



Posgrado
Estado de Derecho y
Buen Gobierno

MÁSTER UNIVERSITARIO
Corrupción y Estado de Derecho



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

TRABAJO FIN DE MÁSTER
**CORRUPCIÓN EN LA MODIFICACIÓN DE
CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA**

AUTOR
SIMÓN RODRÍGUEZ SERNA

DIRECTOR
JUAN JOSÉ RASTROLLO SUÁREZ

Salamanca, 2014

Resumen.

La modificación de contratos de obra pública por la concreción de riesgos técnicos o jurídicos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción. La libre competencia en la adjudicación constituye la forma más adecuada de realizar el interés general en el que consiste el objeto del contrato, el cual es descrito y estructurado en el proyecto de obra. Las instituciones jurídicas españolas, aunque constituyen un avance en la prevención de actos de corrupción, aún permiten que se produzcan situaciones en las que el ejercicio del *ius variandi* puede conllevar a un acto de corrupción definido desde un punto de vista estrictamente administrativo.

Índice.

Abreviaturas.....	3
Introducción.....	4
1. Concepción de corrupción en el ámbito de la Administración Pública.	7
1.1 Nociones de corrupción como fenómeno y acto.....	8
1.2 Objeto de protección en la prevención de los actos de corrupción.....	15
2. <i>Ius variandi</i> y corrupción en las obras públicas.....	27
2.1 Contratos de obra pública y ejercicio del <i>ius variandi</i>	31
2.2 Supuestos de reformas contractuales: Límites materiales de la Unión Europea y el RDLCSP	47
Conclusiones.....	61
Bibliografía.....	64

Abreviaturas

EUACR: “Report from the comisión to the council and the European parliament, EU Anticorruption Report” Brussels 3.2.2014 (Com (2014) 37 final)
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf

DIRECTIVA 2014/24/UE: “Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE”.

RDLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público.”

STJUE: Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Introducción.

La contratación pública, es una actividad de la Administración en la cual se transfieren en forma general y masiva recursos públicos al sector privado. De conformidad con el Annual Public Procurement Implementation on Review 2012, publicado por la Comisión Europea, cada año la quinta parte del Producto Interno Bruto de la Unión Europea se gasta en la contratación pública de obras, bienes y servicios¹.

Esa situación genera como consecuencia, que los diferentes agentes económicos tengan un especial interés en acceder al mercado de los contratos públicos². En ocasiones, las empresas se valen de medios fraudulentos para alterar la competencia, obtener una posición privilegiada y lograr beneficios superiores a los que les corresponderían.

Entre el inmenso conjunto de bienes y servicios que demanda la Administración pública, la construcción de obras de infraestructura merece un estudio pormenorizado y diferenciado por poseer unas características particulares. El contrato de obra es un tipo contractual que involucra inversiones cuantiosas; se trata de contratos de tracto sucesivo que se dilatan en el tiempo, por lo que es necesario estabilizar los factores que son determinados por variables temporales³. Finalmente debe tenerse en cuenta que son proyectos complejos, por lo que

¹ COMISIÓN EUROPEA, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT “Annual Public Procurement Implementation Review 2012” Brussels 9.10.2012.SWD (2012) 342 final. P. 6. de acuerdo con el mencionado informe en el año 2010 el total de invitaciones a participar en licitaciones que superaban los umbrales que determinan la aplicación de la regulación de comunitaria fue de 447 billones de euros, 3.7 % del PIB de la UE (en España fue de 34.06 billones de euros). Por otra parte, en el año 2011 descendió a 425 billones de euros representando, en ambos periodos, el 20% del PIB de la Unión, de conformidad con el informe de la COMISIÓN EUROPEA - EUACR Ob. Cit. P. 21.

² En España, de acuerdo con el Anexo 9 del EUACR en el año 2011 las obras, bienes y servicios públicos constituyeron el 15.57% del PIB. En consecuencia, si la quinta parte del PIB de la Unión Europea corresponde a inversiones en contratación pública, es posible afirmar que esta constituye una porción importante de la demanda que buscan satisfacer los empresarios de los distintos sectores.

³ De conformidad con el COMISIÓN EUROPEA, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Ob. Cit. P. 9. “The differences between the number and the value of contracts in works and supplies mirrors the fact that works usually involve much higher sums than supply contracts (the average total value of a works contract is Capaciaround EUR 5.8 million, whereas for services it is around EUR 320 000).” (Las diferencias entre el número de los contratos de obras y de suministro reflejan el hecho de que las obras publicas por lo general implican sumas mucho más altas que los contratos de suministro (el promedio del valor total del contrato de obras es alrededor de 5.8 millones de euros, mientras que para los servicios es de alrededor de 320.000 EUR). (Traducción libre).

para su definición, estructuración y ejecución requieren de estudios técnicos especializados.

Las mencionadas condiciones hacen que la Administración se vea abocada a una labor de seguimiento que involucra un alto nivel de discrecionalidad jurídica y de capacidad técnica; antes, durante, sobre todo después de la celebración del contrato y con independencia del nivel de objetividad con el cual haya sido elegido al contratista. En esa labor se toman decisiones que repercuten directamente en el precio final del contrato, en los intereses económicos del contratista y en el patrimonio público⁴.

En ese contexto, son frecuentes los escándalos asociados mediáticamente con actos de corrupción por los elevados sobrecostos en la ejecución de grandes obras de infraestructura⁵. Sin embargo es necesario tener en cuenta que la corrupción es un fenómeno difuso y heterogéneo, compuesto por un sinnúmero de manifestaciones cuyo análisis y tratamiento conjunto es muy general, por lo que calificar una conducta con esa etiqueta, resulta, cuando menos, arriesgado.

En consecuencia, el objeto del presente trabajo es analizar las instituciones de Derecho Administrativo comunitario y español, relacionadas con la modificación de contratos públicos, haciendo énfasis en el ejercicio de la facultad exorbitante del *ius variandi* en el contexto de una obra pública. Lo anterior con el fin de evaluar si esas disposiciones resultan idóneas para evitar que se produzcan actos de corrupción, o por el contrario, los permiten.

⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS, “Informe de Fiscalización de las Incidencias producidas durante el año 2012 en la ejecución de los contratos celebrados por las entidades locales de las comunidades autónomas sin órgano de control externo propio.” No.1.022. Aprobado en sesión de 30 de enero de 2014. Grafico 2, P. 23. De los contratos comunicados al Tribunal de Cuentas, el 30.39% fueron objeto de suspensiones y/o prorrogas; el 22,10% fueron modificados; al 0.83% se le pactaron contratos complementarios, el 24.44% fueron objeto de revisiones de precios y otras incidencias.

⁵ Sobre esa tendencia en particular, resulta ejemplificativo y ampliamente explicativo el artículo publicado el 14 de enero de 2014 – 00:12 CET por el diario *El PAIS* http://economia.elpais.com/economia/2014/01/14/actualidad/1389654777_923071.html. (visita 12 06 2014 a las 2:49 PM). En el mismo sentido el Editorial de el diario *El PAIS* “Corruptelas en el AVE” publicado el 7 de mayo de 2014 – 00:00 CET. http://elpais.com/elpais/2014/05/06/opinion/1399401416_1696663.html (visita 12 06 2014 a las 2:57 PM.)

Para el efecto, y en atención al problema de indeterminación del fenómeno de la corrupción al que se hizo referencia, es necesario analizar, en concreto, cuáles son los elementos que caracterizan el acto de corrupción que se produce en el contexto de la actividad de la Administración Pública. En el mismo sentido se identificará cuál es el objeto de protección que deben perseguir las medidas tendentes a evitar que ese acto se produzca.

Una vez establecido lo anterior, se pretende determinar si la ejecución del contrato y en particular las modificaciones contractuales son áreas con un especial nivel de riesgo de presentar actos de corrupción. Para cumplir este objetivo se estudiarán los informes de la Comisión Europea en materia de contratos públicos y corrupción.

Posteriormente se analizarán las instituciones del Derecho Administrativo que caracterizan y diferencian al contrato público y en particular aquellas relacionadas con las modificaciones del contrato de obra pública. Este punto se abordará desde la perspectiva del riesgo técnico, lo que nos permitirá comprender las particularidades que involucran los proyectos de infraestructura, de forma que resulte posible vincular los diferentes supuestos de variaciones contractuales, el ejercicio del *ius variandi*, la conmutatividad del contrato y la planeación contractual.

Con base en todo el desarrollo teórico anterior, se analizarán en abstracto las hipótesis en las cuales se pueden presentar modificaciones en el contrato de obra pública y si en esos casos, el ejercicio del *ius variandi* puede dar lugar a la producción de un acto de corrupción. Para determinar las hipótesis se acudirá a algunos casos tratados por la jurisprudencia o por los informes de auditoría del Tribunal de Cuentas.

A partir de esas consideraciones abstractas, se evaluarán los límites a las modificaciones contractuales establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los supuestos específicos en los cuales son permitidas por la DIRECTIVA 2014/24/UE y el RDLCSP. Producto de esa evaluación se concluirá si esas disposiciones son idóneas para evitar que se produzcan las hipótesis analizadas, en las cuales el ejercicio del *ius variandi* podría dar lugar a la comisión de un acto de corrupción.

1. Concepción de corrupción en el ámbito de la Administración Pública.

La corrupción es un fenómeno complejo y multifacético, abordado desde diversas disciplinas de las ciencias sociales como la economía, la sociología, la criminología o la ciencia política⁶. Cada disciplina realiza el análisis con su método y perspectiva propios, los cuales serán tenidos en cuenta en el presente estudio de forma marginal, en atención a su naturaleza eminentemente jurídica.

La doctrina especializada sobre la materia, pone de manifiesto la dificultad que implica definir el concepto, toda vez que el fenómeno involucra una diversidad de actos particulares de características heterogéneas, influidas por criterios morales e ideológicos que no permiten una descripción omnicompreensiva⁷. Por esa razón, para establecer los límites del trabajo es indispensable delimitar el ámbito y la perspectiva conceptual desde la cual se abordará el análisis⁸.

⁶ IGLESIAS RIO, M.A, MEDINA ARNAÍZ, T. “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2004. P. 908. “La amplia y compleja diversidad tipológica que puede revestir el fenómeno de la corrupción, no predeterminada de antemano, presenta una inmanente equivocidad susceptible de un enfoque desde perspectivas diversas: vulgar, sociológica o moral pero también técnica, política, económica y finalmente jurídico-penal; lo cual, sumado al claro componente ideológico subyacente, contribuye a añadir notables dosis de relativismo y parcialidad que hacen difícil perfilar su alcance conceptual.” En el mismo sentido BUSTOS GISBERT, R. “Corrupción Política: Un análisis desde la teoría y la realidad constitucional” en “Teoría y realidad constitucional” No. 25 – 1 Semestre de 2010, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramos Areces. P. 73.

⁷ ROSE-ACKERMAN, S. “Economía Política de las Raíces de la Corrupción Investigación y Políticas Públicas” en IRMA ERÉNDIRA SANDOVAL, Ed, *Corrupción y transparencia: Debatiendo las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*” Siglo Veintiuno Editores, México D.F. 2010. P. 23. En el mismo sentido VILLORÍA, M. Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos” en “Revista Española de Investigaciones Sociológicas” No. 138, Abril – Junio 2012. P. 114 “(...) no existe un concepto de corrupción capaz de acoger en sí todas sus modalidades y, al tiempo ser suficientemente riguroso”.

⁸ ÍDEM. Ob. Cit. P. 114 “En todo caso, cualquier análisis de la corrupción debe comenzar con una definición que, aunque imperfecta, marque el ámbito de estudio, pues sin ello la investigación se convierte en imprecisa y asistemática”

1.1 Nociones de corrupción como fenómeno y acto.

En primer lugar y con el fin de fijar con precisión los conceptos, se considera necesario diferenciar el fenómeno de la corrupción del acto de corrupción. En cuanto al primero, se acoge una descripción criminológica⁹. Dicha ciencia suele clasificar el fenómeno dentro de la delincuencia económica organizada e incluye en su definición tanto la corrupción pública como la privada. En consecuencia el fenómeno de la corrupción es:

“Un actuar ilegal presidido por criterios empresariales de profesionalización en cuanto persiguen máxima rentabilidad y minimización de riesgos, a costa de una utilización abusiva de las estructuras institucionales o económicas regulares y de una infiltración en los circuitos económicos con apariencia de legalidad”¹⁰.

En relación con los efectos, el fenómeno de la corrupción además de amenazar la legitimidad de las instituciones democráticas y la vigencia del Estado de Derecho, incide negativamente en el desarrollo económico y en la competencia, afectando el sistema de economía de mercado¹¹.

⁹ En cuánto ciencia auxiliar del derecho penal dedicada a estudiar los fenómenos criminógenos, como lo es la corrupción: CLEMENTE DÍAZ, M. GORDILLO RODRÍGUEZ R. *Introducción a la criminología*, Ediciones CEF, Madrid. P. 14.

¹⁰ IGLESIAS RIO, M.A, MEDINA ARNAÍZ, T. Ob. Cit. PP. 909 y 910 “(...) la principal consecuencia que ya hemos puesto de relieve es que todo el amplio espectro de posibilidades criminales comisivas tiene, como nota inmanente, el interés prioritariamente económico que confluye en las decisiones contaminadas por la corrupción; (...) En todo caso, la dificultad de perfilar un concepto unitario de corrupción que, junto con su utilidad práctica e interpretativa, pueda ser asumido por un amplio consenso doctrinal, se intenta suplir a través de la ya consolidada costumbre de enumerar un catálogo de indicadores de corrupción, que se sitúa muy próximo al que rodea la noción de criminalidad organizada.”

¹¹ Refiriéndose a los efectos de la corrupción: ÍDEM. P. 914: “Socaba la legitimidad de las instituciones públicas e irradia su nocividad hacia el futuro más allá de la concreta ilegalidad funcional o empresarial; amenaza la preeminencia del derecho y atenta contra la igualdad y la justicia social.” En el mismo sentido la COMISIÓN EUROPEA- EUACR P. 2 “Corruption seriously harms the economy and society as a whole. Many countries around the world suffer the deep-rooted corruption that hampers economic development, undermines democracy, and damages social justice and the rule of law. The Member States of the EU are not immune to this reality. Corruption varies in nature and extend from one country to another, but it affects all Member States. It impinges on good governance, sound management of public money, and competitive markets. In extreme cases, it undermines the trust of citizens in democratic institutions and processes.” (La corrupción perjudica seriamente la economía y la sociedad en su conjunto. Muchos países de todo el mundo sufren la corrupción, cuando está profundamente arraigada obstaculiza el desarrollo económico, socava la democracia y la justicia social y daña al Estado de Derecho. Los Estados miembros de la UE no son inmunes a esta realidad. La corrupción varía en su naturaleza y se extienden desde un país a otro, por lo que

Habiendo establecido la perspectiva del fenómeno de corrupción que será tenida en cuenta en el presente trabajo, es necesario aclarar que el concepto de acto de corrupción se abordará desde una definición jurídica. Sobre el particular debe advertirse que por regla general los instrumentos normativos no establecen una descripción jurídico-positiva del acto de corrupción por la dificultad de abarcar sus diferentes expresiones¹².

Ante la imposibilidad de tomar como punto de partida una definición jurídico-positiva, se acude a los diferentes esfuerzos de conceptualización realizados en los estudios jurídicos sobre la materia. Sin embargo, en este punto se presenta nuevamente el problema de la controversia doctrinal y la indefinición¹³. La discusión gira en torno de los elementos que permiten caracterizar o definir el acto de corrupción¹⁴.

afecta a todos los Estados miembros. Se incide en el buen gobierno, la buena gestión de los fondos públicos, y los mercados competitivos. En casos extremos, se socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones y los procesos democráticos) (Traducción libre). ROSE-ACKERMAN, S *La corrupción y los gobiernos, causas consecuencias y reforma*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2001 P. 11 “La distribución de estos beneficios y costes se halla generalmente bajo el control de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional. Las personas y las empresas privadas que desean un trato favorable pueden estar dispuestas a pagar para obtenerlo” (Subrayas propias). ROSE-ACKERMAN, S *Economía Política de las Raíces de la Corrupción Investigación y Políticas Públicas* Ob. Cit. P. 24. IGLESIAS RIO, M.A, MEDINA ARNAÍZ, T. Ob. Cit. P.915.

¹² Algunos cuerpos normativos establecen definiciones, pero estas solo pueden interpretarse en el ámbito de los instrumentos en los cuales se encuentran inmersas. Entre los Tratados Internacionales que se ocupan del fenómeno de la Corrupción es importante resaltar la definición establecida en el Convenio Civil No. 174 Sobre Corrupción del Consejo de Europa, adoptado el 4 de noviembre de 1999. En el artículo 2 del mencionado instrumento internacional se establece que “ A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida ”

¹³ Sobre la indefinición y evolución del concepto de corrupción caracterizado a partir del soborno como un acto incluido pero diferente del fenómeno, COCCIOLO, E.E. “Las mutaciones del concepto de corrupción: De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y la sociedad del riesgo” en Revista de LLengua i Dret; Numero 50, 2008 P.35. “La comprobada polisemia original del concepto ha llamado la atención de numerosos teóricos, de modo que en la extensa bibliografía sobre corrupción son muchos los estudios que tratan el problema de las definiciones del concepto, hasta tal punto que actualmente se afirma que “hoy son innumerables las definiciones que se han propuesto para caracterizar la corrupción.”

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA – EUACR Ob. Cit. P.1. “This report defines corruption in a broad sense as any ‘abuse of power for private gain’ (Este informe define la corrupción en un sentido amplio como cualquier “abuso del poder para beneficio propio) (traducción libre) RIVERO ORTEGA, R “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana” en *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar*. Ratio Legis. Salamanca 2004. P. 111. “Hay en cambio corrupción cuando el interés personal de quien toma

En atención al tema que se pretende abordar, se adopta un concepto de corrupción pública administrativa¹⁵. La mayoría de las definiciones doctrinales lo caracterizan con tres elementos: a) Una decisión de una autoridad pública; b) interposición de intereses particulares en las razones que fundamentan la decisión (desviación de poder) y c) la obtención de un beneficio particular indebido derivado de la decisión¹⁶.

decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder, con el fin de lucrarse personalmente o enriquecer a una organización, ora una empresa privada, ora un partido político, afín al sujeto que se aprovecha de su posición.” El mencionado autor precisa respecto de los elementos esenciales que definen un acto de corrupción en RIVERO ORTEGA, R. “Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción” en *La corrupción aspectos jurídicos y económicos* Ratio Legis, Salamanca 2000. P.41. “(...) la desviación de poder y el enriquecimiento particular son las notas definitorias de la corrupción”. Los profesores VILLORÍA, M. Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F Ob. Cit. P. 114, definen el acto de corrupción como “Un abuso de posición de un servidor público, con un beneficio extraposicional directo o indirecto con incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos. En suma, al abuso de poder se debe unir el beneficio privado y el incumplimiento normativo.” Por su parte la profesora MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en “Diario la ley No. 7382, Sección doctrina, 16 de abril de 2010, Año XXXI. Ref. D-123. Editorial La Ley. P.1, define la corrupción, desde la perspectiva del acto, como “aquella que se identifica con el abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o ventaja indebida”. Finalmente el profesor BUSTOS GISBERT, R. Ob. Cit, PP. 73-74. Define el acto de corrupción política en la siguiente forma: “violación de un deber posicional realizado por quien ostente un cargo o cumple alguna función determinada por cierto sistema de reglas efectuado con motivo del ejercicio de un cargo del cumplimiento de la función y realizada en un marco de discreción, con el objeto de lograr algún beneficio extraposicional. En definitiva debe aparecer en la definición la violación de un deber conforme a un sistema normativo de referencia, realizado con discreción y para obtener un beneficio diferente de los propios del cargo ocupado.”

¹⁵ ALONSO, J.A. Y GARCIMARTÍN, C. “La corrupción: definición de criterios y medición” en ALONSO, J.A. Y MULAS GRANADOS, C. (Dir.) “*Corrupción, cohesión social y desarrollo, el caso de Iberoamérica*”, Fondo de Cultura Económica, Madrid. 2011. P.26 “Por su parte, la corrupción administrativa se refiere a la imposición deliberada de distorsiones en la aplicación de las leyes, reglas y regulaciones existentes para otorgar ventaja a actores públicos o privados a través de la provisión de réditos privados ilícitos o no transparentes a los servidores públicos”.

¹⁶ Sobre el concepto de desviación de poder para el derecho administrativo: BOCANEGRA SIERRA, R. *Lecciones sobre el acto administrativo* Segunda Edición, Thomson Civitas, Madrid 2004, P.75 “La desviación de poder es un vicio del acto administrativo que consiste, según la clásica definición legal contenida hoy en el artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, en «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico». (...) La desviación de poder se produce, ya persiga el acto administrativo fines privados (...) o pretenda la consecución de fines públicos distintos de los previstos en la norma atributiva de la competencia (...) concurriendo, asimismo, tanto en el ejercicio de potestades regladas como cuando lo que se pone en juego son poderes discrecionales” Refiriéndose al escándalo de la *tangentopoli* italiano, afirmó el maestro FERRAJOLI, L. en “El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en IBÁÑEZ, P.A. (editor) “*Corrupción y estado de derecho, el papel de la jurisdicción*” Editorial Trotta S.A. 1996 P.18. “Es claro que una tal confusión entre intereses públicos e intereses privados (...) contraviene un principio jurídico elemental, que es aquel que en todos los países civilizados excluye que las funciones públicas puedan ser desempeñadas por quien se encuentra privadamente interesado en ellas.”

En consecuencia, para los efectos del análisis propuesto, se entiende el acto de corrupción como una decisión de una autoridad pública, regulada por el Derecho Administrativo y expresada mediante alguna de sus manifestaciones (actos, operaciones, hechos -acciones u omisiones- o contratos públicos), en la cual se presenta una desviación de poder y conlleva la producción de un beneficio particular indebido¹⁷.

Es necesario detenerse en este punto y llamar la atención sobre algunos de los elementos de la definición propuesta. Con el fin de simplificar el análisis, y solo con esa finalidad explicativa; en este aspecto se equiparará la decisión de la Administración con el acto administrativo, sin perjuicio de que en su momento se realice el comentario correspondiente para adaptar el razonamiento a los contratos públicos.

Entre estos elementos, el punto característico del acto de corrupción se encuentra en que la decisión de la autoridad (entendida para estos efectos como Administración Pública) éste determinada o estimulada por el beneficio particular indebido que a través o con ocasión de ella se obtiene¹⁸. Se está haciendo referencia a la existencia de un vicio en la causa o en los motivos de la decisión de la Administración¹⁹.

¹⁷Para simplificar la exposición se hará referencia a esa autoridad que toma la decisión como la Administración, sin perjuicio de que se advierta que puede ser una autoridad de otra rama del poder público, que actúe en los contornos del derecho administrativo. Sobre este punto se volverá más adelante.

¹⁸COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de derecho administrativo* Parte General Vigésimo Primera Edición. Thomson Reuters Civitas. 2010 Madrid. P.330. “Los *motivos* del acto son la expresión formal de la intencionalidad por la que se dicta, es por tanto, la determinación de la finalidad concreta que señala a cada acto su propio autor. La investigación de los motivos nos lleva directamente, por tanto, a comprobar en primer lugar su congruencia con los fines que establece la potestad por la que el acto se dicta; en segundo lugar su veracidad, puesto que los motivos expresados pueden no ser los reales y resultar estos últimos, en definitiva, también disconformes con el fin de la potestad. En ambos supuestos, la falta de adaptación del acto al fin de la potestad implica como consecuencia la anulabilidad del acto por desviación de poder.”

¹⁹En relación con el concepto de causa del acto administrativo, se debe advertir que existe controversia. El Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, STS 1450/2011. Ponente: María Isabel Perello. Domenech la ha definido en los siguientes términos: “(...) el artículo 53.2 de la Ley 30/1992, indica que “el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos”. Este precepto establece como requisito de validez de los actos administrativos la adecuación de su contenido con la finalidad pública contemplada en la norma que atribuye la potestad al órgano público en cuyo ejercicio dicta el acto administrativo. Esta adecuación, que determina el ejercicio de la potestad, es un elemento o requisito que la doctrina mayoritaria identifica como la causa del acto administrativo.” En sentido contrario el profesor COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de derecho administrativo* Parte General Vigésimo Primera Edición. Thomson Reuters Civitas. 2010 Madrid. P.330, afirmó “(...) la causa supone una realidad objetiva que implica la existencia de un interés público para cuya satisfacción se llega a ejercer una concreta potestad, que, como tal tiene un fin objetivo y regulado establecido en la norma”. No obstante

Con lo anterior, se quiere indicar que el elemento subjetivo de la decisión, o la razón misma del acto administrativo, no se corresponden con los fines públicos para los cuales fue otorgada la prerrogativa, que en el caso concreto facultaba al funcionario para tomar la decisión²⁰. Por el contrario, esa finalidad pública fue sustituida por un interés particular, hacia el cual se desvió la voluntad de la Administración.

Esa afirmación nos ubica en los clásicos conceptos de desviación de poder y acto arbitrario²¹. En relación con lo cual se puede afirmar que todo acto de corrupción es un acto arbitrario e implica una desviación de poder, sin embargo se debe aclarar que no cualquier acto arbitrario o constitutivo de desviación de poder es un acto de corrupción.²²

esas discrepancias, cualquiera de los conceptos esbozados hace referencia al elemento subjetivo del acto y su correspondencia a las finalidades establecidas por el ordenamiento. Partiendo de una definición de causa que se equipara al fin de la potestad pública, la profesora CHINCHILLA, C. en *La desviación de poder*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1989, P.79, define los motivos del acto, tomando la definición del profesor RERTORTILLO, S.M, como “Las razones más o menos remotas e inmediatas que impulsan el iter voluntatis del agente al emanar el acto y que en su último desarrollo deben coincidir con la causa para que el acto sea legítimo”

²⁰ FERNÁNDEZ. T.R. *De la arbitrariedad de la administración* Segunda Edición ampliada, Civitas S.A. Madrid. 1997. P.85 “Lo que quiero destacar es que una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión y otra muy distinta las razones mismas. Lo primero hace referencia a la configuración externa del acto, lo segundo al expediente del que este acto es resultado, expediente cuyo contenido la motivación se limita a extractar o resumir con los fines indicativos ya enunciados.”

²¹ Sobre el concepto de desviación de poder: CHINCHILLA, C., Ob Cit, P.40 “Es decir, la desviación de poder – al igual que el <<détournement de pour>> en Francia y <<lo svilamento di potere>> en Italia- es un vicio del acto administrativo que consiste precisamente en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados por el ordenamiento jurídico. Lo que define a la desviación de poder no es otra cosa que el elemento teleológico, y es eso lo que la caracteriza y la distingue dentro del género común de infracciones del ordenamiento jurídico.” Sobre el concepto de acto arbitrario: FERNÁNDEZ. T.R. Ob. Cit. P.85 “(...) o no tiene motivación respetable – sino pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas, o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefendible y su inautenticidad.” P.165. “(...) Porque cuando se elude el deber de motivar las decisiones es, no nos engañemos, porque el obligado a darla carece de una explicación exhibible, y cuando las verdaderas razones de la elección no son del todo nítidas o contienen elementos espurios la motivación, si se da, tiene que recurrir a la ambigüedad, al circunloquio o al enmascaramiento puro y simple y esto se termina poniendo de manifiesto más pronto o más tarde.”

²² RIVERO ORTEGA. R “Instituciones jurídico-administrativas (...) Ob. Cit. P. 41.“(...) subrayamos que no toda nulidad de un acto administrativo implica necesariamente la realización de un acto corrupto. No podemos considerar tampoco corrupción cualquier arbitrariedad administrativa, ni encontrarnos en cada desviación de poder una muestra de administración corrupta. (...) el elemento común a todas estas irregularidades: La pérdida de objetividad en la toma de una decisión administrativa, apartada de los intereses generales, y dirigida en cambio a satisfacer los propios del funcionario o autoridad responsable.”

En consecuencia, el vicio en la formación de la voluntad de la Administración es el elemento central y necesario del acto de corrupción, sin embargo no es suficiente. Adicionalmente debe tratarse de un interés particular; que substituye al interés público que justifica el ejercicio de la potestad administrativa y que se encuentre relacionado con un beneficio particular que se obtiene con ocasión o como consecuencia de la decisión²³. Así las cosas, la desviación de poder hacia otra finalidad pública o la simple ausencia de motivación de un acto administrativo, no constituyen, por si solos, actos de corrupción.

Es importante introducir un matiz: no consideramos que el beneficio particular o el enriquecimiento del funcionario, o de personas relacionadas con él, sea el único elemento definitorio del acto de corrupción²⁴. Se insiste en que el interés que está detrás de ese beneficio, es el elemento que consideramos esencial.

Es decir, lo fundamental no es únicamente el interés de lucro del funcionario público que obtendrá el soborno o se apropiará del dinero público con ocasión de la decisión. Sino también, el interés de quien ofrece el soborno, con el fin de alterar la configuración de la voluntad de la Administración; toda vez que es en relación con ese interés, que se constituye en

²³CERRILLO I MARTÍNEZ A. *El principio de integridad en la Contratación Pública, mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción.* Thompson Reuters Aranzandi. Pamplona 2014. P 28. "(...) Sin embargo, entre los diferentes supuestos que se pueden considerar como mala administración se recogen algunos que comparten un elemento cual es la existencia de conflictos entre el interés general y los intereses particulares bien de los altos cargos y los empleados públicos, bien de los contratistas."

²⁴RIVERO ORTEGA. R "Instituciones jurídico-administrativas..." Ob.Cit. P.41. "prácticas corruptas son aquellas que comportan normalmente un enriquecimiento patrimonial, o bien del sujeto que desde su posición de poder toma la decisión administrativa, o bien de alguna organización a la que pertenece (partido político) o con la que mantiene relaciones (empresa mercantil) el funcionario o la autoridad. Es el uso desviado de los poderes públicos en beneficio propio el que puede ser tildado de corrupción. Desviación de poder y enriquecimiento particular son las notas definitorias de la corrupción" RIVERO ORTEGA. R "Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso Colombiano." En "XVIII concurso de ensayos del CLAD sobre reforma del Estado y modernización de la administración pública: "como combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica" Caracas 2004-2005. P. 8 "Tanto en sus derivaciones públicas como privadas, la corrupción – entendida en la acepción más amplia – presenta como nota distintiva la búsqueda de un beneficio económico o ventaja patrimonial del sujeto que toma la decisión, o de alguna otra persona u organización a él vinculada. Toda forma de corrupción suele producirse sobre decisiones de consecuencias económicas, en muchos casos consistentes en la concesión de beneficios mediante procedimientos de adjudicación."

la razón real de expedición del acto administrativo, que la decisión va a producir efectos en el tráfico jurídico en contra de las finalidades perseguidas por el ordenamiento.

Así pues, el concepto de corrupción que se propone involucra las situaciones de conflicto de intereses que se materializan en el acto de corrupción, pero tiene un espectro mayor y más profundo, por cuanto no se queda solo en la objetividad truncada del funcionario sino que se dirige hacia los efectos que se pretenden producir con el acto²⁵. En consecuencia además del funcionario y con igual importancia, estará aquel en cuyo interés se toma la decisión corrupta²⁶. Toda vez que este sujeto es quien la provoca, despliega los medios conducentes para lograr su ocurrencia y se beneficia de la misma²⁷.

Habiendo establecido lo que se entiende por acto de corrupción, es preciso preguntarse en qué sectores o decisiones existe un mayor riesgo de que se presenten este tipo de conductas. La doctrina ha identificado algunas áreas de actuación en las cuales la corrupción no es solamente más habitual, sino que sus efectos implican un mayor perjuicio para la sociedad²⁸.

²⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Ob. Cit. PP. 30 a 32 “En la mayoría de casos, la corrupción surge cuando un interés privado, en una situación que se puede considerar como un conflicto de intereses, influye indebidamente en el ejercicio de las funciones públicas. (...) La lectura de todas estas definiciones permite identificar cuatro elementos que confluyen en una situación que puede dar lugar a un conflicto de intereses: en primer lugar, la intervención de un cargo o empleado público; en segundo lugar, la colisión entre el interés privado y el interés público concretado en el ejercicio de una función o decisión pública; en cuarto lugar, el impacto en el deber de ejercer de forma imparcial y objetiva de las funciones públicas. (...) Los sujetos que pueden encontrarse en un conflicto de intereses son los cargos y empleados públicos así como aquellas otras personas que desempeñen funciones públicas y las que puedan tener una influencia en ellas.”

²⁶ se hace referencia a la categoría de funcionario público, por ser quien generalmente ejerce funciones administrativas, sin embargo se reconoce que en determinados supuestos, sujetos que no ostentan esa categoría en sentido estricto desempeñan funciones administrativas, evento en el cual también podrían ser sujetos activos de la corrupción administrativa.

²⁷ Por otra parte, debe advertirse que las conductas tipificadas como corruptas en la ley no se refieren necesariamente al acto de corrupción ejecutado, sino también a las que lo preceden o a sus consecuencias. Por lo tanto, la posición doctrinal que describe el acto de corrupción como un cohecho, centra su atención en los sucesos previos a la toma de la decisión, en particular a los medios con los cuales se subvierte la voluntad de la Administración. BENITO SÁNCHEZ, C. D, CERINA, G.D, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma” en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.D.R, MALLANES RODRÍGUEZ, N.P., FABIÁN CAPARRÓS, E.A, (Coordinadores) *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del código penal*, Editorial Ratio Legis, Salamanca 2009, P 83. “Ahora bien, la corrupción en sentido estricto – como sinónimo de cohecho- consiste en la violación de estas reglas por parte del agente a cambio de un beneficio concedido por un tercero ajeno a la relación.”

²⁸ VILLORÍA, M. Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F Ob. Cit. P. 115. En el mismo sentido ROSE-ACKERMAN, S “Economía Política de las Raíces de la Corrupción Investigación y Políticas Públicas” Ob. Cit. P. 10; ROSE-ACKERMAN,

De acuerdo con los estudios sobre la materia, el desarrollo urbano y la construcción; el sector sanitario, principalmente en relación con la industria farmacéutica; y la Administración Tributaria presentan un alto riesgo²⁹. En todas las áreas mencionadas la contratación pública representa una actuación especialmente vulnerable³⁰. En consecuencia es preciso concluir que las áreas más propensas a los actos de corrupción son aquellas que están relacionadas con la Administración Económica³¹.

1.2 Objeto de protección en la prevención de los actos de corrupción.

Resulta claro que tanto el fenómeno como el acto de corrupción producen unos efectos indeseables y que es responsabilidad del Estado evitarlos o corregirlos. Sin embargo resulta pertinente preguntarse, qué se pretende proteger al prevenir que se produzca un acto genérico de corrupción. Lo que se quiere establecer ahora, es si esos intereses, principios o valores, que son puestos en peligro por la conducta individualmente considerada, se pueden determinar a partir de nuestra definición genérica de acto de corrupción.

El acto de corrupción genérico definido en el presente trabajo se clasifica en la categoría de la corrupción pública y dentro de esta en la corrupción administrativa. Esta categorización,

*S La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2001 PP. 23 y 24 "La localización de los sobornos es notablemente similar en todo el mundo, teniendo en cuenta las amplias diferencias de cultura, condiciones económicas y organización política. Los sobornos se producen en la concesión de negocios, en la inspección de construcciones y edificios y en la regulación de los riesgos ambientales y de la seguridad en el trabajo. Allí donde los funcionarios respectivos tienen un poder discrecional, existe un aliciente para el soborno"; RODRÍGUEZ GÓMEZ, C. "Aspectos penales de la corrupción en la administración pública" en *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar*. Ratio Legis. Salamanca 2004. P. 191.*

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, - EUACR. Ob. Cit. P. 23

³⁰ ÍDEM. P. 7.

³¹ RIVERO ORTEGA. R. *Introducción al derecho administrativo económico* Tercera Edición. Ratio Legis. Salamanca, 2005. P. 28 "La Administración económica está compuesta por múltiples organizaciones públicas que tienen competencias en materia económica. (...) se trata de un aparato institucional que debe amoldarse a las necesidades de la estructura económica, para evitar entorpecer su buen funcionamiento." RIVERO ORTEGA. R. "Derecho administrativo, reformas de segunda generación...." Ob. Cit. P. 8 "Esta es la modalidad más típica de corrupción administrativa, la que se da en procedimientos de asignación de ventajas con trascendencia económica (contratos públicos, subvenciones, licencias urbanísticas, etc). Por ello la corrupción, desde luego la administrativa, tiene efectos sobre el desarrollo económico, alterando el reparto de beneficios entre los sujetos participantes en todo tipo de mercados."

nos obliga a responder la pregunta respecto del objeto de protección, refiriéndonos a lo que se entiende por Administración Pública y las funciones que esta debe desempeñar.

El tema relacionado con lo que se entiende por Administración Pública en sentido orgánico o subjetivo y funcional o material, es uno de los más estudiados en la dogmática administrativa³². Los esfuerzos de la doctrina se han centrado en este punto con el fin de identificar, delimitar, caracterizar y definir el objeto de estudio del Derecho Administrativo³³.

Como resultado de la evolución dogmática, en la actualidad, es preciso diferenciar la Administración Pública de la función administrativa. La primera hace referencia a los órganos del Estado pertenecientes a la Rama Ejecutiva, que son quienes las más de las veces realizan las funciones administrativas. La segunda se refiere al conjunto de actividades, diferentes a las propiamente judiciales y legislativas, que tienden a la satisfacción de los fines del Estado, las cuales pueden ser desempeñadas por cualquier órgano, sin importar la rama del poder a la que pertenezca³⁴.

³² En relación con los criterios orgánico y funcional para definir el objeto de estudio de la Administración Pública: SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I Introducción a los Conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*, 3 Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. PP. 45 a 130.

³³ Sobre este punto y citando a los profesores GARCÍA DE ENTERRIA E, Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R, afirma ARIEL REZZOAGLI, B. *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*. Ratio Legis. Salamanca. 2005. PP. 49 y 50 “Un tema muy controvertido para el Derecho Administrativo ha sido, y continua siendo, el intento de enunciar un concepto de Administración Pública, dado que la misma constituye el objeto de estudio de esta disciplina, siendo por ello el centro de los debates que han hecho posible la elaboración dogmática del Derecho Administrativo.” Tarea que tuvo una primera etapa en los albores de la disciplina, en el contexto de la revolución francesa, donde, con base en la teoría de la división de poderes, se equipararon el órgano y la función. MARIENHOFF, M.F. en *Tratado de derecho administrativo* Abeledo- Perrot Tomo I, Buenos Aires, 1970. P. 34 “En términos generales, la actividad estatal se concreta en tres funciones: legislación, justicia y administración, cuyos respectivos órganos ejercitan partes o secciones del poder del Estado. Pero adviértase que el “poder” del Estado es único: las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poder sino distribución de funciones.” En el mismo sentido, ESTRADA, A.J. *La rama ejecutiva del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. P. refiriéndose a la teoría que pretenden caracterizar la función administrativa, como todo aquello que no es función judicial, o legislativa, afirma “Sin embargo esta tesis, también ha sido ampliamente cuestionada por que en definitiva parte de un supuesto equivocado, en realidad un axioma de la doctrina de separación de poderes: que a cada poder corresponde una función específica, idea reduccionista ampliamente superada por los modernos desarrollos doctrinales, especialmente a partir de la consolidación de las ideas de Estado social de derecho y de Estado constitucional, de ahí que hoy en día exista prácticamente un consenso sobre que los poderes públicos desarrollan diversas funciones.”

³⁴ IVANEGA, M.M. “*Instituciones de derecho administrativo*” Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010, PP. 110-111 “En su relación con el Estado, el termino administración se aplica en dos sentidos: como

Lo anterior, tiene como consecuencia que a todo órgano que cumpla funciones administrativas se le aplica el Derecho Administrativo, el cual se caracteriza, en principio, por regular el ejercicio de unas facultades y prerrogativas diferentes a las que tienen a disposición los particulares en sus relaciones³⁵. La pregunta va a ser entonces: ¿cuál es ese elemento de la función administrativa que justifica que el Derecho Administrativo establezca un tratamiento diferente respecto del derecho privado?³⁶.

Esa pregunta ha sido respondida de diferentes formas a medida que ha evolucionado la dogmática administrativista. En un primer momento se utilizó el criterio del interés general, en el cual se fundamentó la naturaleza excepcional del Derecho Administrativo³⁷. Posteriormente se acudió a la teoría de las *puissance publique*, según la cual el Derecho Administrativo era diferente porque regulaba el ejercicio de las prerrogativas públicas necesarias para ejercer el poder público³⁸. Por último la escuela del servicio público, explica la excep-

una clase de actividad (sentido objetivo) y como los entes que la desarrollan, la estructura o aparato administrativo (Sentido objetivo). (...) El Concepto técnico de la función administrativa considerada como actividad, es útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y para caracterizar sus manifestaciones como el acto administrativo”

³⁵En cuanto a la aplicación del Derecho Administrativo a cualquier órgano que ejerza funciones Administrativas ARIEL REZZOAGLI, B. Ob. Cit. 52 LINDE PANIAGUA, E. *Fundamentos de derecho administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. 4ª Edición. Madrid 2012. PP. 45 y 46. “El Derecho Administrativo ha sido hasta nuestros días el Derecho del Poder: Derecho de organizaciones, potestades, técnicas e instrumentos privilegiados para realizar los intereses generales, en el que las partes (Administraciones y ciudadanos), a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado, sólo excepcionalmente están en un plano de igualdad.”

³⁶ÍDEM. P.46 “La evolución histórica del Derecho Administrativo ha estado en función de la historia de la evolución de los detentadores del poder político, pero, ya sean éstos reyes absolutos, la nobleza o representantes políticos surgidos de las urnas, gobernar exigirá siempre un núcleo común de privilegios hasta el punto de que gobernar equivalga a actuar desde el privilegio. Y, en cualquier caso, el poder necesitará una organización administrativa para cumplir sus objetivos, desde la más elemental a la más evolucionada y sofisticada, y exigirá un Derecho especializado y privilegiado en relación con el que sirve para regir las relaciones entre particulares.”

³⁷CASTRO CUENCA, C.G, *La corrupción en la contratación pública en Europa* Ratio legis. Salamanca 2009. PP. 113 y 114 “Con el surgimiento del Derecho Administrativo, el interés público fue fundamental en la construcción del concepto material de esta rama del Derecho, posición criticada por existir eventos en los cuales se realizan actividades administrativas sin razones de utilidad pública. Sin embargo en la actualidad sigue teniendo vital importancia, pues es esencial para (SIC) determinación de la acción administrativa y de la finalidad del Derecho Administrativo y por ello también de la Administración Pública.”

³⁸LINDE PANIAGUA, E. Ob. Cit. P. 60. “Hauriou caracteriza el Derecho Administrativo a través de tres razonamientos. En primer término, el Derecho Administrativo es: <<”El derecho de personajes poderosos que son las administraciones públicas, tal y como la centralización las ha hecho>>. Existe así una desigualdad de las partes, de la Administración y de los administrados, en sus relaciones, a diferencia de lo que sucede

cionalidad en atención a que la Administración Pública prestaba servicios públicos en forma exclusiva³⁹.

Todas esas respuestas fueron refutadas por diversos motivos, quedando únicamente en pie la referencia última al interés general, presente en todas las teorías⁴⁰. Toda esa discusión sobre la caracterización de la actividad de la Administración Pública y la justificación de su regulación por el Derecho Administrativo, nos resulta de utilidad para determinar el objeto de protección de las medidas anticorrupción.

Si definimos el acto de corrupción como una decisión de una autoridad pública regida por el Derecho Administrativo, en la cual se presenta una desviación de poder y conlleva la producción de un beneficio particular indebido, debemos concluir que el objeto de protección de las medidas anticorrupción no puede ser la Administración Pública entendida en su sentido orgánico⁴¹.

en el Derecho privado, porque está fundado <<*sobre el estatuto especial y sobre la prerrogativa de las partes más poderosas*>>, las administraciones tienen sobre los administrados *pouvoirs de puissance publique*, poderes sujetos a controles, ordenados a la realización del bien público.” Sin embargo esta teoría terminaba justificándose en el concepto impreciso de interés general como se evidencia en los fundamentos de la teoría de las prerrogativas públicas defendida por HAURIUO sobre la que el profesor LINDE PANIAGUA, E. Ob. Cit. P. 58. afirma “(...) los elementos de toda institución corporativa son: 1. La idea de la obra a realizar en un grupo social; 2. El poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización. 3. Las manifestaciones de comunión que se producen en el grupo social respecto de la idea y de su realización.”

³⁹ CASTRO CUENCA, C.G, Ob. Cit. PP. 114 y 115. “El segundo concepto que se utilizó para la elaboración de la noción material de la Administración Pública es el servicio público, pues el mismo permitió distinguir las actuaciones de naturaleza administrativa de aquellas de carácter particular y por ello justificó la aplicación de un régimen y una jurisdicción diferente a cada una de ellas.(...) Sin embargo, el concepto mismo de servicio público fue concebido a su vez en dos sentidos: (...) en segundo lugar, el concepto material clásico, en el cual lo esencial es la realización de una actividad para la satisfacción de un interés general por un organismo público, es decir, aquella actividad que se presenta cuando para satisfacer determinada necesidad de interés general, los agentes públicos pueden recurrir, para los procedimientos de Derecho público, a reglas que están fuera de la órbita del Derecho Privado.”

⁴⁰ La teoría del interés general fue revaluada por su indeterminación; al no ser posible establecer el contenido del interés general no es posible determinar la característica diferencial del Derecho Administrativo. La teoría de las prerrogativas públicas sigue teniendo gran influencia en la actualidad pero sucumbió ante la entrada del estado social y constitucional de derecho, en el cual el poder no se puede fundamentar en el poder mismo. Por último, la teoría del servicio público entro en crisis con los cambios producidos en la economía y el derecho en el periodo de la segunda post guerra, donde los particulares asumieron en gran medida la prestación de algunos servicios públicos, quedado el Estado relegado a un papel de regulación y garantía.

⁴¹ No obstante lo anterior, es necesario reconocer que el acto de corrupción provoca efectos negativos respecto de la Administración Pública en sentido orgánico CASTRO CUENCA, C.G, Ob. Cit. P. 112 “a través de la corrupción pueden ser afectados ambos aspectos de la Administración Pública: desde el punto de vista externo puede vulnerar su patrimonio (a través de la estafa, la apropiación indebida, la malversación, una dis-

En atención a que el acto de corrupción se refiere específicamente a una forma de ejercer determinada actividad administrativa, la respuesta respecto del interés protegido tiene que referirse al adecuado ejercicio de las funciones administrativas⁴². Teniendo en cuenta que la existencia de estas y su tratamiento diferencial no encuentra justificación en su contenido (servicio público), ni en la forma de desarrollarse (prerrogativa pública), sino en su finalidad, definida a partir del concepto indeterminado de interés general.

Esta conclusión encuentra fundamento no solamente en el desarrollo de la dogmática administrativista, sino también en las normas constitucionales que atribuyen a la Administración Pública la finalidad de servir con objetividad al interés general, al que deberán ir dirigidas todas sus actuaciones⁴³.

Con base en lo anterior, es posible sostener que el objeto de protección de las medidas anti-corrupción se encuentra en el adecuado desarrollo de las funciones que desempeña la Administración Pública y estas se justifican por la finalidad que persiguen, esto es, el desarrollo del interés general⁴⁴. En consecuencia es menester preguntarse cómo se determina el interés general y cuál es la forma *adecuada* en que debe actuar la Administración para conseguir esa finalidad.

posición indebida de fondos públicos o un incumplimiento contractual) y su buen nombre; mientras que desde el punto de vista interno, la corrupción afecta la configuración de la voluntad de la propia administración vulnerando su objetividad, legalidad y eficacia.”

⁴² ÍDEM P.113 “A pesar de la evolución del concepto administrativo y penal de Administración Pública haya avanzado de manera completamente independiente, la consagración de ésta dentro de la Constitución, ha llevado a que ambos coincidan en la necesidad de que no se tutele la Administración Pública como una institución con un fin en sí mismo, sino en virtud de su correcto funcionamiento; adicionalmente el reconocimiento constitucional de principios como el servicio a los intereses generales, la objetividad, la legalidad y la eficiencia dentro del art. 103 de la Constitución ha tenido aún más puentes entre ambos conceptos.”

⁴³ El Artículo 103.1 de la Constitución Española establece: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.” En forma sistemática el Artículo 106.1 del mismo cuerpo normativo fundamental dispone que: “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

⁴⁴ CASTRO CUENCA, C.G. Ob. Cit. PP. 139-140 “El interés público es el núcleo fundamental del concepto de Administración Pública tanto en el campo Administrativo como en el campo penal, el mismo debe ser analizado respecto de cualquier delito contra la Administración Pública y constituye el nexo entre todos los principios constitucionales en torno a los cuales se construye el Estado.”

En relación con el concepto de interés general, se reconoce la existencia de una discusión doctrinal en cuanto a su definición, sin embargo se comparte la planteada por el profesor SÁNCHEZ MORÓN, para quien el interés general es la suma de “intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios”⁴⁵. En consecuencia, el interés general es aquel grupo de intereses colectivos y sociales, que el constituyente, el legislador u otra autoridad con legitimidad democrática ha priorizado, para convertirlos en el interés del Estado en un momento determinado⁴⁶.

Ahora bien, para llenar de contenido el concepto de interés general suele acudir a las disposiciones constitucionales que atribuyen a la Administración una función de garantía y promoción de los principios, los intereses constitucionales y los derechos fundamentales⁴⁷. En particular, pero no exclusivamente se hace referencia a los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución Española⁴⁸. Con base en lo anterior es posible afirmar que lo que se pretende proteger al evitar que se cometan actos de corrupción es la garantía y realización de esos contenidos constitucionales como materialización del interés general, que es el fin que persigue la función administrativa.

⁴⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo, parte general*, Sexta Edición, Tecnos 2010. P. 78 En el mismo sentido SÁNCHEZ MORÓN, M. “Interés General” en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Civitas 1995 P. 3659.

⁴⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. “Interés General”. Ob. Cit. P. 3659. “En otras palabras, cada uno de los poderes públicos con potestades normativas (empezando por el poder constituyente) determinan los intereses públicos en el ámbito de sus competencias de conformidad con lo dispuesto en las normas de superior rango. Ahora bien en ocasiones las normas no definen el contenido del interés público a tutelar, sino que remiten a esa determinación a los órganos ejecutivos.”

⁴⁷ RODRÍGUEZ ARANA, J. “4. El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo” en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Cord.) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011. P. 91 “En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.”

⁴⁸ “9.1 Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.” (...) “10.1 La dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” En relación con las tareas, determinadas constitucionalmente, que componen el interés general SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*, ... Ob. Cit. P. 78.

Sin embargo, aún cuando la ley y la jurisprudencia son las encargadas de llenar de contenido esos derechos y principios constitucionales, se considera que los términos son muy amplios y ambiguos, al punto que el concepto de interés general no puede cumplir con la función de “límite, nexo y medida de los poderes públicos” y ser criterio de evaluación de la acción de los gobernantes⁴⁹. Es necesario entonces encontrar un criterio que permita reducir aún más la generalidad en la determinación del contenido del interés general⁵⁰.

En desarrollo de este punto, en cuanto a la forma de delimitar el contenido específico del interés general, es necesario referirse a la forma en que opera el Derecho Administrativo: Con fundamento en las disposiciones constitucionales el legislador le asigna determinadas potestades a las autoridades y las dota de los instrumentos necesarios para ejercerlas⁵¹. La justificación de esas potestades y prerrogativas es el cumplimiento de los fines del Estado establecidos en la Constitución y en otras leyes generales que concretan el interés general⁵².

Ahora bien, ese interés general que justifica la potestad y proviene de normas superiores, es nuevamente concretado en los instrumentos de planeación de la acción del gobierno, en

⁴⁹ CASTRO CUENCA, C.G., Ob. Cit. P. 140 “En primer lugar, el concepto de interés general nace como una forma de excluir los intereses particulares del gobierno, en segundo lugar, el interés general es el criterio fundamental para determinar la necesidad de la intervención de la Administración pública y de la jurisdicción contencioso administrativa. En tercer lugar, el interés general actúa como límite, nexo y medida de los poderes públicos, resultando un baremo fundamental para determinar la conducta de los gobernantes.”

⁵⁰ Sobre la necesidad de precisar el concepto de interés general RODRÍGUEZ ARANA, J. *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Syntagma, Iustel, Madrid 2012. P. 31 “En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Ésta precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de Derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad en virtud de normas que permiten laborar a la Administración Pública.”

⁵¹ Sobre el concepto de potestades administrativas MANTECA VALDELANDE, V. “Las potestades administrativas régimen general” en *Actualidad Administrativa*, No. 18, Sección Práctica Profesional, Quincena del 16 al 31 de octubre de 2011, PP. 23-38, Tomo 2, Editorial La Ley. “Las potestades administrativas pueden definirse como las prerrogativas que corresponden a la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines, y que le permiten ejercer sus funciones desde una posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción general o especial, de los administrados a los actos que la administración dicta en ejercicio de esas potestades.”

⁵² ÍDEM, “La justificación de esta exorbitancia que supone atribuir a la Administración Pública estas potestades, reside en la satisfacción del interés público al que de modo inmediato tiene que tender toda la conducta administrativa, por mandato del Artículo 103 de la Constitución Española.”

donde la Administración realiza una priorización menos abstracta de los intereses sociales presentes en el momento y lugar determinados⁵³.

La decisión particular, por lo tanto, concluirá la singularización e individualización de los intereses sociales priorizados, con fundamento en toda la cadena precedente y en los supuestos fácticos y jurídicos involucrados en el caso concreto. Todo lo anterior deberá ser advertido en la motivación del acto administrativo⁵⁴.

En consecuencia, la Administración Pública debe ejercer las potestades otorgadas por el legislador de forma que se logren esas finalidades especialmente previstas por el ordenamiento jurídico, singularizadas y materializadas en la decisión particular⁵⁵. En el caso de que las potestades otorgadas sean ejercidas con otra finalidad, es decir, rompiendo la cadena de concreción del interés general, se estaría viciando la causa de la decisión e incurriendo en el vicio de la desviación de poder, que es precisamente uno de los supuestos para que estemos ante la comisión de un acto de corrupción⁵⁶.

⁵³ SÁNCHEZ MORÓN, M. “Interés General”. Ob. Cit. P. 3659. En relación con la forma de priorizar los intereses sociales por decisiones políticas de planeación del gobierno, SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*, ... Ob. Cit. P. 78. “(...) En virtud de ello, los *publica*, es decir, los convierte en objetivos y prioridades políticas, lo que le lleva a movilizar los recursos y poderes públicos necesarios para gestionarlos y defenderlos. Así entendidos, los intereses generales pueden abarcar muchas cosas, desde las más elementales y permanentes como la defensa de la seguridad ciudadana, hasta otras más coyunturales y políticamente discutibles, como la promoción pública de determinados espectáculos o festejos”

⁵⁴ Respecto de las exigencias del elemento de la motivación de los actos administrativos GALLARDO CASTILLO, M.J. “A vueltas con la motivación de los actos administrativos” en Diario la Ley No. 7384, Sección Doctrina, 20 de abril de 2010, año XXXI, Ref D-128, Editorial La Ley. “ Por ello la motivación adecuada es aquella que siendo sucinta como determina el Art 54 LRJPAC, da razón plena del proceso lógico y jurídico del acto en cuestión (...) Dicho a la inversa, no sirven falsas motivaciones, las formulas genéricas que no individualizan el supuesto al que se refieren y que nada explican sobre la decisión en el que se insertan.” En el mismo sentido CHINCHILLA, C., en *La desviación de poder* Ob. Cit. 82 “El control de la exactitud o realidad de los hechos que sirven de presupuesto al ejercicio de una potestad así, como de la calificación jurídica que de los mismos hace la Administración (...) han distinguido claramente entre error involuntario, controlable por esta técnica, y desviación consciente y deliberada en el ejercicio del poder. esta última podrá alcanzarse fingiendo una base fáctica que no existe, es decir, falseando el presupuesto de hecho, pero entonces ya no habrá un erro involuntario, sino una tergiversación voluntaria de los hechos con miras a distorsionar el fin del acto de que se trate, esto es, una desviación de poder.”

⁵⁵ ÍDEM P. 85 “La búsqueda de ese fin que constituye la causa de cada acto y que, expresa o implícitamente, fija la ley, no siempre resulta fácil, ya que el interés general al que genéricamente sirve la Administración (art. 103.1 CE) tiene una manifestación específica en cada actuación administrativa, y es a esa finalidad a la que habrá que referir la desviación”.

⁵⁶ ÍDEM. P.79 “Cuando entre las razones que impulsan a la Administración a emanar un acto está la de apartarse del fin público para el que la ley lo concibió, la causa de ese acto no se habrá cumplido y el mismo estará viciado por desviación de poder.”

En conclusión lo que se busca proteger a través de las medidas que previenen la comisión de actos de corrupción es: la cadena de concreción del interés general, que constituye la finalidad de la potestad en virtud de la cual actúa la Administración, así como su realización en concreto por medio de la decisión particularmente considerada. En consecuencia, el éxito de las medidas anticorrupción se obtiene cuando se logra evitar que las sucesivas concreciones del interés general sean sustituidas por un interés particular que se encuentra relacionado con la obtención de un beneficio particular indebido. Todo lo cual, se hace evidente en el elemento de la motivación de las decisiones administrativas.

Es necesario reconocer que la doctrina reciente considera dos objetos de protección diferentes al mencionado en el presente trabajo. Se hace referencia al derecho fundamental a la buena Administración y a la moralidad administrativa. Sobre los cuales se harán unos breves comentarios.

En relación con el derecho fundamental a la buena Administración, debe especificarse que el mismo tiene como antecedente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y actualmente se encuentra previsto en el Artículo 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea⁵⁷.

⁵⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18.12.2000 No. C-364/1. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.” Sobre ese particular: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “2. De los derechos humanos al derecho a la buena administración” en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coord.) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011. P. 44.

El ámbito de aplicación del mencionado derecho son los procedimientos administrativos desarrollados por las entidades de la Unión Europea que aplican el derecho de la Unión⁵⁸. El tema conflictivo se produce en relación con las directivas europeas que son disposiciones normativas de la Unión que se transponen al derecho interno, de forma que en ellas confluye el carácter de Derecho de la Unión y de Derecho Interno; en atención a esa doble naturaleza, se concluye que respecto de las directivas europeas, resulta vinculante el derecho fundamental a la buena Administración⁵⁹.

En relación con el contenido del derecho, este está compuesto por derechos subjetivos, que regulan las garantías de un individuo en el procedimiento administrativo que se desarrolla ante una entidad pública. En particular los derechos a la legalidad, imparcialidad y defensa (entre otros). Sin embargo, no hace referencia a los derechos o intereses colectivos de los administrados en cuanto a las actuaciones de la Administración, las cuales no solo tienen repercusiones individuales sino que persiguen la satisfacción de intereses sociales priorizados democráticamente.

Por otra parte, al ser un derecho subjetivo, el único legitimado para invocarlo sería el particular vinculado y relacionado con el procedimiento administrativo, quien, en algunas ocasiones, podría ser el titular del interés que subvierte al interés público⁶⁰. En consecuencia no es posible sostener que el derecho fundamental a la buena Administración sea el objeto de protección de las medidas anticorrupción.

⁵⁸ ÍDEM. P. 46 “La Carta es, obviamente, un instrumento – una norma, sin duda- de la Unión Europea para la Unión Europea. Ya se ha visto como el precepto glosado se está refiriendo a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, que son en efecto los destinatarios primarios de los mandatos contemplados.”

⁵⁹ ÍDEM. P. 47 “La clave se halla en el propio artículo 51 de la Carta, cuando contempla su ámbito de aplicación (...) (dentro del Título VII, “disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta”). Se aplicará a “las instituciones, órganos y organismos de la Unión”, se comienza diciendo, pero a continuación se añade: “así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión” (...) En general, las directivas deben ser traspuestas, y se aplican una vez que han sido vertidas al Derecho español (...) piénsese a modo de ejemplo y por no extenderme, en algunos sectores concretos: todo el sistema presidido por la Ley de Contratos del Sector Público, la 30/2007 (...) son derecho comunitario.”

⁶⁰ Por este motivo, aunque el derecho fundamental a la buena administración exige que la autoridad motive sus decisiones, esa garantía busca proteger los intereses del sujeto procesal en el procedimiento administrativo y no el interés público que hay detrás de la decisión.

Sin embargo es necesario reconocer que la doctrina le otorga un contenido más amplio al derecho a la buena Administración del que le prescribe la Carta de Derechos de la Unión Europea. Algún sector define el mencionado derecho, por oposición al concepto de mala Administración, en el que incluye todas las disfunciones de la Administración pública⁶¹. Resulta evidente que un derecho definido de esa forma incluye pero excede las finalidades preventivas de las medidas contra la corrupción.

La moralidad administrativa, por otra parte, es reconocida como un derecho colectivo en algunos ordenamientos jurídicos, en los cuales se identifica con la finalidad que persigue la Administración con su actividad⁶². En consecuencia la inmoralidad está marcada por la ocurrencia de una desviación de poder⁶³.

En ese sentido, absolutamente objetivo y referido a la desviación de las finalidades que debió perseguir la actuación administrativa, es posible afirmar que el concepto de moralidad administrativa estaría muy próximo al objeto de protección de las medidas anticorrupción defendido en el presente estudio. No obstante, el anterior, es un concepto que solo se reconoce en algunos ordenamientos jurídicos y no ha sido acogido por el español, en el cual un sector de la doctrina sostiene:

⁶¹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la Contratación Pública*, (...) Ob. Cit. P. 28. “Como se puede observar la noción de mala administración recoge una variedad muy amplia de situaciones que pueden caracterizarse de muy diverso modo desde meras irregularidades hasta ilegalidades o casos de corrupción. Sin embargo, una simple lectura de las propuestas realizadas por estos autores, nos permite considerar que la mala administración incluye todas aquellas prácticas, actitudes y comportamientos que impiden que la Administración pública sirva con objetividad los intereses generales y actúe de acuerdo con los principios de objetividad e imparcialidad y también los conflictos de intereses. Todo ello sin desconocer que la mala Administración también tiene un perfil que supera el derecho y que incorpora elementos de la ética pública relativos a la conducta de los empleados públicos frente a los ciudadanos.”

⁶² Constitución Política de Colombia Artículo 88 “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.” (Se subraya)

⁶³ MATALLANA CAMACHO, E. “Acción popular de moralidad administrativa” en Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 4, Segundo Semestre 2010. Universidad Externado de Colombia, P. 242. “Moralidad no es sinónimo de legalidad. (...) Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. Se niega que el juez juzgue la actividad de la administración “bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de la moralidad” (...) se indica que la moralidad debe referirse a la finalidad que inspira la actividad de la administración, por lo tanto se considera como inmoral toda actuación que no corresponda al interés de la colectividad y específicamente a los fines que se buscan, por lo tanto hay “una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder.”

“Lo que interesa resaltar por encima de todo es la idea, claramente expuesta por el profesor RETORTILLO, de que no existe la moralidad administrativa. La Administración ofrece exclusivamente una realidad jurídica, y no es susceptible per se de tener una conciencia ética; no cabe hablar, pues, de una moralidad administrativa”⁶⁴.

En consecuencia, en el presente trabajo se acoge un objeto de protección de las medidas anticorrupción absolutamente funcional y objetivo, identificado con el interés general y su cadena de concreción en la actuación administrativa. La toma de postura en este aspecto resulta fundamental por cuanto consideramos que un objeto de protección referido primordialmente a la moralidad de los funcionarios públicos en sentido subjetivo, podría conllevar, como lo advierten algunos estudios sobre la materia, a la ineficiencia de la función administrativa, perjudicando el interés general y por lo tanto su fundamento de existencia⁶⁵.

⁶⁴ CHINCHILLA, C., en *La desviación de poder* Ob. P. 104.

⁶⁵ BOEHM, F, LAMBSDORFF J.G. “Corrupción y Anticorrupción: una perspectiva neo-institucional” en *Revista de Economía Institucional*, Vol., II, No. 21, Segundo Semestre/2009. P. 59 “Aquí hay que volver a una pregunta esencial: ¿luchamos contra la corrupción porque sí (enfoque moral) o porque impide el funcionamiento del gobierno y de la economía, y perjudica a la sociedad (enfoque de eficiencia)? En este último caso, el objetivo no es tanto un mundo sin corrupción, sino un funcionamiento eficiente y eficaz de las relaciones entre el gobierno, el sector privado y la ciudadanía. Es fácil demostrar que a veces estas dos visiones no son compatibles. Anechiarico y Jacobs (1996) subrayan este punto: las medidas anticorrupción se pueden convertir en un obstáculo más para el buen funcionamiento de la administración pública, sin que reduzcan necesariamente la corrupción.” En el mismo sentido ROSE-ACKERMAN, S “Economía Política de las Raíces de la Corrupción Investigación y Políticas Públicas” Ob. Cit. PP. 40 y 41. “Una moralización exagerada del fenómeno de la corrupción corre el riesgo de degenerar en una retórica vacía – o peor, en una cacería de brujas contra adversarios políticos. Las políticas deben dirigirse a las condiciones estructurales generadoras de incentivos para la corrupción, ya que de otra manera las medidas para su combate no tendrían efectos de largo plazo.”

2. *Ius variandi* y corrupción en las obras públicas.

Las actuaciones administrativas desempeñadas por la denominada Administración económica son, como se advirtió anteriormente, las más proclives a presentar problemas de corrupción⁶⁶. Lo anterior en atención a que involucran decisiones que producen importantes efectos en la economía. Dentro de esas actuaciones administrativas resalta la contratación pública, como una actividad cotidiana y generalizada en la que se invierte un importante volumen de recursos⁶⁷.

La cantidad de recursos involucrados y la magnitud de los negocios, incentivan a los oferentes a buscar una posición privilegiada en la competencia por satisfacer las necesidades del Estado⁶⁸. Una de las formas de obtenerla es influir en los funcionarios encargados de las adjudicaciones para que les otorguen un tratamiento especial, alterando la competencia y configurando un acto de corrupción⁶⁹.

⁶⁶ RIVERO ORTEGA, R. “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso Colombiano.” Ob. Cit. P. 8 “Esta es la modalidad más típica de corrupción administrativa, la que se da en procedimientos de asignación de ventajas con trascendencia económica (contratos públicos, subvenciones, licencias urbanísticas, etc). Por ello la corrupción, desde luego la administrativa, tiene efectos sobre el desarrollo económico, alterando el reparto de beneficios entre los sujetos participantes en todo tipo de mercados.”

⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, - EUACR Ob. Cit. P. 21. “Given the level of financial flows generated, and a number of others factors public procurement is an area propone to corrupt practices.” (Dado el nivel de recursos manejados y generados y por otros factores, la contratación pública es un área propensa a prácticas de corrupción.) (Traducción Libre.)

⁶⁸ En ese sentido, MEDINA ARNAÍZ, T. Ob. Cit. P. 6. “Estos porcentajes en el volumen de gasto destinado a la contratación pública constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, intenten obtener posiciones más favorables que sus competidores”.

⁶⁹ TANZI, V. Trad. SOLIMANO, I “La corrupción y la actividad económica” en SOLIMANO, A. TANZI, V. DEL SOLAR, F. “*Las termitas del Estado, ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo.*” Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile 2008. P. 37 “El sector publico requiere comprar bienes y servicios para sus actividades. Las *operaciones de adquisición* (licitaciones) otorgan un campo fértil para la corrupción, ya que los proveedores privados pueden inflar los precios de productos y servicios por medio del pago de sobornos a los funcionarios públicos.” MEDINA ARNAÍZ, T. Ob. Cit. P. 6 “En cualquier caso, el resultado es una pérdida de competencia en el proceso contractual. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos.”

Ahora bien, las obras públicas, en especial los proyectos de infraestructura, son un tipo contractual donde el riesgo de que se presenten actos de corrupción es especialmente elevado⁷⁰. Lo anterior no solo por el tamaño de los mismos y el volumen de recursos que involucran, sino por las dificultades técnicas y prácticas que suponen su desarrollo, seguimiento y control⁷¹. La variabilidad de los factores técnicos, económicos y presupuestales, se traduce en la posibilidad de que al momento de la ejecución se presenten variaciones en las estimaciones iniciales de cantidades, costos y tiempos, entre otros factores⁷².

Esa situación pone de presente que en la ejecución del contrato, en especial en el de obra, la Administración debe tomar decisiones que inciden directamente en los intereses económicos del contratista y, por lo tanto, conllevan el riesgo de que se altere el equilibrio entre el interés público y el privado. En consecuencia, resulta lógico sostener que las medidas para prevenir actos de corrupción no se deben referir solamente a la selección del contratista sino también a la ejecución del contrato⁷³.

⁷⁰ ÍDEM.P.7, “Por lo que respecta a los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, huelga decir que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa, son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar prácticas corruptas a través de precios inflados que pueden achacarse a otros factores.”

⁷¹ Sobre en relación con los grandes proyectos de infraestructura, el profesor CASTRO CUENCA, C.G, Ob. Cit. P. 65, afirma: “La principal ventaja de estos proyectos es su magnitud, la cual incide en cuatro circunstancias básicas: a) El aumento del presupuesto de un proyecto aumenta proporcionalmente el valor de los sobornos y de las cantidades apropiadas. b) La magnitud del proyecto disminuye la posibilidad de ser descubierto, pues se manejan presupuestos muy grandes difíciles de controlar en los cuales cada mínima variación en el valor de los materiales se ve reflejado en multimillonarias ganancias (...) c) Por otro lado, el tamaño de un proyecto también aumenta la credibilidad del político que la gestione, pues una construcción grande y emblemática tendrá mayor representatividad en toda la ciudadanía que una obra pequeña. d) Por último, la realización de megaproyectos permite monopolizar el sistema de licitaciones públicas para que solamente las empresas más grandes puedan participar en los procesos de adjudicación.” En el mismo sentido ROSE-ACKERMAN, S, “*La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*” Ob. Cit. P. 41.

⁷² BOTERO, J.F. “Gerencia de proyectos y control. Gestión en proyectos de infraestructura” en Revista de Derecho Público No. 14. Junio de 2002. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho, Bogotá. P. 167. “Para la ejecución de un proyecto, normalmente, se requiere la celebración de múltiples contratos con diferente objeto (diseño, ejecución, interventoría, asistencia legal, estructuración, etcétera). Los diferentes autores y gerentes de proyecto coinciden en señalar que un proyecto tiene diferentes etapas y que en esencia son: idea básica, prefactibilidad, factibilidad, diseño definitivo, ejecución, operación y liquidación.”

⁷³ Sobre el particular en el COMISIÓN EUROPEA - EUACR Ob. Cit P. 38 se afirma “While the efficiency of control mechanisms concerning pre-bidding and award phases has improved in the Member States, the implementation (post-award) phase is less closely monitored. Some national Courts of national audit offices have often pointed out that irregularities occur in the execution phase (...)”. (Mientras que la eficiencia de los mecanismos de control en relación con la fases pre-licitación, licitación y adjudicación ha mejorado en

Sobre el particular, en el EUACR, se pone de relieve que las auditorias han identificado riesgos de corrupción en la fase posterior a la adjudicación, consistentes en la insuficiente justificación de las enmiendas, la modificación de las especificaciones iniciales del contrato y el aumento del presupuesto⁷⁴. La doctrina, por su parte, coincide en calificar a esos mismos puntos como áreas vulnerables para la ocurrencia de actos de corrupción⁷⁵.

Resulta especialmente relevante llamar la atención sobre la afirmación que se realiza en el informe en cita, según la cual, de acuerdo a una investigación realizada en el 2008, el costo añadido a un contrato como resultado de las prácticas de corrupción, puede ascender a entre

los Estados miembros, la fase de la aplicación post adjudicación se controla menos de cerca. Algunos Tribunales de Auditoria u Oficinas Nacionales de Auditoria, han señalado que las irregularidades se producen en la fase de ejecución.” – (Traducción Libre). En el mismo sentido, en las recomendaciones propone “3. Strengthening of internal and external control mechanisms for the entire procurement cycle as well as during contract implementation (...) Enhance control mechanisms and tools for the post-award and implementation phase of public contracts.” (3. Fortalecer los mecanismos de control interno y externo en la adquisición y ejecución. C) Mejorar los mecanismos de control y herramientas para la fase posterior a la adjudicación y ejecución de los contratos públicos.) – (Traducción Libre)

⁷⁴ ÍDEM P. 26. En el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Ob. Cit. P. 29. “Among the cases of incorrect application we find illegal use of the negotiated procedure without publication of a notice (7), discrimination (7), direct awards (6), lack of transparency (3), illegal amendment of the contract (...) calculation of the contract value (...) Among these cases of wrong application, the infrastructure sector comes top” (Entre los casos de aplicación incorrecta encontramos el uso ilegal del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio (7), la discriminación (7) las adjudicaciones directas (6), la falta de transparencia (3), modificación ilegal del contrato (...) cálculo del valor del contrato (...) Entre estos casos de aplicación incorrecta, resalta el sector de infraestructura”) Subrayas propias y Traducción libre.

⁷⁵ El profesor CASTRO CUENCA, C.G. Ob. Cit. PP. 85-89 afirma “De esta manera, las modificaciones se han materializado en mayores costes para la inversión pública y en claros focos de corrupción (...) Igualmente, debe extremarse la vigilancia en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio del equivalente económico, el cual si bien surgió con un fundamento sólido y justificado como es la garantía del contratista frente a los poderes exorbitantes de la Administración, puede concluir en el pago de una indemnización indebida.(...) El mecanismo más sencillo para la obtención de un beneficio extra posicional en la contratación pública es el aumento indebido del valor del contrato público, es decir, el cobro de un valor muy superior a los precios del mercado por la venta de un bien o la prestación de un servicio, para apropiarse de la diferencia, evento tan generalizado como grave, pues la mayoría de las obras públicas presenta un sobreprecio considerable que desafortunadamente hace parte de la corrupción gris (...)” en el mismo sentido TANZI, V. Ob. Cit. P. 38 “La inversión pública es una zona del gasto público en el que la corrupción puede y de hecho juega un rol importante. Además, esta tiene características que la hacen vulnerable a la corrupción (...) La empresa que ejecutará el proyecto deberá ser seleccionada, la duración y el precio debe ser consensuado; y la posibilidad de recontrataciones debe ser restringida para prever que algún proponente gane el contrato con una oferta baja que deba ser revisada más tarde. (...) los proyectos deben ser inspeccionados para tener certeza de que se desarrollan de acuerdo con las prescripciones y no están reduciendo los costos de las empresas rebajando la calidad del proyecto. Todas estas etapas pueden por sí mismas involucrar el pago de sobornos.”

el 20 y 25% del coste total del contrato⁷⁶. A lo anterior la profesora MEDINA ARNAÍZ agrega:

“La razón de este sobrecoste es evidente: las empresas revierten en el contrato los pagos realizados en concepto de sobornos a los funcionarios, técnicos o políticos que intervienen en la adjudicación de contratos públicos”⁷⁷.

Con lo desarrollado hasta este punto podemos sostener que la contratación pública presenta un alto riesgo de corrupción. Entre de los diversos tipos contractuales, los contratos de obra pública aparecen como especialmente vulnerables, en atención a la complejidad técnica y practica de sus prestaciones. Así pues, es posible inferir que la ejecución del contrato es una fase donde los actos de corrupción pueden y suelen tener lugar; para lo cual se utilizan figuras especiales de la contratación pública, como las modificaciones, el equilibrio económico del contrato o la actualización de precios.

En ese contexto, se tienen en cuenta los planteamientos de la teoría neo institucional, según la cual, para enfrentar la corrupción es necesario actuar sobre las instituciones formales, en el sentido de eliminar los incentivos, establecer controles y limitar la discrecionalidad en las decisiones de la Administración⁷⁸. No obstante, siguiendo la mencionada posición doctrinal, es necesario reconocer la existencia de instituciones informales de las que depende el éxito de las reformas, punto que excede los objetivos del presente estudio, pero que no puede ser ignorado⁷⁹.

⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA - EUACR Ob. Cit. P. 21.

⁷⁷ MEDINA ARNAÍZ, T. Ob. Cit. P. 6.

⁷⁸ ALONSO J.A., GARCIMARTÍN C. Ob. Cit. P. 45 “Semejante resultado no hace sino indicar que la corrupción es un síntoma de la imperfección de las instituciones de un país. Sólo actuando sobre el marco institucional se podrá corregir el problema: hacerlo solo a través de los síntomas, aunque necesario, puede no solucionar los problemas de fondo a los que el fenómeno remite.”

⁷⁹ ALONSO J.A., GARCIMARTÍN C. Ob. Cit. P. 23 “Por último, la corrupción implica la presencia de, cuando menos, dos agentes: el corrupto y el corruptor. Para analizar el vínculo entre ambos es obligado considerar: i) en primer lugar, la relación de poder que existe entre ambas partes, que a su vez puede encerrar fenómenos de información asimétrica, monopolio o capacidad de coacción; y ii) en segundo lugar, los incentivos que guían la actuación de ambas partes y, más en particular, desde el punto de vista del corruptor, los rendimientos que espera de esa transacción corrupta.” En el mismo sentido, BOEHM, F., LAMBSDORFF, J.G. Ob. Cit. P. 59 “Por un lado, el análisis neo institucional lleva a considerar estrategias relacionadas con el aumento, en cada una de las fases descritas, de los costos de transacción de los acuerdos corruptos. Pero lo que es

En consecuencia, para analizar la causa y proponer una alternativa de solución al problema planteado es necesario estudiar las instituciones jurídicas que regulan el contrato de obra pública y las variaciones que se producen en la fase de ejecución. Dentro de ese abanico de instituciones se hará hincapié en el ejercicio del *ius variandi*.

2.1 Contratos de obra pública y ejercicio del *ius variandi*

El contrato público es un negocio jurídico, por regla general, oneroso, conmutativo y sinalagmático⁸⁰. El objeto y las características de la relación jurídica que de él se derivan son determinados por la Administración en ejercicio de una facultad discrecional limitada, en parte, por conceptos jurídicos indeterminados, por lo que algún sector de la doctrina lo considera un contrato de adhesión⁸¹.

más importante, el tipo de relación corrupta que describimos en la segunda parte, se caracteriza por su vulnerabilidad frente a comportamientos oportunistas de los socios corruptos (...) A diferencia de las estrategias clásicas, que se basan en un enfoque impuesto desde arriba, aquí se proponen incentivos que fomenten un comportamiento contrario a la corrupción desde abajo, para involucrar no solamente a los honestos sino también a los que ya participaron en acuerdos corruptos. Este es el desafío que postula Lamsdorff (2008).”

⁸⁰ Artículo 2.1 del RDLCSP; Artículo 1.2a Directiva 2004/18/CE; Artículo 2.5, PDCSP/14. SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” en “Revista Digital de Derecho Administrativo” No. 1 Año 2009. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. P. 13 “Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal,(...) y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.” En relación con el contratista que concurre con la administración a la celebración del contrato LINDE PANIAGUA, E. Ob. Cit. P. 453

⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. P. 29 “El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se debe expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida” en relación con la característica de contrato de adhesión: COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 375. “Estos pliegos forman parte del contrato, y el contenido de éste no puede contener cláusulas contrarias a los mismos, por lo que el contrato administrativo es esencialmente de adhesión.”

El contrato de obra pública, es aquel cuyo objeto consiste en la realización de trabajos de construcción o ingeniería civil con función económica o técnica independiente, sobre un bien inmueble. El objeto puede incluir en algunos casos, la realización de estudios y la redacción del proyecto correspondiente⁸².

La causa del contrato público, entendida como la finalidad económica y social perseguida por los contratantes, es el elemento esencial para diferenciar a los contratos públicos de los privados. Lo anterior, por cuanto esa finalidad, que corresponde a la función económica de cada tipo contractual, debe estar dirigida a la satisfacción del interés general, al igual que cualquier otra actuación de la Administración Pública⁸³.

En consecuencia, la causa de la prestación del particular contratista es la realización de una concreción del interés general, priorizado por la Administración Pública contratante mediante una decisión discrecional. Por su parte, la causa de la prestación de la Administración será el pago de un precio, aspecto en el que no está involucrada la realización del interés general, salvo lo relativo al cuidado y correcta inversión del dinero público⁸⁴.

La definición propuesta de contrato público y las particularidades de sus elementos tienen unas consecuencias trascendentales en las que es necesario detenerse. En primer lugar, la

⁸² Artículo 6 RDL CSP; Artículo 1b) Directiva 2004/18/CE; Artículo 2.6 y 2.7 PDCSP/14;

⁸³ COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 407 “La causa del contrato es la finalidad económico social que la Administración persigue con la celebración de cada contrato, que se define en los correspondientes pliegos de condiciones particulares del mismo, y para el contratista la contraprestación debida por la Administración. En los contratos administrativos, la causa del contrato debe corresponderse con alguna de las finalidades comprendidas específica del órgano de contratación y tener relación directa con la satisfacción o cumplimiento del interés público.” LINDE PANIAGUA, E.. Ob. Cit. P. 456. “Desde el plano de los principios, aun cuando la contratación pública, como manifestación de la actividad convencional de la Administración, pretende ser una manifestación equilibrada entre intereses generales e intereses privados los intereses generales deben prevalecer sobre los intereses privados en caso de conflicto”

⁸⁴ EXPÓSITO VÉLEZ, J.C. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. P. 319 “Lo que sucede al interior del contrato administrativo es que frente al contratista particular su prestación por regla general, siempre es asumida por la Administración. Nos referimos a la obligación natural que emana del contrato (dar, hacer o no hacer) y que es en últimas la causa de la obligación, lo que es igual a decir que es la finalidad de interés público perseguida por la administración al contratar. En cambio, la prestación de la administración, a diferencia de la del particular, se circunscribe al pago de una suma de dinero, quedando como causa de la obligación asumida por el contratista, circunstancia que no afecta al interés público, sino que sólo invade el radio de acción del contratista.”

relativización del principio de autonomía de la voluntad y las particulares consecuencias de la conmutatividad; en segundo lugar, el proceso de concreción del interés general; en tercer lugar, la justificación de las prerrogativas excepcionales.

En relación con el primer punto, debe advertirse que el contrato público y el privado son dos especies de una misma categoría de negocio jurídico. Sin embargo, en atención a los diversos objetivos que persiguen, presentan particularidades en cuanto a los principios que informan las relaciones contractuales⁸⁵. Sin desconocer la amplitud de la discusión doctrinal sobre la materia, se hará referencia únicamente al principio de la autonomía de la voluntad y a la característica de la conmutatividad⁸⁶.

Sobre el particular, es necesario aclarar que los contratos públicos, en cuanto a su celebración, no son el ejercicio de una potestad pública, sino un acuerdo de voluntades tendente a la satisfacción del interés general⁸⁷. En consecuencia, las obligaciones que de él se derivan tienen origen en la autonomía de la voluntad, pero los principios de libertad de pactos e igualdad en los que esta se fundamenta son relativizados por las limitaciones que imponen el interés general y el principio de legalidad⁸⁸.

⁸⁵ COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 375. La definición del contrato como institución jurídica pertenece a la Teoría General del Derecho y es común a todas las disciplinas jurídicas. Podemos definirlo como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de derechos y obligaciones entre ellas (LA-CRUZ). A partir de este concepto, el contrato administrativo es aquel que está regido por el Derecho Administrativo.”

⁸⁶ ÍDEM. P. 376 “No todos los Ordenamientos jurídicos, nos referimos naturalmente a los de régimen administrativo, admiten la existencia de los contratos administrativos. Singularmente no lo hacen los Ordenamientos Alemán e Italiano, y sí lo admiten los de directa influencia francesa, entre ellos el Español.”

⁸⁷ ÍDEM. P. 375 “El contrato, por tanto, no es el producto en cuanto a su celebración del ejercicio de una potestad, y por ello, la Administración tiene en la determinación de su contenido la facultad de introducir los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. En los contratos administrativos, por consiguiente, existe también una autonomía de la voluntad.” P. 411 “(...) un contrato no es el resultado del ejercicio de una potestad administrativa, como en el caso de los actos administrativos. El contrato administrativo, como señala la propia Ley, es en esencia un acuerdo de voluntades y deben cumplirse a tenor de lo que en ellos se establece.”

⁸⁸ En relación con la discusión sobre la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en la contratación pública: ÍDEM. P. 376 “Se dice así que el contrato exige como presupuestos la autonomía de la voluntad y la paridad jurídica de las partes (Mayer); presupuestos que no se dan en el Derecho Administrativo, en el que la acción administrativa está presidida por las potestades y prerrogativas de la Administración. Es evidente, sin embargo que autonomía de la voluntad para celebrar el trato existe también en el contrato administrativo, que no es producto de una potestad sino de un acuerdo de voluntades. (...) tampoco es elemento esencial la absoluta paridad de posición jurídica de las partes, porque algunos de los privilegios que ejerce la Admi-

Para garantizar la vigencia de la legalidad y el interés general en los contratos públicos, la Administración es la que define el contenido del contrato y tiene, a priori, una posición de superioridad respecto del contratista. Sin embargo, eso no implica que se elimine la igualdad y la autonomía de la voluntad, por el contrario; la conmutatividad del contrato público, con unas consecuencias particulares respecto del derecho privado, es el elemento que permite restablecer la igualdad y dar un valor fundamental a la oferta presentada por el licitador adjudicatario⁸⁹.

La conmutatividad implica que desde la celebración del contrato se determina la relación entre los beneficios y sacrificios de las partes, sin embargo las condiciones del mercado pueden alterar esa relación⁹⁰. En derecho privado esa circunstancia no incide en el conteni-

nistración en el contrato no se insertan propiamente en el contrato mismo, sino que son manifestación de la posición jurídica general de la Administración Pública, y se extienden por ello a toda su actividad sea cual fuere su naturaleza, y no propia y exclusivamente al contrato.” En el mismo sentido SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. P. 10. En sentido de negar la existencia de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales: SÁNCHEZ MORÓN, M. *.Derecho Administrativo...* Ob. Cit. P. 578 “Antes de ello es preciso señalar que la ley (art. 25.1 LCSP y art. 88 LRJPAC) establece a todos estos efectos un principio de *libertad de pactos*, según el cual, <<en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones>>. Sin embargo, la Administración no actúa en función de la autonomía de la voluntad, ya que está vinculada por su fin institucional y por la ley, por eso añade que tales pactos no pueden ser, en ningún caso, <<contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración>>.”

⁸⁹ ÍDEM. P. 579. “Es decir, no obstante tratarse de negocios jurídicos bilaterales, aquellos en los que la Administración es parte o, al menos, los más característicos entre ellos (obras, servicio público, suministro, concesiones, etc.), son contratos en los que las partes no se hallan en situación de estricta igualdad, puesto que la Administración se reserva algunas prerrogativas o facultades exorbitantes, eso sí, el contratista tiene derecho a mantener el equilibrio financiero del contrato y a ser resarcido de los perjuicios que pueda suponerle el ejercicio de tales prerrogativas.” En el mismo sentido COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 376 “De esta suerte la figura del contrato administrativo ha sustantivado la paridad de las partes en un principio esencial a la institución contractual administrativa: el equilibrio financiero del contenido del contrato en los términos en que se celebró. Cualquier alteración del contenido obliga a reequilibrar las contraprestaciones debidas por la Administración Pública. La paridad de las partes no es formal, sino que se plasma en lo sustancial, paridad o equilibrio de prestaciones y contraprestaciones de las partes, como estudiaremos más adelante.”

⁹⁰ O’CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil, tomo II Derecho de obligaciones* Quinta edición, Dijusa, Madrid. 2008. P. 220 “Los contratos onerosos, a su vez, pueden ser conmutativos o aleatorios. Contrato conmutativo es aquel en que las prestaciones de las partes están determinadas, sin riesgo de pérdida o ganancia.” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Introducción al Derecho de contratos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director) *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. “Son contratos conmutativos aquéllos en los que desde un principio aparece determinada la relación existente entre los beneficios y los sacrificios que las partes asumen.”

do o ejecución del contrato ni lo convierte en aleatorio⁹¹. En los contratos públicos, por el contrario, la conmutatividad, como garantía de igualdad, implica que la relación entre beneficios y sacrificios debe mantenerse durante todo el *iter* contractual, siempre que las variaciones no deban ser asumidas por alguna de las partes⁹².

Esa particular consecuencia de la conmutatividad en los contratos públicos, implica que las condiciones que fueron determinadas por la Administración en su estructuración, y con base en las cuales el contratista realizó las estimaciones que le permitieron presentar la oferta, deben mantenerse invariables a lo largo del contrato⁹³. Es necesario entonces pasar al segundo punto e indagar sobre la forma en que la Administración prioriza y finaliza la concreción del interés general en el objeto del contrato y cómo lo estructura para garantizar su cumplimiento.

Hasta el momento se ha afirmado que la causa del contrato público es la realización del interés general concretado por la Administración en el objeto del mismo y en la estructuración del negocio como medio para lograrlo. En el capítulo anterior se advertía que la de-

⁹¹ ÍDEM. “(...) Ello no queda en contradicho por el hecho de que la libertad de precio y las fluctuaciones de mercado puedan dar lugar a que se haya contratado a un precio ventajoso (con un equilibrio satisfactorio entre la prestación que se recibe y la prestación que se ha de cumplir), o que al día siguiente la prestación pactada y/o recibida valga mucho más o menos que su valoración contractual.”

⁹² Artículos 87.3, 89 a 90 RDLCS. Sobre el particular SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. P. 46. “para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1 498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato.”

⁹³ ÍDEM. P. 47. “En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesto en este trabajo es el del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato; estas condiciones están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también las contingencias y los riesgos previsibles que asumieron, aspectos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, deben de inmediato restablecerse. Por lo tanto, es propio del contrato del Estado el derecho de las partes al mantenimiento y restablecimiento del equilibrio financiero y económico de los contratos celebrados.” (Subrayas propias).

terminación del interés general es el resultado de una cadena cónica de concreciones que descienden de las normas generales a la decisión particular. Ahora, en materia de contratación pública, es necesario identificar cuáles son los contornos de esa determinación⁹⁴.

En primer lugar debe tenerse presente que la contratación pública es un instrumento de intervención económica con importantes repercusiones en el funcionamiento del sistema económico basado en la libre competencia⁹⁵. La Unión Europea ha reconocido que la celebración de contratos públicos, independientemente de su objeto particular, debe tender a favorecer la competencia, fomentar el crecimiento económico y garantizar la eficacia de la actuación administrativa⁹⁶. En ese sentido, la Administración pública debe observar, en materia de contratación, los principios fundamentales de la Unión Europea relativos a la existencia y funcionamiento de un mercado común⁹⁷.

⁹⁴ Se entiende que las reflexiones realizadas en relación con la vinculación al interés general por toda la actividad de la Administración pública y las disposiciones constitucionales en las cuales se fundaba esa afirmación son plenamente aplicables a la contratación pública, adicionando las relativas a los principios de equidad, eficiencia y economía en el gasto público (31.2 CE) y objetividad (103.1).

⁹⁵ RIVERO ORTEGA. R. "Introducción al derecho administrativo económico" Tercera Edición. Ratio Legis. Salamanca, 2005. P. 157 "(...) la correcta regulación de los contratos de obras públicas es un presupuesto del buen funcionamiento de la Economía de mercado, por su repercusión sobre la competencia. De ello se percató tempranamente la Comunidad Europea, que ha aprobado una abundante normativa en materia de encargos públicos (contratos de obras, suministros y servicios del sector público), dirigida a lograr la apertura real de los mercados. Para incrementar la eficacia de la Administración es necesario introducir la competencia en los mercados de encargos públicos, una cuestión clave para la eficiencia del gasto y el fomento de una Economía privada competitiva."

⁹⁶ DIRECTIVA 2014/24/UE, Considerando No. 2 "La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europea 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada <<Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado>> (<<Estrategia Europea 2020>>), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los recursos públicos."

⁹⁷ DIRECTIVA 2014/24/UE, Considerando No. 1 "La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia." COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 395.

En forma correspondiente, el RDLCSF reconoce una serie de principios que deben garantizarse en la contratación pública⁹⁸. Estos principios parten de la idea de que la competencia entre los licitadores es la mejor forma de realizar el interés general con una eficiente utilización de los fondos públicos⁹⁹. Adicionalmente se entiende que la competencia dificulta los pactos corruptos que tienden a subvertir el interés general en los negocios jurídicos del Estado¹⁰⁰.

Todo lo anterior hace referencia a la forma más adecuada para lograr la realización del interés general (garantizando la competencia, la eficiencia en el gasto y la eficacia de la actuación). Dentro de esos límites, es posible afirmar que la Administración tiene un amplio margen de discrecionalidad para identificar las necesidades a satisfacer a través del objeto del contrato¹⁰¹. Sin embargo esas necesidades deben relacionarse con las finalidades insti-

⁹⁸ Artículo 1 RDLCSF “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

⁹⁹ LINDE PANIAGUA, E.. Ob. Cit. P. 456. “Los citados principios ponen de relevancia la finalidad misma de la contratación administrativa, que considera que la obtención de las mejores obras, servicios o suministros, en la ideología que concurre en este tipo de actuación administrativa, depende de la confrontación de los posibles ofertantes en igualdad de condiciones.”

¹⁰⁰ ALONSO, J,A, GARCIAMARTÍN, C. “Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión literaria” en ALONSO J.A, MULAS GRANADOS, C. (Dir.) “*Corrupción, cohesión social y desarrollo, el caso de Iberoamérica*”, Fondo de Cultura Económica, Madrid. 2011. P. 54 “La existencia de un *clima de competencia* en los mercados es un factor potencialmente restrictor de las prácticas de corrupción, dado que tiende a reducir los espacios para la ineficiencia y para las actividades de búsqueda de rentas. Cabría decir que la competencia tiende a amplificar el coste asociado a las conductas corruptas (...)” en el mismo sentido COMISIÓN EUROPEA -EUACR Ob. Cit P. 22 “The public procurement legislation aims to ensure that procurement markets are kept open Union-wide so as to contribute to the most efficient use of public funds, thus promoting a fair, uniform and transparent platform for public spending. This can also positively influence the overall EU anti-corruption policies where transparency and fair competition play an important role in preventing corrupt practices.” (La legislación sobre contratación pública tiene por objeto garantizar que los mercados de contratación se mantengan abiertos a escala comunitaria, con el fin de contribuir a un uso más eficiente de los fondos públicos, promoviendo así un sistema equitativo, uniforme y una plataforma transparente para el gasto público. Eso también puede influir positivamente en las políticas anticorrupción globales de la UE donde la transparencia y la competencia leal juegan un papel importante en la prevención de prácticas corruptas) Traducción Libre.

¹⁰¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 595 “Aunque la ley no lo mencione expresamente, también en esta materia la Administración está vinculada de manera estricta a la ley. Ello no excluye el reconocimiento de un margen de discrecionalidad para contratar, que no debe confundirse en ningún caso con la autonomía de la voluntad. Dicho margen puede ser amplio en lo que se refiere a la decisión inicial de celebrar un contrato y en la determinación de su objeto (...) A estos efectos, la discrecionalidad

tucionales de la entidad contratante y justificarse en una priorización de intereses sociales, es decir en la concreción e individualización del interés general a satisfacer¹⁰².

Esa labor que hemos denominado individualización y concreción del interés general, se lleva a cabo en el expediente de contratación al que se refiere el Artículo 109 RDLCS. El mencionado expediente se compone de la justificación de la necesidad y la determinación precisa del objeto en el pliego de prescripciones técnicas (generales y particulares), así mismo, contiene las condiciones del contrato en el pliego de cláusulas administrativas (particulares y generales)¹⁰³.

En los contratos de obra pública la determinación precisa del objeto se realiza mediante un proyecto de obra, en el cual se incluyen todos los estudios y diseños necesarios para su correcta ejecución¹⁰⁴. En ese proyecto y con base en los estudios y diseños que lo componen, se establecen las estimaciones de las cuales se deriva el precio del contrato, las cantidades y su duración¹⁰⁵.

dad de la Administración es meramente técnica y de ahí la necesaria intervención de órganos de composición predominantemente técnica para la valoración de las ofertas, como son las mesas de Contratación, las Juntas de Contratación o similares.” SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. P. 32. Lo anterior significa que para el caso de los contratos estatales, fundamentalmente en lo relativo a la estructuración del negocio, y por lo tanto a la definición de su contenido, la administración competente goza de una amplia y clara facultad discrecional, sujeta a los parámetros de la ley de contratación pública y las normas de los códigos Civil y Comercial (...) hemos reiterado a lo largo de este estudio, de todas maneras limitada la facultad, de ninguna manera absoluta, sino sujeta a los marcos conceptuales, de principios y reglas constitucionales, legales, al orden público, a los propósitos de la buena administración y fundamentalmente del interés público y general.”

¹⁰² ÍDEM. P. 26 “Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del pacta sunt servanda o de la igualdad. En estos casos, la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que éstos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes de los de las personas individualmente consideradas.” SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 593 “(...) *necesidad e idoneidad del contrato* (art. 22 LCSP), que impide a los entes del sector público celebrar otros contratos que aquellos que sean necesario para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales y exige que el objeto y contenido de cada contrato sea idóneo para satisfacer las necesidades que con él pretenden cubrirse.”. RDLCS Artículo 22.

¹⁰³ RDLCS Artículo 109. SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 604 a 606.

¹⁰⁴ RDLCS Artículos 121 y 123.

¹⁰⁵ RDLCS Artículo 123. “Los proyectos de obras deberán comprender, al menos: b) Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados

El grado de detalle y seguridad de esas estimaciones determinan el nivel de riesgo de variaciones en la ejecución del proyecto. En atención a ese nivel de seguridad los oferentes estructuran la propuesta económica y definen su participación en la licitación, pues es con base en el proyecto de la Administración que se calculan los costos y las ganancias esperadas, de forma que cualquier variación incidirá en la rentabilidad del negocio¹⁰⁶.

Todo lo anterior nos permite concluir que el proyecto de obra o el expediente de contratación son el punto de referencia al cual se debe acudir para garantizar la conmutatividad del contrato. Igualmente a partir de esos instrumentos es posible establecer las desviaciones del interés general que se pudieren presentar en la ejecución, condición necesaria para la existencia de un acto de corrupción¹⁰⁷.

Ahora bien, en este punto es necesario aclarar que si las decisiones que componen el proyecto de obra son contrarias al interés general por contradecir alguno de los eslabones de la cadena de concreción, el contrato adolecerá de objeto o causa ilícita y por lo tanto será posible alegar su nulidad¹⁰⁸. Es necesario tener en cuenta que con anterioridad a la celebración del contrato, el acto administrativo por el cual se aprueba el expediente de contratación es

por su ejecución. d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. e) Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.”

¹⁰⁶ BOTERO, J.F., Ob. Cit. P. 172 “Lo que técnicamente debe hacerse es señalar, en los estudios y términos de referencia del proceso licitatorio, cuál es el nivel de confianza de los estudios que está presentando y responder por ello. Si el contratante señala que los estudios que está presentando tienen un nivel de confianza de 70%, el oferente, al utilizar tales estudios, sabrá que hay un riesgo alto y decidirá libremente si lo asume o no (...) Por tanto, si el Estado está presentándoles a los oferentes unos estudios técnicos con un bajo nivel de confianza, esta invitando a los potenciales oferentes a asumir un alto riesgo técnico y, por tanto, tendrá consecuentemente unas ofertas económicas que deberán cubrir razonablemente ese riesgo. Habrá unas propuestas económicas altas.”

¹⁰⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. PP. 26 y 27

¹⁰⁸ ÍDEM. “En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.” COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 408 “Son nulos los contratos que tengan una causa ilícita. Por ejemplo, si el contrato se hubiera realizado únicamente con el fin de favorecer a un contratista y no para satisfacer una finalidad pública (...)”.

un acto separable y su nulidad puede ser declarada si se presenta una desviación de poder¹⁰⁹.

Por otra parte, como se advirtió, la Administración Pública tiene, a priori, una posición de superioridad respecto del particular contratista. Por un lado es la entidad contratante la que redacta, diseña y estructura el negocio jurídico; por el otro, la Administración goza de unas facultades excepcionales o exorbitantes que serían consideradas abusivas en un negocio privado.

Esas facultades, se reitera, tienen como finalidad última garantizar la prevalencia del interés general en la relación contractual y su adecuada realización¹¹⁰. Sin embargo como consecuencia de la vigencia del estado de derecho, en el que la Administración debe responder por sus acciones y se encuentra vinculada por el principio de legalidad; es necesario indemnizar al contratista, cuando producto del ejercicio legítimo de una facultad exorbitante se le genere un daño, que puede consistir en la alteración de la relación inicial de costes y beneficios, propia de los contratos conmutativos¹¹¹.

Ahora bien, es necesario preguntarse cómo se determina si el ejercicio de una prerrogativa exorbitante fue legítimo. Al respecto debe afirmarse que como en cualquier potestad pública, la Administración debe cumplir con la finalidad perseguida, que en este caso se concreta

¹⁰⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit.606 “<<Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación, aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. (art.94.1LCSP), que implica asimismo la aprobación del gasto, salvo excepción. Esta resolución constituye un *acto administrativo separable e impugnabile* directamente por los interesados, que pueden reaccionar así, entre otras cosas, contra las eventuales ilegalidades de los pliegos de cláusulas, prescripciones técnicas y condiciones especiales de ejecución.”

¹¹⁰ ÍDEM. P. 579 “(...) la concurrencia de este peculiar *elemento finalista*, que no existe en las relaciones jurídicas privadas, conlleva que los contratos públicos, una vez celebrados, puedan reformarse, modificarse e incluso resolverse cuando el interés público lo exige y supone que la Administración no se desentienda de su ejecución, sino que adopte una actitud vigilante y asuma, en su caso, facultades que le permitan dirigir instrucciones al contratista o resolver las dudas que surjan sobre la interpretación y el cumplimiento del contrato.”

¹¹¹ COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 411 “Dichas prerrogativas, por lo tanto, están dirigidas a un solo fin, como corresponde a potestades-función, el de garantizar el interés público objeto del contrato; y sólo dentro de los límites y con la sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia LCA pueden ser ejercidas. Por ello, se establecen las adecuadas garantías para el contratista y se subordinan al fundamental principio de respeto al equilibrio económico de los contratos, que generará la obligación de compensar económicamente al contratista en los casos señalados en que tal equilibrio se rompa.”

en la realización del interés general individualizado en el objeto del contrato. Adicionalmente, se deben respetar cada una de las condiciones y requisitos establecidos en la ley para ejercer esa facultad¹¹².

En consecuencia, cuando la Administración ejerza las facultades de resolución unilateral, interpretación y modificación del contrato público, debe respetar los límites establecidos en la ley. En atención al tema propuesto en el presente trabajo, corresponde analizar con detenimiento las condiciones, requisitos y finalidades que determinan el correcto ejercicio de la facultad exorbitante de modificación unilateral conocida como *ius variandi*.

Como se mencionó, la estructuración de los contratos y la determinación e individualización del interés general, que en cada caso se persigue, se realiza en el expediente o proyecto de obra. Así mismo se afirmó que el grado de detalle y seguridad de las estimaciones realizadas a partir de esos estudios determinan la probabilidad de que se presenten variaciones en la ejecución de la obra.

Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta que los expertos en la materia reconocen que las variaciones respecto de lo planeado son consustanciales a la estructuración y ejecución de los proyectos¹¹³. La probabilidad de que esas variaciones se produzcan, por motivos no imputables a las partes, se denomina riesgo de construcción o técnico¹¹⁴. Cuando el

¹¹² ÍDEM.

¹¹³ BOTERO, J.F, Ob. Cit. P. 174 “Por tanto, nuevamente se afirma que la variación en el plazo, las cantidades o los costos de una obra es inherente a los proyectos. Pero estas variaciones deben presentarse dentro de unos márgenes aceptables como los indicados, los cuales, salvo contadas excepciones (que requieren manejo especial), son medibles, pueden proyectarse técnicamente y, por tanto, son razonablemente previsibles.” En el mismo sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M., “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción” en *Revist@ e – Mercatoria*, Volumen 6, Número 1 (2006) Universidad Externado de Colombia. P. 3 “Es un pensamiento común que los proyectos de construcción e infraestructura, sin importar su tamaño, son riesgosos por naturaleza.”

¹¹⁴ MORALES NEIRA M.L., RAMÍREZ TORRES G.L, ROMANO REBOLLEDO L.E. “Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional” en *Revist@ e – Mercatoria*, Volumen 8, Número 2 (2009) Universidad Externado de Colombia. P. 7. “Por otra parte, a la par de las definiciones jurídicas antes mencionadas, algunas definiciones modernas han preferido abordar el riesgo de un contrato a partir de conceptos técnico económicos. (...)Para LESSAR y MILLAR, el riesgo es la posibilidad de que el proyecto, sus eventos e impactos resulten diferentes a lo que se planeó originalmente.” En el mismo sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ MAXIMILIANO, Ob. Cit. PP. 3 y 4. “El riesgo es igualmente definido como la posibilidad de que el proyecto, sus eventos, el impacto y la dinámica de sus resultados se presenten de una manera diferente a la anticipada por las partes. Con referencia a su definición en el ámbito de la construcción acogemos

hecho es imputable a alguno de los contratantes, estamos en el terreno de la responsabilidad y no en el del riesgo¹¹⁵.

En consecuencia, si el nivel de riesgo está determinado por la seguridad y confianza de las estimaciones que se realizan en los estudios y diseños; debe concluirse que a mayor nivel de detalle en el proyecto, mayor seguridad tendrán las estimaciones y menor será el riesgo. Sin embargo el nivel de detalle de un proyecto es directamente proporcional al costo del mismo, por lo que la Administración debe decidir cuál es el equilibrio óptimo entre seguridad y costo¹¹⁶. Siendo así las cosas, la probabilidad de que se presenten variaciones en un proyecto es un aspecto cuantificable y, en ese sentido abstracto, previsible¹¹⁷.

La cuantificación del nivel de riesgo es fundamental para determinar el precio del proyecto, por cuanto, una vez identificados los riesgos deben ser asignados a alguna de las partes, la cual deberá gestionarlo para reducir la probabilidad de que ocurra o reducir su impacto. Esa labor de gestión del riesgo tiene un costo que repercute en el valor del contrato. En atención a esa situación, los oferentes definen su participación en el proceso de selección y estructuran la oferta¹¹⁸.

aquella adoptada por los Estándares de Construcción Británicos 4778 de 1979, en los que se define el riesgo como “el efecto combinado de la probabilidad de ocurrencia de un evento no deseado y la magnitud del evento”

¹¹⁵ MORALES NEIRA M.L., RAMÍREZ TORRES G.L, ROMANO REBOLLEDO L.E. Ob. Cit. P. 6 “Para delimitar el concepto de riesgo en sentido estricto, consideramos pertinente distinguirlo del concepto de responsabilidad. A este respecto, BETTI afirma que mientras la responsabilidad por incumplimiento pretende hacer recaer sobre el deudor incumplido la carga del daño generado por un hecho a él imputable, el riesgo contractual apunta a establecer cómo y quién va a soportar la pérdida de la ventaja prevista por las partes en el contrato.”

¹¹⁶ BOTERO, J.F, Ob. Cit. P. 171 “El costo de los estudios y diseños de un proyecto es directamente proporcional al nivel de desarrollo y profundidad de los mismos; por esta razón, el propietario del proyecto (en nuestro caso el Estado) debe hacer un análisis costo/beneficio y determinar en qué punto tiene menor costo esperado asumir el riesgo por desviaciones sobre lo planeado, que continuar estudiando un proyecto en busca de una perfección que nunca llegará.”

¹¹⁷ Ídem. P. 174.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M., Ob. Cit. PP 4 “(...) La determinación de riesgos y su repartición juegan un papel preponderante en la estructuración económica y financiera del proyecto y en la determinación del precio que se habrá de pagar al constructor de la obra. A mayor riesgo asumido por el constructor de la obra, mayor será el precio que este requerirá para su construcción.”

Lo anterior implica que la estimación del nivel de riesgo, la determinación concreta de aquellos que afectan al proyecto en particular y su asignación, son factores esenciales para que opere la competencia entre los licitadores y para establecer la relación entre costes y beneficios del negocio, es decir la conmutatividad del contrato. En consecuencia debe concluirse que la estimación del riesgo y la asignación del mismo son elementos esenciales del contrato público¹¹⁹.

Asumir un riesgo implica soportar el costo asociado a la ocurrencia de ese hecho o situación que resulta contraria a lo inicialmente planeado, o bien beneficiarse del pago del costo de la gestión de esa incidencia que no ocurrió¹²⁰. En España la regla general en materia de asignación del riesgo es el principio de riesgo y ventura, establecido en el Artículo 215 del RDLCSP¹²¹.

Esta disposición, que se aplica al contrato de obra pública, implica que todos los riesgos le son trasladados al contratista. Como lo pone de presente la doctrina, esa forma de asignación supone varios problemas como: la negligencia en la estimación de los riesgos concretos; el encarecimiento excesivo de la oferta, o bien que el contratista no prevea el costo de la gestión, haga una oferta económica baja y en consecuencia no pueda hacer frente a los eventos en que se materialice el riesgo¹²².

¹¹⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general...”Ob. Cit. PP 42 y ss.

¹²⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M, Ob. Cit. PP 4 Esto es, si consideramos que la decisión de asumir un determinado riesgo no significa de manera alguna que la parte obligada vaya a sufrir únicamente una pérdida. La responsabilidad de soportar la carga de un determinado riesgo puede de igual manera generar un beneficio para la parte que lo asume. Supongamos que el riesgo en mención no se materializó, en cuyo caso la parte que asumió ese riesgo habrá recibido una remuneración por asumir un riesgo que nunca se materializó y que por lo tanto, no lo afectó patrimonialmente. Ahora bien, desde el punto de vista de aquel que trasladó ese riesgo y pagó a otro para que lo asumiera, si se presentó una pérdida o detrimento patrimonial. Lo anterior se da, si se tiene en cuenta que pagó por un riesgo que nunca se materializó.”

¹²¹ Al respecto debe tenerse en cuenta que la doctrina, pone de manifiesto que, en realidad el principio de riesgo y ventura es más una excepción que una regla, toda vez que las cláusulas de actualización de precios, la conmutatividad del contrato y el equilibrio económico del mismo, hacen que la Administración asuma la mayoría de los riesgos asociados a los contratos. Sobre el particular VILLAR PALASÍ J. L, VILLAR EZCURRA J.L., “El principio de riesgo y ventura” en FERRER MORANT R. G. (Dir) *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones públicas*, Segunda Edición. Thomson Civitas. 2004. PP.526 y ss. En el mismo sentido SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 621

¹²² MORALES NEIRA M.L., RAMÍREZ TORRES G.L, ROMANO REBOLLEDO L.E. Ob. Cit. P. 16.

Ahora bien, esas variaciones en el proyecto, en cuya probabilidad consiste el riesgo, se representan en el contrato público con tres instituciones: las cláusulas de actualización de precios, el reequilibrio económico de la ecuación contractual y el ejercicio del *ius variandi*. Las dos primeras son consideradas consecuencias de la conmutatividad y excepciones al principio de riesgo y ventura, fundamentándose en el entendimiento de que el contratista es un colaborador de la Administración¹²³.

En este punto es necesario detenernos y hacer algunas aclaraciones. La definición de riesgo que venimos manejando es propia de los contratos de construcción y en ella incluimos tanto el riesgo económico, consistente en la alteración de las estimaciones económicas del proyecto; como el riesgo técnico entendido como la alteración de las estimaciones técnicas del mismo¹²⁴. La materialización de los dos tipos de riesgo supone modificaciones al contrato; sin embargo las que son provocadas por riesgos económicos se resuelven con el equilibrio económico del contrato o con cláusulas de actualización de precios¹²⁵.

Por el contrario, las modificaciones que son provocadas por riesgos técnicos se resuelven mediante la institución del *ius variandi* que es una prerrogativa exorbitante y consiste en la facultad de la Administración de modificar unilateralmente el contenido del contrato para

¹²³ COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 415 “El principio de riesgo y ventura informa también la ejecución de los contratos administrativos (art. 199 LCSP) pero dicho principio se reconvierte sustancialmente como consecuencia de la doctrina del equivalente económico o ecuación financiera del contrato administrativo, que obliga a mantener la ecuación financiera pactada (...) El contratista es, en esencia, un colaborador en la satisfacción de un interés público que subyace en el objeto de este tipo de contratos. No es un simple administrado o ciudadano ajeno al círculo de operadores que actúan para lograr el cumplimiento o satisfacción del interés público; por ello, la doctrina del equivalente económico distribuye entre esta clase de operadores las consecuencias negativas, en términos de mayor onerosidad, de la ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo. Como tal colaborador es, pues, ayudado financieramente en estos supuestos para una mejor y más rápida consecución de la finalidad pública del contrato.”

¹²⁴ Sobre las diferentes categorías o formas de riesgo contractual RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M, Ob. Cit. P 4 y MORALES NEIRA M.L., RAMÍREZ TORRES G.L, ROMANO REBOLLEDO L.E. Ob. Cit. P. 16.

¹²⁵ COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 417. “(...) En todo caso, el Derecho francés distingue el riesgo imprevisible de las <<sujections imprévues>>, que suponen un caso en el que surgen dificultades materiales, no previstas y anormales para la ejecución del proyecto, a diferencia del riesgo imprevisible, que supone la alteración de la ecuación financiera del contrato por causa de carácter económico y no materiales. Sin embargo, la teoría de las <<sujections imprévues>>, aplicada especialmente en los contratos de obras públicas, no ha tenido expresa acogida en nuestro Derecho, que en la práctica canaliza estos supuestos por la técnica de los <<reformados>> o <<modificados>> del proyecto técnico, encuadrados, como sabemos, en el *ius variandi* de la Administración, con las consecuencias ya conocidas.” En un sentido similar SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 626

garantizar la correcta realización del interés general¹²⁶. En consecuencia, el ejercicio de esta prerrogativa no está fundamentado en el riesgo sino en la posición de superioridad de la Administración y así lo reconoce la doctrina tradicional¹²⁷.

Sin embargo, como se ha advertido, hoy en día, el ejercicio de las prerrogativas públicas está sometido a límites y condiciones que en el caso del *ius variandi* pueden explicarse a partir del concepto de riesgo y sus consecuencias¹²⁸. Se debe tener en cuenta que las diferencias en el tratamiento de los dos tipos de riesgo radican en el fundamento jurídico de la herramienta de solución y no en la naturaleza del problema; en el cual, la necesidad de rea-

¹²⁶ Artículo 219 del RDLCSP “1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.” Sobre el particular COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 413. “Muy distinta de las anteriores es la potestad de modificación, que permite a la Administración variar el contenido del contrato por razones de interés público debido a necesidades nuevas o causas imprevistas. La finalidad de esta potestad resulta clara, la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio del contrato en los términos pactados”.

¹²⁷ ÍDEM. P 416. “En todo caso, la doctrina francesa no incluye en estos supuestos a la compensación del *ius variandi*, por cuanto la misma tiene un fundamento distinto y perfectamente conocido incluso en el Derecho privado respecto del contrato de arrendamiento de obra, que no precisa de la apelación a la teoría de la ecuación financiera del contrato, o del equilibrio económico del contrato, ya que en el *ius variandi* las consecuencias económicas sobre el contrato traen una causa directa de una decisión unilateral del órgano de contratación que se produce en el seno de la relación contractual y para producir efectos directos en ella.” En el mismo sentido MARTÍN REBOLLO L. “La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)” en Revista Española de la Función Consultiva, Núm. 12 julio-diciembre (2009). P 43 “De ahí también que el poder de modificar el contrato sea, en realidad, una manifestación de potestades administrativas que no surgen propiamente del contrato sino de fuera de él. Se vinculan y conectan al principio general de autotutela; potestad de la que la Administración se encuentra investida no por la relación jurídica del contrato sino por la Ley y en función del interés público, que es lo que fundamenta todas las potestades administrativas, esto es, los poderes exorbitantes del Derecho común que poseen las Administraciones Públicas. En esto parece haber acuerdo unánime en la doctrina.”

¹²⁸ En relación con la necesidad de cambiar el enfoque desde el que se aborda la prerrogativa del *ius variandi* GIMENO FELIÚ, J. M. “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable” Jornadas sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013. Consejo Consultivo, Comunidad de Madrid. P.6 “La necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, que se convierte en el parámetro de control de la decisión de adjudicación de un contrato público. Y este principio extiende su influencia a la fase de ejecución, modulando la conocida potestad del *ius variandi*, quebrando la idea que tradicionalmente se había entendido, que entendía que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para los referidos principios de la contratación pública, afirmándose que tras la adjudicación se entraba en una fase ad intra en la que ya no había interés público sino exclusivamente el interés de cumplir adecuadamente lo pactado. Y en esa filosofía se encuadraba toda la legislación española.”

lizar la modificación, en uno y otro caso, se explica por la alteración de las estimaciones del proyecto¹²⁹.

La ventaja que proporciona analizar la prerrogativa del *ius variandi*, desde el enfoque del riesgo técnico, es que nos permite relacionar su ejercicio con la planeación contractual y la garantía de la libre competencia. De acuerdo con lo desarrollado hasta hora, esos dos aspectos son consustanciales a la formación y realización del interés general en la contratación pública y por lo tanto constituyen el límite y la finalidad de la prerrogativa bajo estudio.

Habiendo hecho esa aclaración y a partir del enfoque propuesto, podemos afirmar, como consecuencia, que las modificaciones al contrato serán el resultado de una alteración de las estimaciones técnicas del proyecto de obra, cuyo costo debió ser previsto por el contratista e incluido en el precio, conforme al Artículo 215 del RDLCSP¹³⁰. Así pues, el ejercicio de la potestad del *ius variandi* se planteará como una excepción al principio de riesgo y ventura únicamente en los casos de riesgos técnicos imprevisibles, evento en el cual la Administración asumirá los costos de la misma¹³¹.

¹²⁹ Sobre el particular, conviene recordar lo afirmado por SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*, ... Ob. Cit. P. 624 “De hecho la modificación de los contratos administrativos no es infrecuente, había cuenta de la larga duración de algunos de ellos, por lo que las circunstancias que inicialmente se tuvieron en cuenta pueden variar a lo largo de su ejecución, o bien porque la complejidad o dificultad de su cumplimiento aconseja efectuar reformas o retoques parciales del objeto y condiciones contractuales. A veces, sin embargo, la modificación puede deberse a defectos de las previsiones o del proyecto inicial.” (se subraya) En un sentido similar, desde el punto de vista técnico BOTERO, J.F, Ob. Cit. P. 170 “Esta condición de temporal y de único, de que nunca se ha hecho ni se volverá a realizar el proyecto de manera idéntica, hace que este tenga un comportamiento no predecible de 100%, presente variaciones y se modifique en el tiempo. Por ello, el cambio en los proyectos es inevitable, es permanente, es de su esencia. Esto para significar que no es posible estructurar y desarrollar un proyecto con acierto de 100% en su costo y/o en su plazo y/o en su diseño.”

¹³⁰ En relación con ese punto, pero partiendo de un escenario donde no todos los riesgos son asumidos por el contratista: ÍDEM. P 174 “Esas variaciones que son el riesgo normal del proyecto del proyecto, deben incluirse de manera clara y concisa en la estructuración del proyecto y del contrato, de forma que sean tenidas en cuenta por el contratista al momento de ofrecer sus precios y las incluya en ellos, de manera que las variaciones originadas en el riesgo razonable no sean reclamables como costo adicional imprevisto, sino que sean pagaderas como costo adicional previsto, como modificación prevista en el alcance del proyecto, conforme con unos parámetros de medición y pago establecidos en el contrato desde su suscripción.”

¹³¹ En este punto se presenta nuevamente la discusión en torno a la justificación del *ius variandi*. El profesor COSCULLUELA MONTANER, L. Ob. Cit. P. 416, recuerda que el pago que se realiza al contratista tiene como causa el ejercicio de la protestad exorbitante de la Administración pública, en consecuencia opera como una indemnización y no es manifestación del equilibrio económico del contrato. Por otra parte, reconociendo que detrás de la modificación del contrato lo que hay es una situación que altera las estimaciones del proyecto y de la propuesta, el profesor SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*, ... Ob. Cit. P. 626, afir-

2.2 Supuestos de reformas contractuales: Límites materiales de la Unión Europea y el RDLCSP

Llegados a este punto, es el momento de analizar las situaciones en las cuales las modificaciones al contrato público, como manifestación del *ius variandi*, pueden constituir un acto de corrupción. Al respecto se recuerda que los elementos característicos del mismo son la desviación de poder en la cual prevalece el interés privado y la producción de un beneficio particular indebido.

Respecto del segundo elemento, consideramos que las condiciones favorables que se otorgan indebidamente a los contratistas en relación con quienes fueron sus competidores al momento del proceso de selección, son beneficios particulares que incluso pueden ser susceptibles de valoración económica¹³². En consecuencia, si producto de la modificación de un contrato público se otorga al adjudicatario, sin justificación, una posición privilegiada frente a sus competidores pasados o eventuales, se está produciendo, con ese solo hecho, un beneficio particular indebido.

Ahora bien para analizar el primer elemento del acto de corrupción se recuerda que el ejercicio del *ius variandi*, es el resultado de la materialización de un riesgo, es decir, la alteración del proyecto de obra. En relación con el interés general perseguido por los contratos, las modificaciones pueden encuadrarse en dos situaciones: A) un cambio en del interés so-

ma: “Dicho sea sin perjuicio, claro está, de que la Administración le compense por los daños y perjuicios o por los mayores costes que, en su caso, suponga la modificación del contrato. La idea que subyace a esta obligación correlativa de compensar es la necesidad de mantener el equilibrio de los supuestos económicos o financieros en que se basó la adjudicación del contrato, como se deduce de los artículos 241.2.a) y 258.2 LCSP.” Con cualquiera de las dos posiciones, si se parte del enfoque del riesgo técnico, se obtiene el mismo resultado. Por un lado, al prever el riesgo y asumirlo, no se altera la conmutatividad y no es necesario reequilibrar el contrato. Por otro lado partiendo de la base de que el *ius variandi* es una prerrogativa de la administración por la que está obligado a indemnizar; en el evento en que el riesgo técnico se prevea, asigne y haga parte del precio, no existirá un perjuicio patrimonial que resarcir.

¹³² GIMENO FELIÚ, J. M. “La modificación de los contratos: Ob. Cit. P. 8. “el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió”

cial priorizado por la Administración en el objeto del contrato, o B) un cambio en la forma en que debe ser satisfecho ese interés de acuerdo con el proyecto¹³³.

En la primera situación, debe advertirse que si se cambia el interés social perseguido por el negocio, se está cambiando el objeto del contrato y eso implica la creación de un nuevo negocio jurídico diferente del inicial. En consecuencia las estimaciones que sirvieron para estructurar el proyecto original no resultan idóneas para conseguir la realización del nuevo interés público¹³⁴. Por lo tanto debe diseñarse un nuevo proyecto que tenga unas estimaciones relacionadas con el nuevo objeto y con base en estas realizar un proceso de selección para establecer cuál es la propuesta que mejor satisface el interés social ahora priorizado.

En este caso, el ejercicio del *ius variandi* no tendría como finalidad la mejor realización del interés social priorizado en el objeto original, sino su sustitución. En esas condiciones la decisión de la Administración podría estar incurso en una desviación de poder, en la cual se protege la posición contractual del adjudicatario, aun cuando la definición y la planeación del interés general perseguido por el contrato han cambiando. Adicionalmente, en este evento, se estaría eliminando a otros posibles oferentes, por lo se produce un beneficio competitivo para el adjudicatario. En estos términos es probable que se presente un acto de corrupción.

En relación con la segunda situación, se tienen en cuenta dos razones para que se modifique la forma en que se pretende satisfacer el interés general: B1) En primer lugar, que se presenten errores u omisiones en el proyecto que lo hagan no idóneo para satisfacer el interés

¹³³ Un caso como el propuesto en el literal A, puede encontrarse en la STJUE Sala Cuarta, 22 de abril de 2010, Comisión Europea/Reino de España. Asunto C-423/07. Párrafo 29 “Resulta de lo anterior que la obra C se mencionaba en el primer anuncio y en el primer pliego, pero no en los segundos. Las obras A y B no se mencionaban en los primeros ni en los segundos. En cuanto a las obras de construcción de una vía de circunvalación de Guadarrama, incluidas en el primer pliego pero no en el segundo, no estaban comprendidas en el objeto de la concesión adjudicada a Iberpistas y finalmente no se llevaron a cabo.”

¹³⁴ Sobre el particular BOTERO, J.F, Ob. Cit. P. 170 citando al Project Management Institute señala “que un proyecto es una actividad “temporal” que “involucra el hacer algo que no se ha hecho nunca, lo que lo convierte en único.” (Traducción Libre).

general¹³⁵. B2) En segundo lugar que en forma sobrevenida se haya presentado una causa imprevisible que haga que el contrato ya no pueda satisfacer el interés general en la forma proyectada.

El primero es un supuesto de responsabilidad y no de materialización del riesgo técnico. La falta de idoneidad del proyecto es un vicio de origen, lo que podría significar una invalidez por objeto o causa ilícita¹³⁶. Adicionalmente debe advertirse que las estimaciones que realizaron los oferentes se basaron en cálculos errados y por lo tanto, ninguna de las propuestas presentadas puede calificarse como la más adecuada para satisfacer el interés general que persigue el objeto contractual¹³⁷. La solución de esta situación es la resolución del contrato.

En relación con la posibilidad de ejercer el *ius variandi* para corregir los errores y garantizar la correcta ejecución del objeto contratado; debe advertirse que, aunque en términos teóricos sería posible y plausible para garantizar la correcta ejecución del interés general, en la práctica y basados en el enfoque del riesgo técnico propuesto, resulta inaceptable.

En primer lugar, como se advirtió, el error en las estimaciones materiales del proyecto contamina los cálculos realizados por los oferentes, en concreto en la estimación del riesgo y el consecuente cálculo de coste y beneficio en el que se basa la conmutatividad, todo lo cual

¹³⁵ Un evento como el propuesto se expone en el Informe Anual de Fiscalización de la Comunidad Autónoma de Cantabria, Ejercicios 2010 y 2011, No. 1.024, expedido por el Tribunal de Cuentas y Publicado el 27 de febrero de 2014, P. 136, en los siguientes términos “En cuanto al proyecto modificado del contrato No. 3 (...) se justifica en causas imprevistas en el trazado (...) ya que el proyecto original fue redactado sin acceder al terreno por tratarse, según se dice, de un “bosque de eucalipto prácticamente impenetrable” por lo que el trazado se realizó de forma aproximada. A consecuencia de ello han devenido inútiles las previsiones sobre la profundidad del trazado, por lo que la modificación supone un cambio, no sólo en el trazado, sino en las características de los elementos constructivos (...) El contrato No. 6 también ha sido objeto de un modificado por cambios en el trazado, por lo que estos modificados no responden a la existencia de nuevas necesidades, o a causas técnicas no susceptibles de previsión al tiempo de elaboración del proyecto primitivo sino a deficiencias del mismo, como se reconoce en la propia memoria que justifica el modificado No.3.” (Subrayas propias) Casos similares se exponen en el Informe Anual de Fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Ejercicios 2010 y 2011, No. 1.025, expedido por el Tribunal de Cuentas y Publicado el 27 de febrero de 2014, P.153.

¹³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*,... Ob. Cit. P. 606

¹³⁷ Debe tenerse en cuenta que si los errores y omisiones conllevan la falta de idoneidad del proyecto, no se está haciendo referencia a un nivel bajo de detalle que conlleve un alto riesgo de alteraciones en la ejecución. Por el contrario, se está haciendo referencia a un error u omisión que afectan la viabilidad o factibilidad del proyecto mismo.

tiene efecto directo en la propuesta económica. En consecuencia la elección del contratista se basa en la calificación de unas propuestas erradas, a partir de las cuales, no es posible juzgar cuál representaba la mejor opción para realizar en forma eficaz el interés público perseguido por el contrato. En estas condiciones, la modificación del contrato consolida la frustración de la función de la competencia, producida por los errores en la planeación.

En segundo lugar, si el contratista tuvo ocasión de conocer que el proyecto no era idóneo, no debió participar en el proceso, pues la presentación de la propuesta implica la aceptación de los diseños¹³⁸. El ejercicio del *ius variandi*, en este supuesto, sería un premio a la mala fe del adjudicatario, quien a sabiendas, presentó una propuesta en un proyecto mal estructurado, con la esperanza de ganar la licitación y modificar el proyecto en la ejecución y en perjuicio de sus competidores¹³⁹.

Todo lo anterior nos conduce a concluir que, al corregir los errores mediante el ejercicio del *ius variandi*, si bien en principio no se estaría vulnerando el interés público concreto en el que consiste el objeto del contrato, sí se estarían desconociendo los elementos esenciales del negocio jurídico público, como medio para la realización del interés priorizado y otros que también son objeto de tutela como el patrimonio público y la competencia¹⁴⁰. Adicionalmente esa decisión mejoraría las condiciones del contratista al eliminar a los competidores que se hubieren interesado en el proyecto correctamente estructurado. En consecuencia sería posible que se produjera un acto de corrupción.

¹³⁸ Artículo 145.1 del RDLCSP, Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el contratista cuenta con momentos específicos para recurrir los pliegos e incluso con otras oportunidades posteriores a la adjudicación, pero anteriores al inicio de las obras, para advertir los posibles errores ocultos del proyecto, sin que se produzcan los perjuicios derivados de la modificación o paralización de una obra en ejecución. En particular la comprobación del replanteo, prevista en el artículo 229 del RDLCSP.

¹³⁹ MARTÍN REBOLLO L. “La modificación de los contratos (...)” Ob. Cit. En relación con los motivos de los contratistas para solicitar las modificaciones, P. 43. “Podrían añadirse también otros motivos diversos (...) algunas prácticas viciosas consistentes en ofertar precios bajos, obtener la adjudicación y solicitar luego la modificación con la presión añadida de la urgencia en la ejecución del proyecto y las dificultades de una nueva adjudicación.” P.96. “Quien propicia la nulidad o la conoce, y aún así se vincula, asume un riesgo y debe participar de él y de sus consecuencias. Y ese riesgo puede matizar las eventuales consecuencias patrimoniales en caso de que efectivamente se haga realidad al anularse el contrato.” (se subraya)

¹⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general...” Ob. Cit. P. 28. “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.”

Por último, en relación con la causa sobrevenida e imprevisible que hace que el contrato se torne no idóneo para cumplir el objeto (B2), se debe advertir que, a diferencia del supuesto anterior, las estimaciones originales del proyecto y las propuestas sí eran adecuadas para realizar el interés público perseguido con el contrato. En consecuencia, no existe mala fe del contratista y no resultan afectadas la conmutatividad y la competencia. En ese escenario la corrección de las estimaciones y los diseños a través del *ius variandi* encuentra plena justificación en el interés general de realizar el objeto del contrato.

Sin embargo, las modificaciones no pueden suponer la sustitución del interés perseguido por el objeto del contrato, puesto que esa situación nos llevaría al primer supuesto analizado. De conformidad con todo lo anterior, la modificación del contrato en este caso no contiene los elementos que harían posible que se produjera un acto de corrupción.

Para finalizar debe tenerse en cuenta que existen algunas variaciones al proyecto que no fueron contempladas como hipótesis, por cuanto no las consideramos una modificación en la forma en que debe ser satisfecho el interés general. Nos referimos a aquellas alteraciones del proyecto inicial que son el resultado del nivel de seguridad de los diseños presentados por la Administración, las cuales fueron previstas y estimadas por todos los oferentes. En relación con estas no cabría hablar de corrupción y, en atención a que hacen parte de la estructuración original del negocio, no deberían suponer un sobrecosto.

Las hipótesis teóricas propuestas nos han permitido identificar cuándo es posible que en el ejercicio del *ius variandi* se presenten los elementos que componen el concepto del acto de corrupción¹⁴¹. Lo anterior nos sirve para tener un criterio con base en el cual analizar los límites normativos al ejercicio de *ius variandi*.

¹⁴¹ Es pertinente insistir en que el acto de corrupción propuesto en el presente trabajo no implica per se la estructuración de una conducta penalmente relevante. El análisis que se está realizando se agota expresamente en el Derecho Administrativo como herramienta preventiva para evitar que se estructuren los elementos típicos de alguno de los tipos penales que responden punitivamente al fenómeno de la corrupción. La necesaria articulación entre las medidas preventivas y las punitivas en materia de modificaciones de contratos de obra deberá ser objeto de un trabajo más extenso. Sobre el particular: BOEHM, F, LAMBSDORFF J.G. Ob. Cit. P. 46 “Hablar de corrupción puede ser contraproducente cuando se diseñan medidas anticorrupción.

En cuanto el *ius variandi* es una prerrogativa excepcional y por tanto una potestad administrativa, debe responder a las finalidades para las cuales fue otorgada y cumplir con las condiciones establecidas para su ejercicio. Conforme a lo afirmado anteriormente, las finalidades que se persiguen con la contratación pública son satisfacer el interés general en el que consiste el objeto del contrato y generar determinados efectos en la economía, garantizados por los principios de la Unión Europea. Se sostuvo igualmente que el ordenamiento jurídico considera que la competencia es la mejor forma de satisfacer el interés general, lo que a su vez es una herramienta útil para prevenir actos de corrupción.

Con base en lo anterior, la Jurisprudencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea ha establecido unos límites materiales para que una modificación contractual respete los principios de igualdad de trato y no discriminación del Tratado de la Unión Europea. En consecuencia cualquier modificación deberá: a) Estar prevista en los documentos previos de preparación del contrato y en el anuncio de licitación¹⁴². b) Si la modificación no se previó en los documentos preparatorios debe responder a causas imprevistas y ser necesaria para la ejecución del contrato¹⁴³. c) No se puede referir a los elementos esenciales del contrato¹⁴⁴.

No tanto porque el concepto de corrupción a veces sea un tabú y como tal cierre las puertas a un debate objetivo, sino porque esconde diversas prácticas corruptas, entre ellas el soborno, la extorsión, la malversación de fondos, el favoritismo y el nepotismo, el fraude y la colusión entre empresas que se reparten el mercado o fijan los precios (Andvig y Fjedstet, 2000). Estas prácticas tienen su propia lógica, sus propios mecanismos y realidades.”

¹⁴² STJUE Sala Sexta, 29 de abril de 2004, Comisión/Cas Succhi Di Frutta, Asunto C-496/99P. Directiva aplicable CE/37/93. “118. En efecto, si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. (...) 125. De la propia redacción de dicha sentencia se deduce claramente que, a falta de disposición expresa a tal efecto en el anuncio de licitación, se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia.”

¹⁴³ STJUE Sala Sexta, 31 de enero de 2013, Reino de España /Comisión Europea, Asunto T-235/11. Afirma el país demandado: “79. Como se ha recordado en el apartado 49 supra, se desprende del artículo 20, apartado 2, letra f), de la Directiva 93/38 que una entidad adjudicadora puede recurrir a un procedimiento sin convocatoria de licitación previa, con arreglo a determinados requisitos, para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato. (...) 88. (...) Afirma que las consecuencias prácticas de las grandes obras públicas, y sus consiguientes efectos sobre los intereses públi-

Debe advertirse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que la figura de la adjudicación por procedimiento negociado, sin publicación previa, establecida en el artículo 31.4a de la Directiva 2004/18/CE; es una forma de modificación de contratos públicos.¹⁴⁵ Salvo la disposición mencionada, en la anterior directiva sobre contratos públicos no se regula el tema de la modificación de los contratos en la fase de ejecución del contrato.

No obstante lo anterior actualmente en la DIRECTIVA 2014/24/UE, tras advertir los límites materiales establecidos por la jurisprudencia, se regulan las condiciones para modificar

cos afectados, sólo se manifiestan una vez que ha comenzado su ejecución, de manera que la única salida que permite conciliar todos los intereses públicos afectados es la de aplicar la figura de la modificación de los contratos de obra en fase de ejecución. El Reino de España entiende que esta situación no implica, tal como defiende la Comisión, una falta de previsión o diligencia por parte de la entidad adjudicadora, ni la inexistencia de las preceptivas consultas a los posibles interesados (...)” Responde el Tribunal: “90 (...) En segundo lugar, habida cuenta de los principios recordados en los apartados 79 a 81 supra, incumbía a la entidad adjudicadora, durante la fase de redacción del proyecto, actuar con toda la diligencia requerida, y, concretamente, obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados durante ese período.” En el mismo sentido STJUE sala cuarta, 22 de abril de 2010, Comisión Europea/Reino de España. Asunto C-423/07 Párrafo 72.

¹⁴⁴ STJUE Sala Sexta, 29 de abril de 2004, Comisión/Cas Succhi Di Frutta, Asunto C-496/99P. Directiva aplicable CE/37/93. “116. Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.” En el mismo sentido STJUE Sala Sexta, 31 de enero de 2013, Reino de España /Comisión Europea, Asunto T-235/11. Párrafo 70.

¹⁴⁵ STJUE Sala Sexta, 31 de enero de 2013, Reino de España /Comisión Europea, Asunto T-235/11. “50. contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38 se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución.” La disposición mencionada en la sentencia fue sustituida en términos equivalentes por el artículo 31.4a de la Directiva 2004/18/CE, según el cual “Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes: 4) respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios: a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio: — cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores o bien – cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial;”

un contrato público durante su vigencia¹⁴⁶. De acuerdo con el mencionado proyecto, la regla general es que cuando se materialice un riesgo que implique la modificación del contrato, será necesario realizar un nuevo procedimiento de contratación, salvo que se presente alguno de los siguientes eventos:

- a) Que las modificaciones se encuentren previstas en los pliegos iniciales o en cláusulas de revisión u opciones, redactadas en términos precisos e inequívocos, que especifiquen el alcance, la naturaleza y las condiciones en las cuales pueden presentarse. Esas modificaciones no pueden alterar la naturaleza global del contrato¹⁴⁷.

Frente a esta primera hipótesis, se debe resaltar que al estar previstas las modificaciones en los pliegos de condiciones, hacen parte de los riesgos estimados, cuantificados y asignados en el contrato (derivados de la seguridad de los diseños de la Administración). En consecuencia, son cambios previstos que no alteran la individualización y estructuración del interés general efectuada en el proyecto. Tampoco se afectan las estimaciones de los oferentes al momento de presentar la propuesta, de forma que no se presenta ningún perjuicio o beneficio competitivo. En ese sentido no se presenta ningún elemento del concepto de acto de corrupción.

- b) Que la modificación consista en la inclusión de obras adicionales, que resulten necesarias a pesar de no haber sido previstas en los pliegos ni en la contratación original, siempre que un cambio de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes para el poder adjudicador. El incremento en el precio del contrato, producto de

¹⁴⁶ DIRECTIVA 2014/24/UE, en el considerando No. 107 establece: “Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.”

¹⁴⁷ DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.1a.

esas obras adicionales no puede superar el 50% del valor inicial, para cada una de las modificaciones.¹⁴⁸

Esta hipótesis, corresponde a la figura de adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad, establecida en los artículos 20.2f y 31.4a, de las Directivas 1993/38/CE y 2004/18/CE respectivamente. No obstante, a diferencia de las mencionadas disposiciones, en la DIRECTIVA 2014/24/UE no se considera que se esté frente a un nuevo contrato. Igualmente no se incluyó la exigencia de que la causa de la modificación sea la materialización de un riesgo imprevisto e imprevisible, únicamente exige que no haya sido contemplada en el proyecto inicial. Esto supone una modificación de los límites materiales establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴⁹.

Adicionalmente, en relación con las hipótesis estudiadas al principio del presente acápite, se debe advertir que estamos frente a la situación de falta de idoneidad del contrato para satisfacer el interés general por omisión o error en el proyecto (B1). Es decir que, aunque se conserva el mismo objeto contractual, las obras adicionales y necesarias no se contemplaron inicialmente. En consecuencia se remite a las consideraciones realizadas al analizar la referida hipótesis y se concluye que en este supuesto sería posible la ocurrencia de un acto de corrupción y por lo tanto el ejercicio del *ius variandi* resulta inconveniente.

En relación con la limitación del precio de la modificación al 50% del valor del contrato inicial, la DIRECTIVA 2014/24/UE aclara que: “*En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones.*”. Esa previsión implica, en nuestra interpretación, que cada modificación puede tener un precio de hasta el 50% del valor original, de forma que el límite resulta inocuo.

- c) Que la modificación se derive de la materialización de un riesgo imprevisible, no altere la naturaleza global del contrato y el incremento del precio no exceda del 50%

¹⁴⁸ DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.1b.

¹⁴⁹ STJUE Sala Sexta, 31 de enero de 2013, Reino de España /Comisión Europea, Asunto T-235/11. En el mismo sentido STJUE sala cuarta, 22 de abril de 2010, Comisión Europea/Reino de España. Asunto C-423/07.

del valor inicial. Debe tenerse en cuenta que en caso de que se realicen modificaciones sucesivas el límite en el precio se aplicara a cada una.¹⁵⁰

En este supuesto estamos frente a la hipótesis de la causa sobrevenida e imprevisible que hace que el contrato se torne no idóneo para cumplir el objeto (B2). En aras de concreción se remite al análisis realizado al analizar la referida hipótesis y se concluye que la corrección de las estimaciones y los diseños a través del *ius variandi*, para adaptarlas a las condiciones existentes después acaecido el evento imprevisible, encuentra justificación en la finalidad de cumplir con el objeto contractual en el que se materializa el interés general.

Es necesario recordar que la modificación no puede implicar una variación del objeto del contrato, porque estaríamos frente a una sustitución del interés social priorizado, lo que obligaría a realizar una nueva adjudicación. Ahora bien en relación con el límite del precio de la modificación al 50 % del valor original del contrato, es aplicable la misma crítica que se efectuó respecto del literal b.

- d) Este literal se refiere a una modificación subjetiva del contrato, en la persona del contratista, aspecto que escapa a los objetivos del presente trabajo por lo que no será considerado¹⁵¹.
- e) Cuando las modificaciones no sean sustanciales, es decir, que no tenga como resultado un contrato nuevo y diferente al inicialmente celebrado. Se considera que son modificaciones sustanciales cuando de haber sido consideradas en el pliego de condiciones habrían provocado la participación de otros oferentes o la selección de una oferta diferente; cuando se altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista, de una manera no prevista en el contrato inicial; o cuando se amplíe significativamente el ámbito del contrato¹⁵².

¹⁵⁰ DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.1c.

¹⁵¹ DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.1d.

¹⁵² DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.1e. y Artículo 72.4

Excepcionalmente no se acudirá a los criterios mencionados en el párrafo anterior, cuando el precio de la modificación permite inferir que no se está frente a una modificación sustancial. En el contrato de obra se considera que el precio de la modificación no tiene carácter sustancial cuando sea inferior al 15% del contrato inicial o es inferior a los umbrales para la aplicación de la Directiva¹⁵³.

Consideramos que este literal se refiere al nivel de riesgo propio del proyecto, es decir aquel que debió considerar el contratista al analizar el nivel de seguridad de los diseños, estructurar su oferta y calcular la propuesta económica. La materialización de estos riesgos si bien supone una alteración del proyecto de obra, no tiene la capacidad de afectar la conmutatividad, ni las evaluaciones de la Administración para seleccionar la oferta más favorable. En consecuencia, en este supuesto, al igual que en el literal a), no se produce una afectación a la competencia ni a la determinación del interés general. Por consiguiente no se presenta ningún elemento del concepto de corrupción propuesto.

Ahora bien, el Legislador español, con base en los límites materiales impuestos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido en el RDLCS P unas condiciones especiales para el ejercicio del *ius variandi*. En primer lugar, establece como regla general que si fuese necesario que las prestaciones de un contrato se ejecuten en forma diferente a la pactada, se deberá resolver el contrato y proceder a un nuevo proceso de selección¹⁵⁴. Disposición que concuerda estrictamente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la DIRECTIVA 2014/24/UE. Sin embargo el RDLCS P considera dos excepciones a esa regla general:

- a) La primera se refiere a las modificaciones que hayan sido previstas en la documentación preparatoria. En esos documentos se deben mencionar, expresamente y en términos que puedan ser verificados objetivamente, los riesgos concretos que pueden dar lugar a ella. Adicionalmente los pliegos deberán contener en forma clara y

¹⁵³ DIRECTIVA 2014/24/UE Artículo 72.4.

¹⁵⁴ Artículo 5 no. 2 RDLCS P

precisa las condiciones en las que se efectuará la modificación así como su alcance y límites.

Igualmente se debe establecer *expresamente el porcentaje del precio que como máximo pueden afectar* los modificados, de forma que los licitadores puedan formular su propuesta teniendo en cuenta esos eventos. La variación presupuestal proyectada debe ser tenida en cuenta a efectos de las exigencias de aptitud y valoración de las ofertas¹⁵⁵.

Este supuesto, es plenamente correspondiente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se refiere a la misma situación contemplada en el primero de los supuestos de la directiva que comentamos hace un momento, por lo que las consideraciones efectuadas entonces son trasladables a este lugar.

Sin embargo debe resaltarse que la fórmula adoptada por el legislador español aclara expresamente lo que hemos interpretado como el trasfondo de los límites impuestos por la jurisprudencia y la DIRECTIVA 2014/24/UE. Nos referimos a que el porcentaje máximo del valor del contrato que se puede afectar por las modificaciones debe ser tenido en cuenta por los contratistas al momento de formular sus propuestas. Cualquier alteración de ese porcentaje conlleva un beneficio competitivo injustificado para el contratista y no encuentra justificación en el interés general al desconocer la forma en que se determino que se realizaría el interés social priorizado por la Administración. En consecuencia se trataría de un acto de corrupción.

- b) La segunda excepción se refiere a modificaciones que no están previstas en los pliegos o en el proyecto, pero que se consideran incluidas en el contrato por autoridad de la ley¹⁵⁶. Los supuestos que considera la norma son:

¹⁵⁵ Artículo 106 RDLCSP

¹⁵⁶ Esta disposición se puede desconocer los límites establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien en la STJUE sala cuarta, 22 de abril de 2010, Comisión Europea/Reino de España. Asunto C-423/07 Párrafos 62-65. Afirma que no es posible satisfacer la exigencia de previsión de las modificaciones en los pliegos mediante una remisión a la legislación nacional.

bi) Falta de idoneidad de las prestaciones contratadas para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato, debido a errores u omisiones en los documentos previos.¹⁵⁷

Este supuesto corresponde al analizado en la hipótesis B1 a la cual se remite. En ese lugar se concluyó que lo procedente es la resolución del contrato. No obstante al analizar la viabilidad de corregir los errores mediante el *ius variandi*, se advirtió que sería inconveniente por posible la ocurrencia de un acto de corrupción.

bii) Falta de idoneidad del proyecto por causa imprevisible técnica, consistente en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares.

biii) Fuerza mayor o caso fortuito, que hagan imposible la prestación en los términos planeados.

biv) Conveniencia de incorporar avances científicos desarrollados con posterioridad a la celebración del contrato.

bv) Necesidad de ajustar la prestación a nuevas normas técnicas, urbanísticas o medioambientales.¹⁵⁸

Estos supuestos se refieren a la ocurrencia de riesgos imprevisibles (B2), de naturaleza técnica y económica. Como se ha afirmado reiteradamente; se trata de eventos de caso fortuito, hecho del príncipe o asimilables, en los cuales la Administración asume el riesgo y realiza las modificaciones a que haya lugar. La finalidad, en este caso, conforme lo exige el ordenamiento jurídico, es restablecer el equilibrio económico del contrato y garantizar la correcta ejecución del mismo, de forma que se logre la satisfacción del interés público en qué consiste el objeto.

¹⁵⁷ Artículo 107.1a RDLCS

¹⁵⁸ Artículo 107.1b,c y e RDLCS

Ahora bien, el Numeral 2 del artículo 107 del RDLCS, establece que aun cuando se presenten los casos contemplados por el numeral primero del mismo artículo, las modificaciones no pueden alterar las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación. Esa situación ocurrirá, de conformidad con el numeral 3, cuando: se varíe sustancialmente la función y las características esenciales de la prestación inicialmente contratada; se altere la relación prestación precio; la modificación haga necesaria una habilitación y solvencia diferente a la exigida inicialmente; o esté por encima del 10% del valor del contrato. Finalmente se considera sustancial la modificación, si al haberla conocido los oferentes, el resultado de la adjudicación hubiera sido diferente.

La disposición que se acaba de comentar hace inaplicable el supuesto del artículo 107.1a, puesto que siempre que se presenten errores u omisiones en el proyecto original el resultado de la adjudicación se verá alterado, al igual que la relación prestación precio. Lo anterior en atención a que las estimaciones en las que se basaron los licitadores para realizar sus propuestas y los criterios que utilizó la Administración para evaluarlos, se basan en supuestos errados.

Finalmente, se considera de especial utilidad, para evitar eventos de corrupción, el que las modificaciones contempladas en el artículo 107 deban contar con el concepto previo del redactor del proyecto¹⁵⁹. Esta precaución implica la adecuada contradicción de los intereses del contratista con los del estructurador, quien deberá defender las estimaciones y estudios realizados y utilizados por la Administración en el proceso de selección.

¹⁵⁹ Numeral 2 del artículo 108 del RDLCS.

Conclusiones.

El acto de corrupción que tiene lugar en las actuaciones de la Administración Pública es una decisión que se encuentra determinada, en cuanto a sus motivos, por un interés particular que substituye al interés público en el que se debió fundamentar, de forma que se estructura una desviación de poder. Adicionalmente esa decisión debe producir un beneficio particular indebido relacionado con el interés particular mencionado.

El elemento central del concepto propuesto es el interés particular en el que se basa la decisión y conforme al cual produce efectos en el ordenamiento jurídico. Las medidas que pretenden evitar la comisión de actos de corrupción, en las actuaciones de la Administración pública, tienen la finalidad de impedir que en las decisiones administrativas se substituya el interés público por los intereses privados.

El interés público es el resultado de la priorización de intereses sociales y es determinado en forma gradual desde las disposiciones normativas de grado superior hasta concretarse en los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión particular. Cuando una actuación de la Administración persigue una finalidad diferente a la que resulta de la cadena de concreciones del interés público y produce un beneficio particular indebido, relacionado con algún interés privado; se está frente a un acto de corrupción.

En los contratos de obra pública, el interés general perseguido por la Administración se encuentra concretado en el objeto contractual y es descrito en el proyecto de obra, donde adicionalmente se establece la forma que la Administración considera idónea para su realización. En consecuencia, en este ámbito, la configuración de un acto de corrupción está determinada por la presencia de intereses que sean contrarios al adecuado cumplimiento del objeto contractual en los términos en que fue estructurado en el proyecto, y la consecuente producción de beneficios particulares indebidos.

Los ordenamientos jurídicos europeo y español han entendido que la forma más eficiente de satisfacer el interés público que constituye el objeto del contrato, es la libre competencia

en su adjudicación. Para que la asignación de un contrato de obra se haga en el contexto de libre competencia es necesario que todos los oferentes tengan la oportunidad de conocer el proyecto de obra y calcular sus ofertas de acuerdo a la descripción y estructuración realizada por la Administración. En el mismo sentido, la evaluación debe hacerse con el fin de establecer cuál es la oferta que resulta más conveniente en atención al interés público perseguido por el proyecto.

Las variaciones de los contratos de obra responden a la realización de riesgos económicos o técnicos; los primeros son gestionados a través del reequilibrio económico del contrato o las cláusulas de actualización de precios; los segundos mediante el ejercicio de la prerrogativa exorbitante del *ius variandi*. Si bien el ejercicio de las prerrogativas públicas se deriva de la especial posición de la Administración pública en garantía del interés general; el funcionamiento y límites del *ius variandi* se puede explicar a partir del concepto de riesgo técnico, de forma que se relacione con la planeación contractual y la conmutatividad del contrato público.

El ejercicio del *ius variandi* ante la ocurrencia de un riesgo técnico, es decir, de una variación en las estimaciones técnicas del proyecto, puede conducir a la comisión de actos de corrupción. Esas situaciones tendrán lugar cuando se modifiquen las condiciones y estimaciones establecidas por la Administración en el proyecto de obra, desconociendo las previsiones que sirvieron de fundamento a los oferentes para presentar sus propuestas.

Esa decisión constituye un acto de corrupción, por cuanto desconoce el interés público perseguido y/o la forma en que la Administración ha decidido que debe realizarse. Adicionalmente, como resultado, se produce una ventaja competitiva a favor del contratista, quien estará satisfaciendo las necesidades de la Administración sin someterse a los costes que implica la competencia en el mercado.

El RDLCS y la DIRECTIVA 2014/24/UE constituyen un avance para evitar la comisión de actos de corrupción; por cuanto establecen como regla general la imposibilidad de hacer uso del *ius variandi* cuando el riesgo técnico que se materializó, siendo previsible, no haya

sido previsto en el proyecto de obra. No obstante lo anterior, entre las excepciones a esa regla se permiten situaciones que pueden dar lugar a la configuración de eventos de corrupción como el descrito.

Los Artículos 107.1 RDLCS y 72.1b DIRECTIVA 2014/24/UE, contemplan el ejercicio del *ius variandi* para corregir errores y omisiones en la estructuración del proyecto de obra que lo hacen no idóneo para satisfacer el interés público perseguido. Esa situación conduce a desconocer los elementos esenciales del negocio jurídico público, como medio para la realización del interés priorizado, mediante la competencia y la protección del patrimonio público. Por otra parte el ejercicio de la facultad excepcional, en ese caso, implica premiar la mala fe del contratista y eliminar a los posibles competidores de un proyecto bien estructurado, lo que constituye una ventaja en la competencia y por lo tanto un beneficio particular indebido.

Bibliografía.

- ALONSO, J.A. Y GARCIMARTÍN, C. “La corrupción: definición de criterios y medición” en ALONSO, J.A. Y MULAS GRANADOS, C. (Dir.) “*Corrupción, cohesión social y desarrollo, el caso de Iberoamérica*”, Fondo de Cultura Económica, Madrid. 2011.
- ALONSO, J.A, GARCIMARTÍN, C. “Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión literaria” en ALONSO J.A, MULAS GRANADOS, C. (Dir.) “*Corrupción, cohesión social y desarrollo, el caso de Iberoamérica*”, Fondo de Cultura Económica, Madrid. 2011.
- ARIEL REZZOAGLI, B. *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*. Ratio Legis. Salamanca. 2005.
- BENITO SÁNCHEZ, C. D, CERINA, G.D, “Apuntes sobre los delitos de corrupción: problemas actuales y perspectivas de reforma” en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.D.R, MATA LLANES RODRÍGUEZ, N.P., FABIÁN CAPARRÓS, E.A, (Coordinadores) *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del código penal*, Editorial Ratio Legis, Salamanca 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Introducción al Derecho de contratos” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director) *Tratado de contratos, tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BOEHM, F, LAMBSDORFF J.G. “Corrupción y Anticorrupción: una perspectiva neo-institucional” en *Revista de Economía Institucional*, Vol., II, No. 21, Segundo Semestre/2009.
- BOTERO, J.F. “Gerencia de proyectos y control. Gestión en proyectos de infraestructura” en *Revista de Derecho Público Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho* No. 14. Junio de 2002.
- BOCANEGRA SIERRA, R. *Lecciones sobre el acto administrativo* Segunda Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- BUSTOS GISBERT, R. “Corrupción Política: Un análisis desde la teoría y la realidad constitucional” en “*Teoría y realidad constitucional*” Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial Centro de Estudios Ramos Areces. No. 25 – 1 Semestre de 2010.
- CASTRO CUENCA, C.G, *La corrupción en la contratación pública en Europa* Ratio legis. Salamanca 2009.

- CERRILLO I MARTÍNEZ A. *El principio de integridad en la Contratación Pública, mecanismos para la prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción.* Thompson Reuters Aranzandi. Pamplona 2014.
- CHINCHILLA, C. en *La desviación de poder*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1989.
- COCCIOLO, E.E. “Las mutaciones del concepto de corrupción: De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y la sociedad del riesgo” en *Revista de LLengua i Dret*; Numero 50, 2008.
- COSCULLUELA MONTANER, L *Manual de derecho administrativo* Parte General Vigésimo Primera Edición. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2010.
- COMISIÓN EUROPEA “Report from the commission to the council and the European parliament, EU Anticorruption Report” Brussels 3.2.2014 (Com (2014) 37 final). http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf -
- COMISIÓN EUROPEA, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT “Annual Public Procurement Implementation Review 2012” Brussels 9.10.2012.SWD (2012)342 final. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf
- ESTRADA, A.J. *La rama ejecutiva del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- EXPÓSITO VÉLEZ, J.C. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- FERRAJOLI, L. en “El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en IBÁÑEZ, P.A. (editor) “*Corrupción y estado de derecho, el papel de la jurisdicción*” Editorial Trotta S.A. 1996.
- FERNÁNDEZ. T.R. *De la arbitrariedad de la administración* Segunda Edición ampliada, Civitas S.A. Madrid. 1997.
- GIMENO FELIÚ, J. M. “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable” *Jornadas sobre contratación pública* Madrid, 25 de abril de 2013.

- IGLESIAS RIO, M.A, MEDINA ARNAÍZ, T. “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2004.
- IVANEGA, M.M. “*Instituciones de derecho administrativo*” Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- LINDE PANIAGUA, E. *Fundamentos de derecho administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*. 4ª Edición. Madrid 2012.
- MATALLANA CAMACHO, E. “Acción popular de moralidad administrativa” en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, No. 4, Segundo Semestre 2010.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “2. De los derechos humanos al derecho a la buena administración” en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coord.) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- MARTÍN REBOLLO L. “La modificación de los contratos (régimen, regulación y consecuencias de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)” en *Revista Española de la Función Consultiva*, Núm. 12 julio-diciembre 2009.
- MARIENHOFF, M.F. en *Tratado de derecho administrativo* Abeledo- Perrot Tomo I, Buenos Aires 1970.
- MANTECA VALDELANDE, V. “Las potestades administrativas régimen general” en *Actualidad Administrativa*, No. 18, Sección Practica Profesional, Quincena del 16 al 31 de octubre de 2011, Tomo 2, Editorial La Ley.
- MEDINA ARNAÍZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” en “*Diario la ley* No. 7382, Sección doctrina, 16 de abril de 2010, Año XXXI. Ref. D-123. Editorial La Ley.
- MORALES NEIRA M.L., RAMÍREZ TORRES G.L, ROMANO REBOLLEDO L.E. “Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional” en *Revist@ e – Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, Volumen 8, Número 2, 2009.
- O’CALLAGHAN, X. *Compendio de derecho civil, tomo II Derecho de obligaciones* Quinta edición, Dijusa, Madrid. 2008.

- RIVERO ORTEGA. R . *Introducción al derecho administrativo económico* Tercera Edición. Ratio Legis. Salamanca, 2005.
- RIVERO ORTEGA. R “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana” en *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar*. Ratio Legis. Salamanca 2004.
- RIVERO ORTEGA. R “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso Colombiano.” En “XVIII concurso de ensayos del CLAD sobre reforma del Estado y modernización de la administración pública: “como combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica” Caracas 2004-2005.
- RIVERO ORTEGA. R “Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción” en *La corrupción aspectos jurídicos y económicos* Ratio Legis, Salamanca 2000.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Syntagma, Iustel, Madrid 2012.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. “4. El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo” en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Cord.) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M., “La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción” en *Revist@ e – Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia. Volumen 6, Número 1, 2006.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, C. "Aspectos penales de la corrupción en la administración pública" en *La corrupción en un mundo globalizado, análisis interdisciplinar*. Ratio Legis. Salamanca 2004.
- ROSE-ACKERMAN, S *La corrupción y los gobiernos, causas, consecuencias y reforma*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2001.
- ROSE-ACKERMAN, S. “Economía Política de las Raíces de la Corrupción Investigación y Políticas Públicas” en IRMA ERÉNDIRA SANDOVAL, Ed, *Corrupción y transparencia: Debatando las fronteras entre Estado, mercado y sociedad*” Siglo Veintiuno Editores, México D.F. 2010.

- SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I Introducción a los Conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*, 3 Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J.O, “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico” en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia No. 1 Año 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. “Interés General” en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen III. Civitas 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo, parte general*, Sexta Edición, Tecnos 2010.
- TANZI, V. Trad. SOLIMANO, I “La corrupción y la actividad económica” en SOLIMANO, A. TANZI, V. DEL SOLAR, F. “*Las termitas del Estado, ensayos sobre corrupción, transparencia y desarrollo.*” Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile 2008.
- TRIBUNAL DE CUENTAS: Informe Anual de Fiscalización de la Comunidad Autónoma de Cantabria, Ejercicios 2010 y 2011, No. 1.024, Publicado el 27 de febrero de 2014
- TRIBUNAL DE CUENTAS: Informe Anual de Fiscalización de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Ejercicios 2010 y 2011, No. 1.025, Publicado el 27 de febrero de 2014
- TRIBUNAL DE CUENTAS, “Informe de Fiscalización de las Incidencias producidas durante el año 2012 en la ejecución de los contratos celebrados por las entidades locales de las comunidades autónomas sin órgano de control externo propio.” No.1.022. Aprobado en sesión de 30 de enero de 2014.
- VILLORÍA, M. Y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos” en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* No. 138, Abril – Junio 2012.
- VILLAR PALASÍ J. L, VILLAR EZCURRA J.L., “El principio de riesgo y ventura” en FERRER MORANT R. G. (Dir) *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones públicas*, Segunda Edición. Thomson Civitas. 2004.