadero poder disciplinario que no tiene como fin último castigar injustamente al contratista, sino asegurar la satisfacción concreta de la necesidad pública perseguida.

Adicionalmente, se sostiene que este poder de aplicar sanciones existe como principio general de la materia, no importando que el contrato guarde silencio al respecto. Más aún, si el contrato tipifica un esquema de eventuales sanciones al contratista, éste no será limitativo o exclusivo para la administración.

Se culmina el razonamiento realizando distinciones entre las sanciones administrativas —que reconocen como fundamento la posición de supremacía de la administración— y las cláusulas penales del derecho privado —más ligadas a la reparación automática de los daños y perjuicios por el incumplimiento—.

Pero, nuevamente, la teoría del contrato administrativo explica desde lo abstracto lo que no puede hacer desde la realidad, porque esta prerrogativa sancionatoria sólo podría tener validez en la medida en que el contrato o la ley aplicable expresamente la reconozca. El mismo criterio debería impear para el resto de las prerrogativas que integran del denominado régimen exorbitante.

Una mención especial merece la prerrogativa de la administración de interpretar el texto del contrato. Esta facultad, que integra el régimen exorbitante, permite a la administración dirimir en su sede las cuestiones dudosas que presente el texto contractual.

Esa prerrogativa no sólo extrae el conflicto interpretativo de su ámbito natural, es decir, el tribunal judicial, sino que contradice el principio comúnmente aceptado del derecho privado, según el cual, en caso de duda, la interpretación debe ser contraria a la parte que redactó la cláusula. De ese modo, la administración no sólo goza de la facultad de redactar los pliegos de bases y condiciones, conjuntamente con el texto del contrato que tiene como objetivo celebrar, sino que además tiene la facultad para determinar en su favor cualquier duda interpretativa que presente el contrato durante su etapa de ejecución.

La contrapartida del reconocimiento de las prerrogativas exorbitantes son las garantías que la teoría del contrato administrativo reconoce al contratista de la administración. Son garantías sumamente conocidas en cuanto a su nominación pero inciertas en cuanto a su contenido específico.

La garantía más trascendente que la teoría del contrato administrativo esgrime para equilibrar las prerrogativas contractuales de la administración es el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contratista. Esta garantía valdría tanto para los casos de modificación como para los casos de cancelación unilateral del contrato. Sobre esto último, se reconoce al Estado —con fundamento en el poder soberano— la posibilidad de rescindir unilateralmente un contrato administrativo mediando compensación. Con estos términos se pronunció el Consejo de Estado francés en el *arrêt Société Commerciale de Représentation et de Combustibles* de 1983.

Pero volviendo sobre el *ius variandi*, la teoría del contrato administrativo postula que si la administración modifica un contrato administrativo por razones de interés público, debe también compensar económicamente los cambios soportados por su contratista, para reestablecer el equilibrio económico que las partes habían acordado inicialmente.

Las alteraciones al equilibrio inicial pactado por el ejercicio de poderes exorbitantes justifican el reestablecimiento de la ecuación económico-financiera lo que, por supuesto, para una teoría que tiene como ejes centrales los principios de la justicia distributiva, ese ajuste se fundaría en razones de equidad, nunca en la afectación del derecho de propiedad del contratista.

Pero sucede que, en la práctica, la aplicación de este derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera sirve para transferir cualquier tipo de riesgo económico al Estado, no sólo los provenientes del hecho del príncipe.

Consecuentemente, el alcance de la garantía termina siendo también impreciso.

- ¿Qué tipo de riesgos se neutralizan con la garantía al mantenimiento de la ecuación económico-financiera?
- ¿Qué rubros integran el riesgo del negocio?

Como claro ejemplo de esa indeterminación del contenido de la garantía puede citarse el *arrêt Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux* de 1916, ya clásico en materia de imprevisión. En ese precedente, la Compañía General de Alumbrado solicitó a la administración un aumento de sus tarifas dada el alza del precio de las materias primas —especialmente el carbón— por el estallido de la guerra. Dicho aumento fue negado por la administración con estricto fundamento en las previsiones contractuales.

Sin embargo, el Consejo de Estado francés entendió que si bien existía un principio general según el cual un contrato regla de manera definitiva —desde su celebración hasta su terminación— las obligaciones de las partes y determina que cada una debe asumir los riesgos económicos que se produzcan en el curso de su ejecución, ya sean favorables o desfavorables, de acuerdo con los cálculos y las previsiones efectuadas al celebrarlo, en el caso debía abandonarse tal principio y aceptar la petición del concesionario que no podía asegurar la provisión del servicio mientras duraran las circunstancias extraordinarias y anormales que habían alterado la economía del contrato. Por lo tanto, se obligó al concesionario y a la administración a llegar a un acuerdo para compartir esos riesgos, bajo apercibimiento de determinar una indemnización al contratista.

Que cada parte soporte el álea económica de las prestaciones voluntariamente aceptadas es una regla general del derecho privado, pero no funciona de igual manera en el marco del contrato administrativo. El hecho económico imprevisto y extraño a la voluntad de las partes impone a la administración la obligación de ayudar financieramente a su contratista en la ejecución del contrato.

Se coloca a cargo de la administración el perjuicio sufrido por el contratista, no sólo en los supuestos de alteración de la equivalencia original del contrato por el hecho del príncipe sino, además, en los casos de fuerza mayor. Poco importa si el contrato contiene o no una cláusula que prevea esa contingencia. En este caso también el contrato deja de ser la ley entre las partes.

Así, en el ámbito de la teoría del contrato administrativo, se pierden de vista los límites de los riesgos asumidos por el contratista y se transfiere el riesgo al Estado por razones de interés público. Nuevamente, la apelación al interés público vuelve a intervenir en la vida del contrato con efectos distorsivos.

La misma incertidumbre puede predicarse de la excepción de incumplimiento contractual a instancias del contratista, cuya procedencia es negada como regla general, pero admitida en caso de que se compruebe una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones contractuales.

Pero ¿cuándo existe, en la práctica, una “razonable” imposibilidad de cumplir las prestaciones debidas? ¿Está obligado el contratista a conseguir financiamiento constantemente para cumplir con el interés público a pesar de un incumplimiento grave y no subsanable de la administración? ¿Cómo se protege al usuario del servicio público en caso de que resulte procedente la excepción de incumplimiento opuesta por el contratista? Como se advierte, la nota distintiva de la teoría del contrato administrativo culmina siendo la falta de claridad en la delimitación de los derechos y obligaciones de las partes.

En definitiva, la teoría del contrato administrativo debería permitir que las partes de un contrato puedan predecir de antemano cuál es el régimen aplicable, si son válidas todas las cláusulas del contrato, el alcance de las eventuales cláusulas exorbitantes que integran el acuerdo o se hallan reconocidas en la ley y que regirán la relación jurídica y el contenido de los derechos reconocidos en el instrumento.

Se ha pretendido demostrar, en esta exposición, que este pronóstico, esencial para que las partes puedan medir su interés en celebrar el contrato o no y conocer con precisión las pautas definitorias de su conducta durante la ejecución del contrato, no es posible en el marco de la teoría del contrato administrativo, dado que ni la propia administración ni el contratista conocen, al momento de la celebración del contrato, los límites del régimen jurídico aplicable, cuya flexibilidad hace inciertos sus derechos y obligaciones.

La ambigüedad del criterio del objeto o de la cláusula exorbitante para clasificar un contrato como administrativo, unido a la circunstancia de que de ello puede derivarse la aplicación al contrato de un régimen de contornos inciertos coloca a la contratación administrativa en un marco de incertidumbre e inseguridad jurídica que resulta necesario erradicar.