



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

El Procurador General del Estado, Dr. Héctor Enrique Arce Zaconeta, en uso de sus atribuciones y funciones conferidas constitucional y legalmente, a los 9 días del mes de diciembre de 2014, emite:

DICTAMEN GENERAL 06/2014

Las Unidades Jurídicas de la Administración Pública, que asuman la defensa en controversias emergentes de contratos administrativos deben velar por la precautela y defensa legal de los intereses patrimoniales del Estado.

La Paz – Bolivia



I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. La Procuraduría General del Estado (PGE), creada constitucionalmente, tiene por finalidad promover, defender y precautelar los intereses del Estado; asimismo, se constituye en una institución de representación jurídica pública que tiene, la función de defender judicial y extrajudicialmente los intereses del Estado, asumiendo su representación jurídica e interviniendo como sujeto procesal de pleno derecho en todas las acciones judiciales y administrativas, en resguardo de la soberanía, de los bienes del patrimonio e intereses del Estado, en particular, en materia de inversiones, derechos humanos y medio ambiente, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Estado y la ley.
2. La función de defensa de los intereses del Estado desempeñada por la PGE, se complementa con las funciones de supervisión, evaluación y formación que se ejerce a las Unidades Jurídicas (UUJJ) de la Administración Pública, es así que el art. 15 del Decreto Supremo 788 de 5 de febrero de 2011 (DS 788), modificado por el art. 2.IV del Decreto Supremo 2023 de 4 de junio de 2014 (DS 2023), establece las atribuciones de la Subprocuraduría de Evaluación, Seguimiento y Formación de las Unidades Jurídicas de la Administración Pública, entre las cuales se encuentra el seguimiento y/o supervisión de los procesos judiciales y administrativos que sustancien las entidades e instituciones estatales, a objeto de instar las acciones diligentes que correspondan, debiendo emitir informes y análisis jurídicos en el ámbito de su competencia -art. 13 inc. b) del DS 788-, haciendo conocer al Procurador General del Estado los resultados obtenidos.
3. En ese contexto, la PGE, desde la gestión 2012, realizó la "Evaluación" en setenta y dos (72) UUJJ de la Administración Pública a nivel nacional, valorando las acciones de los abogados dentro de los procesos judiciales y administrativos, que se encuentran bajo su responsabilidad; es así que, se efectuó un análisis, bajo parámetros sustantivos, procedimentales y metodológicos estructurales de acuerdo al Manual de Procesos y Procedimientos para Registro, Seguimiento, Supervisión, Evaluación y Formación de UUJJ (MPP); con el fin de medir la diligencia o negligencia de las UUJJ en las acciones asumidas en defensa y precautela de los intereses del Estado.
4. Ahora bien, del seguimiento de procesos judiciales efectuado a través del Sistema de Registro de Procesos Judiciales y Administrativos, se ha constatado



que varias instituciones públicas han sido demandadas en procesos ordinarios civiles por conflictos suscitados en contratos administrativos, sin observar la competencia jurisdiccional; a pesar que jurisprudencialmente el Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que los conflictos suscitados a causa de los contratos administrativos no pueden ser dilucidados a través de procesos ordinarios civiles; por lo tanto, en mérito a dicha inobservancia los procesos se sustanciaron o se estarían sustanciando, en detrimento de los intereses del Estado.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1. LA PGE Y SU COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN DEL INSTRUMENTO PROCURADURIAL

5. En mérito a que el 7 de febrero de 2009, se puso en vigencia la Nueva Constitución Política del Estado, se ha estructurado un nuevo modelo de Estado, creándose a la PGE en el art. 229 de la Constitución Política del Estado (CPE), como una institución de representación jurídica pública, que tiene la principal función de promover, precautelar y defender los intereses del Estado (art. 2 de la Ley de la Procuraduría General Estado, Ley 064 de 5 de diciembre de 2010 -Ley 064-), la cual se complementa con las funciones de seguimiento, supervisión y evaluación al asesoramiento, tramitación y defensa legal de los intereses del Estado, particularmente en procesos judiciales y administrativos, desarrollados por las UJ de la Administración Pública, conforme determina el art. 8.3 de la Ley 064, en concordancia con el art. 231.3 constitucional, la misma que es llevada a cabo a través de la Subprocuraduría de Evaluación, Seguimiento y Formación de la Unidades Jurídicas de la Administración Pública.
6. En ese contexto, es pertinente determinar que las UJ de las instituciones y entidades de la Administración Pública se constituyen en unidades organizacionales diseñadas para asesorar, representar y patrocinar jurídicamente a sus entidades e instituciones, en los temas y ámbitos de su competencia, aplicando la normativa vigente, con todas las obligaciones y responsabilidades que contraigan en el ejercicio de sus funciones; ejerciendo diligentemente, la representación legal de la institución ante autoridades judiciales, cuando se constituye como parte actora en cualquier tipo de procedimiento, brindando el debido seguimiento de dichos asuntos hasta su resolución definitiva. Así, el art. 27 inc. g) de la Ley de Administración y Control



Gubernamentales, Ley 1178 de 20 de julio de 1990 (Ley 1178), establece que: *"Las UUJJ de las entidades del Sector Público son responsables de la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la defensa de los intereses del Estado"*. Lo que implica que la PGE no reemplaza ni se subroga las funciones de las UUJJ sino que las supervisa y evalúa a fin de precautelar y defender los intereses del Estado.

7. Ahora bien, el art. 18.8 de la Ley 064, determina la función de emitir dictámenes *"...sobre las directrices generales que deberán seguir los abogados del Estado, en resguardo del interés nacional. Los dictámenes generales emitidos sobre esta materia serán vinculantes para los abogados del Estado, quienes excepcionalmente podrán apartarse de los mismos, bajo su responsabilidad y mediante observación fundada jurídicamente"*.
8. En consecuencia, el Procurador General del Estado tiene plena facultad para emitir el presente Dictamen Procuradurial, en resguardo de los intereses del Estado, con el fin último que las UUJJ brinden un adecuado asesoramiento a las MAE's a fin de precautelar el patrimonio de sus instituciones; y en consecuencia, del Estado Boliviano.

II.2. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

9. El Estado, a través de la Administración Pública, tiene la necesidad de suscribir convenios y contratos que le permitan el logro de sus fines, para lo cual es indispensable el relacionamiento con los particulares, en razón de que el Estado no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere. En este sentido, la Administración Pública suscribe y realiza una serie de contratos de obra, provisión de materiales, bienes y servicios, y otros de similar naturaleza (contratos administrativos), así como los de arrendamiento, compraventa, donación, etc. (contratos civiles y/o comerciales).
10. En este contexto, es preciso conceptualizar al contrato administrativo; por ello, desde la perspectiva doctrinal, Alfonso Nava Negrete lo define indicando que: *"El contrato administrativo, es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público"*¹.

¹ Auto Supremo N° 281/2012 del 21 de agosto



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

11. En esa misma lógica, el autor Mariano Gomes Gonzales establece que los contratos administrativos son: "...*todos aquellos contratos en que interviene la administración, legalmente representada, y tienen por objeto la ejecución de una obra o servicio público ya sea en interés general del Estado, de la Provincia o Municipio*"².
12. Por su parte, en nuestra legislación la parte *in fine* del art. 47 de la Ley 1178, prevé: "...**Son contratos administrativos aquellos que se refieren a contratación de obras, provisión de materiales, bienes y servicios y otros de similar naturaleza**" (las negrillas y el subrayado fueron agregados). Asimismo el art. 85 del Decreto Supremo 181 de 28 de junio de 2009, Normas Básicas de Administración de Bienes y Servicios (DS 181), en concordancia con la norma señalada, dispone: "**Los contratos que suscriben las entidades públicas para la provisión de bienes y servicios, son de naturaleza administrativa**" (negrillas y subrayado añadidos).
13. Empero, en el ámbito del Derecho Privado el Código Civil (CC), en el art. 450, dispone: "(Noción). *Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica*".
14. En este marco, se evidencian las diferencias que existen entre el contrato de naturaleza administrativa y el de naturaleza civil, puesto que el primero es propio del Derecho Público y el segundo pertenece al ámbito del Derecho Privado.
15. Es así que, los contratos administrativos tienen como elementos esenciales: La concurrencia de la administración como una de las partes y la satisfacción de un fin directo o inmediato de carácter público, siendo los principales rasgos característicos de estas formas contractuales: **1)** La primacía de la voluntad de la administración, que se manifiesta en las condiciones del contrato por sobre la voluntad del particular; **2)** Las formas solemnes en el procedimiento de contratación; y, **3)** El predominio de la administración en la etapa de ejecución, que se manifiesta en las denominadas cláusulas exorbitantes, porque los órganos estatales se guardan, el poder de control y el poder de modificación

² Auto supremo 281/2012 de 21 de agosto.



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

unilateral del contrato, como instrumentos protectores de los intereses públicos.

16. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia mediante la línea jurisprudencial creada a través de los Autos Supremos 281/2012 y 286/2012, efectuando un análisis de la doctrina estableció: *"Podemos destacar como elementos generales de todo Contrato Administrativo: la existencia de un acuerdo de voluntades, la concurrencia de la Administración como una de las partes, la generación de obligaciones entre el contratista y la Administración, el acuerdo de voluntades se forma para la satisfacción de un fin directo o inmediato de carácter público. Siendo los principales rasgos característicos de estas formas contractuales: **la primacía de la voluntad de la administración por sobre la voluntad del particular**, la cual se manifiesta en las condiciones del contrato; las formas solemnes en el procedimiento de contratación; el predominio de la administración en la etapa de ejecución, que se manifiesta en las denominadas cláusulas exorbitantes, por guardarse prerrogativas propias de los órganos estatales, como son, el poder de control, poder de modificación unilateral del contrato, entre otras, manifestación expresa de su papel protector de los intereses públicos. **Otra de las particularidades de los contratos administrativos es que se diferencian con los contratos civiles en virtud de que los contratos civiles las partes tienen igualdad de condiciones pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebran conforme lo establece el art. 454 del Código Civil en cambio en los contratos administrativos "...el principio de la autonomía de la voluntad de las partes queda subordinado al interés público, por lo que no existe igualdad jurídica..."** (Elizabeth Iñiguez de Salinas), no cuentan con igualdad y la Administración Pública puede unilateralmente modificar o extinguir cualquier contrato administrativo a diferencia del particular que no cuenta con dicha facultad" (el subrayado y las negrillas son propios).*
17. Adicionalmente, los precitados Autos Supremos señalan que: *"...un contrato civil es el resultado de un proceso volitivo, en el cual la motivación de las manifestaciones de voluntad, desde el punto de vista jurídico, es esencialmente irrelevante. La decisión entonces es por completo SUBJETIVA. En cambio, un contrato administrativo se sustenta en un procedimiento cognitivo - el denominado proceso de selección - en el cual las razones por las cuales se decide contratar con una persona determinada, sea natural o jurídica, son de*



particular importancia. La decisión tomada se basa en criterios OBJETIVOS, los mismos que son susceptibles de control, sea administrativo, sea jurisdiccional; a través de un eventual proceso contencioso administrativo”.

II.3. DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LA JURISPRUDENCIA EMITIDA AL RESPECTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

II.3.1. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

18. Con relación a los contratos administrativos, si bien el Órgano Rector estableció en los modelos de contratos que las controversias suscitadas serían resueltas en la jurisdicción coactiva fiscal, de conformidad al art. 3 de la Ley de Procedimiento Coactivo Fiscal, elevado al rango de Ley mediante la Ley 1178, esta demanda debe presentarse con instrumentos con fuerza coactiva³, ello condicionando a un procedimiento previo de auditoría y la calificación de una suma líquida exigible.
19. Además, es pertinente señalar que estos contratos establecen mecanismos de resolución por causales atribuibles al contratista, al contratante y por fuerza mayor o caso fortuito, las cuales tienen un procedimiento específico en cada caso, pudiendo determinar la resolución del contrato, pero esto no implica necesariamente la solución de las controversias pendientes, ya que si es el Estado quien resuelve el contrato, debe de ejercer algunas acciones como la ejecución y el consiguiente cobro de las pólizas o boletas de garantías, registro en el Sistema de Contratación Estatal (SICOES) de la empresa que incumplió y la eventual contratación de otra empresa para que concluya con la obra.
20. No obstante de lo manifestado, las empresas que son objeto de la resolución de contrato por parte del Estado, en muchos de los casos equívocamente presentaron demandas en la vía ordinaria civil, para evitar el cobro de las boletas y/o de las pólizas que otorgaron como garantías y así impedir que sean inscritas en el SICOES, como empresas que incumplieron con el contrato

³ El art. 3 de la Ley de Procedimiento Coactivo Fiscal, Decreto Ley 14933 de 29 de septiembre de 1977, elevado a rango de Ley mediante la Ley 1178, que establece: "*Constituyen instrumentos con fuerza coactiva suficiente para promover la acción coactiva fiscal: 1. Los informes de auditoría emitidos por la Contraloría General de la República aprobados por el Contralor General, emergentes del control financiero administrativo que establezcan cargos de sumas líquidas y exigibles. 2. Los informes de auditoría interna, procesos o sumarios administrativos organizados de acuerdo a su régimen interno, igualmente aprobados y que establezcan sumas líquidas y exigibles. En el caso del inciso primero, el proceso así instituido tendrá el carácter de 'proceso de oficio'. En los casos del inciso segundo, el proceso será reconocido como "proceso por demanda".*



- administrativo, siendo en consecuencia pasibles a la inhabilitación para suscribir contratos con instituciones o entidades estatales por tres años⁴.
21. En este contexto, los jueces ordinarios en materia civil admitieron los procesos judiciales contra entidades e instituciones estatales, sean estas municipales, departamentales, nacionales y otras, asumiendo competencia y sustanciando las causas bajo el fundamento que no era posible que los administrados y/o las empresas puedan demandar en la vía coactiva fiscal porque jamás contarían con el instrumento coactivo; es decir, con un informe de auditoría, para tal efecto; toda vez que, el control interno o externo posterior está reservado sólo para las entidades o instituciones del Estado; y, en previsión de lo establecido en el art. 316 del Código de Procedimiento Civil (CPC), que establece: **"Todo asunto contencioso que no esté sometido a trámite especial se substanciará y resolverá en proceso ordinario"** (las negrillas y el subrayado me pertenecen).
22. En este marco, es menester acudir a lo determinado en el Auto Supremo 84/2012 de 25 de abril, que indica: *"Al respecto este Tribunal Supremo establece que la decisión del Tribunal Ad quem ha sido la correcta y el Auto de Vista se encuentra debidamente fundamentado respecto a que si bien en la cláusula vigésima segunda del referido contrato de obra, se establece que en casos de surgir controversias entre el contratante y el contratista, que no puedan ser solucionadas por vía de concertación, las partes están facultadas para acudir a la vía judicial, bajo la jurisdicción coactiva fiscal, **empero esa cláusula debe ser interpretada en función del art. 31 de la ley 1178, en concordancia con el art. 3 de la ley de Procedimiento Administrativo Coactivo Fiscal, de cuya interpretación se colige que esa vía esta aperturada para que en base a los instrumentos con fuerza coactiva a que hace referencia el citado artículo 3, el Estado a través de sus entidades promueva demanda contra particulares, pues en efecto actualmente la jurisdicción coactiva fiscal no tiene competencia para conocer las pretensiones de los particulares respecto al cumplimiento de los***

⁴ El art. 43 del DS 181, prevé: "(IMPEDIDOS PARA PARTICIPAR EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN). Están impedidos para participar, directa o indirectamente, en los procesos de contratación, las personas naturales o jurídicas comprendidas en los siguientes incisos: j) Los proveedores, contratistas y consultores con los que se hubiese resuelto el contrato por causales atribuibles a éstos causando daño al Estado, **no podrán participar hasta tres (3) años después de la fecha de la resolución, conforme a la información registrada por la entidad en el SICOES**" (las negrillas agregadas).



contratos que suscribieron con entidades estatales, que si bien son de naturaleza administrativa su conocimiento y resolución sigue en el ámbito civil" (negritas y subrayado fuera del texto original).

23. No obstante de lo manifestado, se debe señalar que, las resoluciones de los contratos administrativos generaron un sinnúmero de controversias y procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria civil, en la que se pretendía observar el acto de la resolución del contrato, en su forma y fondo; al respecto el Tribunal Supremo de Justicia en el Auto Supremo 286/2012 de 1 de agosto, estableció: *"Recordando la definición dada por el autor Alfonso Nava Negrete en sentido de que el contrato administrativo, es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público, diremos que los actos emanados del órgano administrativo en cuanto a la ejecución, modificación o extinción de los contratos administrativos, constituyen actos administrativos propiamente dichos y por ello sujetos al derecho administrativo y que solo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, 'por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos'. Agustín A. Gordillo en la obra Contratos Administrativos"⁵(el subrayado fue agregado).*
24. Por otra parte, la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 2341 de 23 de abril de 2002 (Ley 2341), en su art. 27, establece: *"Se considera acto administrativo, toda declaración, disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidades establecidos en la presente Ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo".*
25. Conforme a lo precitado, la resolución de contrato que emana de la Administración, por incumplimiento de contrato del contratista es un acto administrativo, que conforme establece la Ley 2341, debe ser impugnado por los medios legales que esta reconoce; es decir, haciendo uso de los recursos de revocatoria y/o jerárquico en sede administrativa, para posteriormente activar el control jurisdiccional a través del proceso contencioso administrativo, constituyéndose en consecuencia en la vía legal pertinente y no así la jurisdicción ordinaria civil.

⁵ Auto Supremo 286/2012 de 21 de agosto.



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

26. En ese mismo sentido, la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia emitió el Auto Supremo 286/2012 de 21 de agosto, estableciendo: *"Si bien por definición se presume la validez del acto administrativo, empero, por determinación de los arts. 35 y 36 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, es posible su impugnación por nulidad o anulabilidad en los casos previstos por esas disposiciones, las cuales sin embargo podrán invocarse únicamente mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en esa ley, conforme así se encuentra expresamente señalado por las citadas normas. Al respecto el Tribunal constitucional en reiterados pronunciamientos ha considerado lo previsto en las normas citadas, así por ejemplo en la S.C. 258/2007 (invocada por el propio Auto de Vista recurrido), entre otras, en la que precisó que '... la nulidad como la anulabilidad de los actos administrativos, solo pueden ser invocadas mediante la interposición de los recursos administrativos previstos en la ley y dentro del plazo para ello establecido; en consecuencia, y en virtud a los principios de legalidad, presunción de legitimidad, y buena fe, no es posible que fuera de los recursos y del término previsto por ley se anulen los actos administrativos, aún cuando se aleguen errores de procedimiento cometidos por la propia administración, pues la ley, en defensa del particular, ha establecido expresamente los mecanismos que se deben utilizar para corregir la equivocación....'"*
27. En este contexto, los jueces ordinarios en materia civil, fueron inducidos e incurrieron durante años en el ejercicio de una competencia ajena a la establecida en la ley y el ordenamiento jurídico, dando curso en muchos casos a las solicitudes de personas particulares, sobreponiéndolas al interés de la colectividad; no obstante, que la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, en su art. 122, prevé: *"Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley"*.
28. Asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia en el citado Auto Supremo 286/2012, señala: *"Por las razones expuestas se establece que el Juez A quo al haber sustanciado en la vía ordinaria la demanda de nulidad de resolución contractual de un acto administrativo como lo es la resolución dispuesta por la entidad administrativa contratante, obraron sin competencia, careciendo el proceso de uno de sus presupuestos esenciales; al respecto corresponde*



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

precisar que la competencia es de orden público y es determinada por ley, y si bien existe la posibilidad de prórroga, empero ésta ópera únicamente respecto al elemento territorio y jamás respecto al de materia, en ese sentido el art. 122 de la Constitución Política del Estado establece que: 'son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley'.

29. Siguiendo este entendimiento el Auto Supremo 478/2012 de 13 de diciembre dispone: *"Se deja en claro, que nuestra arquitectura constitucional y legal, anterior y actual, no confirió a la jurisdicción ordinaria civil la competencia para la tramitación de contención derivada de contratos administrativos, por la naturaleza misma de estos, su sustanciación en juzgados de materia civil, como es el caso, le otorgó un marco erróneo de legalidad sin que se considere de dónde nace su competencia, lo cual no puede ser consentido por el actual Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de la sumisión constitucional y legal en que se encuentra, sin que signifique restricción al acceso a la justicia, que no es el caso, es más bien la predominancia del debido proceso para los justiciables, que no debe apartarse del Juez natural, pues él es la garantía de otorgar la seguridad jurídica regida bajo un principio de legalidad"*.
30. En el mismo Auto Supremo, continúa manifestando: *"...por lo cual, al tramitar los Tribunales inferiores ordinarios en materia civil y comercial el presente como un proceso ordinario civil, han administrado justicia sin la competencia requerida, que es de orden público y su límite es fijado por Ley, lo que obliga a una irremediable nulidad procesal, lo contrario importa una sistemática prosecución de actos nulos incluso el que pudiere dictarse sin la competencia requerida, por mandato expreso del art. 122 de la Constitución Política del Estado que señala expresamente: 'Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la Ley'"*.
31. Conforme se expuso precedentemente, los jueces ordinarios en materia civil y comercial no tienen competencia para conocer y sustanciar procesos judiciales para resolver controversias suscitadas a causa de los contratos administrativos; mas por el contrario, de acuerdo a lo establecido ut supra, la resolución de contrato efectuada por una entidad o institución pública será la que posibilite que en sede administrativa la empresa o contratista pueda hacer uso de los recursos legales establecidos en la Ley 2341, para impugnar la misma, ya sea



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

mediante el recurso de revocatoria o jerárquico si corresponde, buscando así que se modifique el acto que determina el incumplimiento de la empresa en cuanto al contrato.

32. Lo expuesto precedentemente, obedece a una etapa en sede administrativa, con relación a las resoluciones de contrato que emanen de las entidades o instituciones públicas; empero, no podemos olvidar que una vez agotados los recursos de impugnación y cuando así corresponda, el particular puede iniciar el **Proceso Contencioso Administrativo** ante la autoridad jurisdiccional, mismo que debe ser presentado por el particular que considere que sus intereses legítimos o derechos subjetivos fueron lesionados o perjudicados a causa de una determinación Estatal, o cuando exista oposición entre el interés público y privado, pero previamente se debe agotar el reclamo expreso del acto administrativo a través de los recursos que determina la ley en sede administrativa.
33. Al respecto el art. 778 del CPC, dispone: *"El Proceso contencioso administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionando o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente del acto administrativo y agotando ante ese poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución hubiere afectado"*.
34. La Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia desarrollando su jurisprudencia a través del Auto Supremo 251/2014, señaló: *"La actual Constitución Política del Estado tiene connotaciones sustanciales al tema jurisdiccional, consolidando la especialización de la justicia. La norma fundamental ya no le asigna la facultad de conocer procesos contenciosos- administrativos y contenciosos al Tribunal Supremo de Justicia (ver arts. 184 Constitución Política del Estado y 38 de Ley 025) sólo le atribuye esa potestad al máximo tribunal en materia ordinaria (véase los arts. 179.I y 181 de la Constitución Política del Estado) y por otro lado define la existencia de la jurisdicción especializada, a ser regulada por ley especial que aún no se concreta. Sin embargo, esta ausencia normativa fue atenuada por el art. 10-I de la Ley N° 212 de 23 de diciembre de 2011, que establece: 'I. La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia conocerá las causas contenciosas que resultaren de los contratos, negociaciones y concesiones del Órgano Ejecutivo, y de las demandas contenciosas-administrativas, a que dieran lugar las resoluciones del mismo; hasta que sean*



reguladas por Ley como Jurisdicción Especializada', disposición normativa que dispone que la jurisdicción especializada contencioso-administrativa (en sus procesos contencioso y contencioso- administrativo) será regulada por Ley especializada, en tanto, transitoriamente, tiene como ente tutelar jurisdiccional a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia".

35. Finalmente, con relación a este aspecto existe también un nuevo elemento determinado en el Auto Supremo 251/2014 de 22 de mayo, que lo denomina **"El contrato administrativo regido por el Derecho Público, solución sustantiva y no procesal"**, en el que nuestro máximo Tribunal de justicia ordinaria por intermedio de su Sala Civil expone y manifiesta: *"En conformidad a lo antes fundamentado, se debe señalar concluyentemente que el contrato administrativo en su tramitación de divergencias es, en un proceso contencioso ante el órgano jurisdiccional especializado, situación que no deviene de una apreciación jugada en el plano procesal, sino que deviene de una lectura sustantiva del contrato en cuestión, ya que el mismo, en su contenido y objeto no es posible explicarlo desde el Derecho común de las obligaciones, por cuanto su existencia está vinculada al interés público. En ese análisis, el encausar la contención emergente de un contrato administrativo a un Juez ordinario civil repulsa la materia misma de juzgamiento, ya que se desconoce la naturaleza de ese acto jurídico, pues si su régimen es el Derecho Público es ilógico que su tratamiento se realice como una cuestión privada, en tal caso, es la naturaleza sustantiva que tiene su fuente en el Derecho especial la que incita su conocimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y no un entuerto procesal; en otras palabras si se acepta la existencia del contrato administrativo, con sus características ya anotadas, se está aceptando que ese contrato contiene un régimen de Derecho Público de lo que resulta, indefectible, que se procese ante la jurisdicción contenciosa- administrativa".*

II.3.2. DE LOS PROCESOS CONTENCIOSOS Y CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

36. A fin de diferenciar un proceso contencioso de un proceso contencioso administrativo es pertinente acudir a la jurisprudencia y con ello a la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de Justicia al respecto, que si bien existe vasta jurisprudencia desde el Auto Supremo 281/2012 de 21 de agosto a la fecha, es el Auto Supremo 251/2014 de 22 de mayo, que por primera vez estableció una idea lógica al respecto.



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

37. En ese orden de ideas, el precitado Auto Supremo 251/2014, establece: *"En éste afán de examinar la jurisdicción contencioso -administrativa, exploremos la arquitectura constitucional y legal pertinente al caso. Es así que, en la Constitución de 1967 la jurisdicción contencioso-administrativa ya se encontraba concebida como jurisdicción especializada, en ese sentido el art. 116.III establecía que: 'La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional' (subrayado no corresponde al texto original). Y como proceso, lo contencioso y contencioso-administrativo se encontraban normados en el art. 118.7 de la norma suprema que establecía como atribución de la Corte Suprema: 'Resolver las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder ejecutivo y de las demandas contencioso-administrativas a las que dieran lugar las resoluciones del mismo'. Lo propio sucede en el marco de regulación del Código de Procedimiento Civil, aún vigente, en sus arts. 775 y 778 regulan el proceso contencioso resultante de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y el proceso contencioso-administrativo a que dieran lugar las Resoluciones del Poder Ejecutivo, respectivamente"* (el subrayado es agregado).
38. Conforme a la exposición desglosada precedentemente, la diferencia de estos procesos está plenamente explicada en nuestra normativa legal vigente, y que con anterioridad la Constitución Política del Estado de 1967, ya expuso con claridad esta diferencia, determinando que el **proceso contencioso obedece a un conflicto emergente como resultado de un contrato, negociación o concesión del poder ejecutivo**, que en el caso particular de bienes y servicios es perfectamente aplicable sin que ello signifique desconocer que puede ser invocado también cuando exista otros contratos, negociaciones o concesiones que no necesariamente se refieren a bienes y servicios (hidrocarburos, minería, etc.).
39. En cambio, el **Proceso Contencioso Administrativo es un proceso que es invocado para impugnar en la vía judicial resoluciones emitidas por el Estado, que necesariamente no tengan otra vía o forma de ser modificadas o revocadas por la entidad pública que emitido dicho acto administrativo, como la instancia de control judicial a la fase administrativa**, que a diferencia del proceso contencioso, éste exige que no exista otro medio de impugnación y debe ser tramitado de puro derecho ya que



- observará si evidentemente se restringió o limitó un derecho privado en la tramitación de los recursos en sede administrativa.
40. El precitado Auto Supremo 251/2014, también dispone al respecto: *"Véase como es que la Constitución en 1967 distingue la vía 'ordinaria' de la vía 'contenciosa y contencioso- administrativo', evocando no sólo la diferencia de estas dos jurisdicciones, sino más bien el tratamiento especial que merece la Administración en su relación con los particulares, distinción puntual que se hizo en los arts. 775 y 778 del Código de Procedimiento Civil el año 1975. El legislador constitucional, discernió puntualmente estas jurisdicciones -aunque las llama vías- es así que, antes de la reforma constitucional de 1994, la Constitución Política de 1967 en su art. 122 señalaba en las atribuciones del Poder Judicial, y con absoluta claridad, disponía que le correspondía a la **Justicia Ordinaria: '1. El conocimiento de todos los litigios entre particulares y entre éstos y el Estado, cuando éste actúa como persona de derecho privado'**; previsión constitucional, donde aún se concebía la doble personalidad del Estado, que demarca el límite de la justicia ordinaria para el conocimiento de litigios cuando el Estado actuaba como persona de derecho privado, en contrario sensu, la justicia ordinaria no tenía facultad para conocer estas demandas si el Estado ejercía actos como persona de derecho público, pues no se entiende de otra manera esta distinción, y es bajo estos preceptos constitucionales que el legislador **ordinario estructuró los arts. 775 y 778 del Código de Procedimiento Civil el año 1975. Por lo manifestado queda claro que la norma constitucional le otorgó un ámbito especial de jurisdicción al Estado, o sea, a la Administración Pública, designándole como Juez competente a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia**, pero no al Juez ordinario, reconociendo esa máxima de derecho que orienta: 'lo privado al derecho civil y lo público al derecho administrativo'"*.
41. De la precitada jurisprudencia, se puede observar que existía una concepción en cuanto a la doble personalidad con la que actuaba el Estado para desarrollar sus funciones, entendiéndose que algunos actos los celebraba como persona de Derecho Privado y otros como persona de Derecho Público, entendimiento que se encontraba previsto aun en nuestra Norma Suprema; empero, doctrinal y legalmente se dio una evolución en cuanto a la concepción de la personalidad del Estado la misma que es reconocida como única y dentro del Derecho Público.



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

42. Respecto a la doble personalidad del Estado algunos tratadistas señalaban que: *"El Estado cuando dispone de sus bienes privados, efectúa acto patrimonial, opera en el campo del derecho privado, en cambio, cuando el Estado presta un servicio público realiza un acto de administración, actúa como persona de derecho público, acotando que 'En virtud de esa personalidad de derecho público (...). la Administración pública puede rescindir sus contratos administrativos directamente, o revocar el acto en cuya virtud se ha contratado'"*⁶.
43. En cambio hoy, la concepción doctrinal sobre la personalidad única de Estado se encuentra ampliamente sustentada, en ese sentido el tratadista Agustín Gordillo en una cita de otros autores manifiesta: *"...Es que se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que 'el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos'"*⁷.
44. Por otra parte, es evidente que los arts. 775 al 778 del CPC, se refieren en su redacción al "Poder Ejecutivo", que en muchos de los casos fue utilizado como un argumento que por parte de los particulares (empresas), tratando de evitar que sus procesos en sede ordinaria sean remitidos a la jurisdicción competente, para la solución de las controversias emergentes de los contratos administrativos; al respecto el Tribunal Supremo de Justicia estableció: *"...Bajo esta perspectiva, no se puede concebir que la referencia de 'Poder Ejecutivo' sea un diseño normativo para el órgano ejecutivo central sin ningún reparo a los*

⁶ Bielsa, Rafael. "Principios de Derecho Administrativo". 3ra Ed. Ediciones de Palma, Buenos Aires - Argentina. 1963.

⁷ Pena, Varela y otros, en el informe de la Comisión que proyectó un Código Contencioso Administrativo para el Uruguay, citado en Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 161, nota. La doctrina tradicional hablaba de una "doble personalidad del Estado" (Bielsa, *op. cit.*, p. 215 y ss.), pero la mayoría de la doctrina posterior niega esta doble personalidad del Estado y se pronuncia por la personalidad única; Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, pp. 161-3; Diez, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69; Bullrich, Rodolfo, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1942, p. 127; Marienhoff, *op. cit.*, p. 362; Altamira, Pedro Guillermo, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 131; Canasi, José, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, t. I, p. 20; Dromi, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 57 y ss. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO-AUGUSTIN GORDILLO



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

transformaciones político administrativas que el Estado ha sufrido a lo largo de décadas, ya que con una concepción tan limitada no se entendería cómo al presente se desarrolla el proceso contencioso administrativo que fue previsto para dilucidar los casos de oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho hubiere ocurrido previamente ante el 'Poder Ejecutivo'; común denominador en estos procesos que deben ser interpretados de forma amplia y desde la Constitución Política del Estado..."⁸.

III. MOTIVACIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO

45. Conforme se expuso en el presente documento las entidades e instituciones públicas con el objeto de satisfacer las necesidades de la población, suscriben contratos administrativos, ordenes de servicio y de provisión, en el marco de las Normas Básicas de Administración de Bienes y Servicios, actividad que se realiza en nuestro País desde la década de los noventa del siglo pasado, donde no siempre se cumple a cabalidad lo estipulado en la mayoría de los casos, porque las empresas incurren en incumplimiento.

⁸ Auto Supremo 251/2014 "En ese entendido debemos hacer una breve puntualización del art. 775 del Código de Procedimiento Civil, que hace referencia al proceso contencioso que procede cuando existiere contención emergente de los contratos, negociaciones o concesiones del 'Poder Ejecutivo'; recordemos que en la época que se estableció esta norma legal, bajo el amparo de la Constitución de 1967, el Poder Ejecutivo tenía una atribución única de administración del cosa pública, merced a la forma de Estado y Gobierno que era unitaria y centralizada, es así que los negocios de la Administración Pública se despachaban por los Ministros de Estado, conforme citaba el art. 99 de la Constitución de entonces. La descentralización administrativa, entendida como la delegación de competencia y recursos del Poder ejecutivo a instancias nacionales, trascendió, primero, a los gobiernos municipales con la transferencia de bienes y la coparticipación tributaria –sin ahondar más en la peculiaridad que tiene el régimen municipal-, asimismo, la descentralización caló en los departamentos mediante la Ley N° 1654 de Descentralización Administrativa, que a decir en su art. 1, se regula el 'Régimen de Descentralización Administrativa del Poder Ejecutivo a nivel departamental, que conforme al sistema unitario de la República, consiste en la transferencia y delegación de atribuciones de carácter técnico-administrativo no privativas del Poder Ejecutivo a nivel Nacional'. Sin ser precisos en las transformaciones político administrativas del Estado, que no es el tema, se puede incidir que estos cambios deben ser considerados en la interpretación de la estructura normativa; si bien el art. 775 del Código de Procedimiento Civil de 1975 refería al Poder Ejecutivo ésta alusión debe ser entendida en el momento histórico que se efectuó la norma, ya que el Poder Ejecutivo era reflejo de la Administración Pública, misma que por excelencia estaba encargada de realizar los diferentes contratos a nivel nacional, sin embargo podemos decantar por simple lógica que ese 'Poder Ejecutivo' -centralizado- de entonces fue descentralizado a nivel nacional a distintas entidades que tienen por función la administración del cosa pública; situación que se profundiza con el régimen de autonomías diseñadas por la Constitución de 2009, elementos irrefutables.



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

46. En el presente análisis es evidente que nuestro Estado, estableció formas de solución de controversias, como la que reconoce el contrato por intermedio del proceso coactivo fiscal, que conforme se manifestó es poco utilizada, porque al existir facultades para ambas partes en el contrato que permiten su resolución por causales atribuibles al contratista, al contratante o por fuerza mayor o caso fortuito; ésta es aplicable siempre que en forma previa se establezca una suma líquida y exigible a través de un informe de auditoría para luego iniciar los procesos coactivos fiscales.
47. Una vez efectuada la resolución contractual, equívocamente como se manifestó, se acudía a la jurisdicción ordinaria civil, la misma que no es competente y que genera un trámite ilegal, por ello la necesidad de socializar y fundamentar que la vía idónea en caso de resolución de contratos, es la contenciosa o la contenciosa administrativa, según el caso particular.
48. Que conforme a la amplia jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo de Justicia, se establece con claridad que los mecanismos legales que se deben emplear para solucionar las controversias emergentes de los contratos administrativos son los procesos contencioso o contencioso administrativo, máxime cuando la entidad pública no cuente con el informe de auditoría aprobado por la Contraloría General del Estado (CGE) o un dictamen de responsabilidad civil emitido por la CGE, que podría viabilizar el proceso coactivo fiscal.
49. Ante las acciones judiciales que persiguen las diferentes empresas y los particulares tratando de burlar el procedimiento legalmente establecido y de esa forma evitar el cobro de boletas o pólizas de garantía, es menester que las Unidades Jurídicas de la Administración Pública observen esos procedimientos haciendo uso de los medios legales idóneos, para reconducir los trámites y en caso que la resolución sea por parte de la entidad pública sea efectiva la ejecución del acto administrativo emanado por su Máxima Autoridad Ejecutiva.
50. En ese sentido en pro de la defensa de los intereses del Estado no se puede admitir y menos convalidar que las autoridades judiciales sean cómplices de actitudes ilegales, por ello es que la Procuraduría General del Estado, desarrolla la tarea de orientar y encaminar el accionar de las Unidades Jurídicas, para que en caso de ser demandadas en procesos ordinarios civiles por controversias que emerjan de contratos administrativos, se observe la competencia jurisdiccional; de conformidad a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo de Justicia que ha determinado que los conflictos suscitados a causa





ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
Procuraduría General del Estado

de los contratos administrativos no pueden ser dilucidados en la jurisdicción ordinaria civil.

POR TANTO

51. **El Procurador General del Estado**, en uso de sus facultades y atribuciones establecidas por la Constitución Política del Estado y el art. 18.8 de la Ley de la Procuraduría General del Estado, **dictamina:**

- 1º Las UJJ de las instituciones o entidades de toda la Administración Pública, en caso de ser demandadas en procesos ordinarios civiles por conflictos suscitados en contratos administrativos, deben observar la competencia jurisdiccional; de conformidad a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo de Justicia que ha determinado que las controversias que emerjan de los contratos administrativos deben ser dilucidados a través de procesos contenciosos o contenciosos administrativos.
- 2º En caso de apartarse injustificadamente de lo dispuesto en este Dictamen General, se aplicará el art. 113.II de la CPE, en lo que concierne a la interposición de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño patrimonial al Estado Plurinacional de Bolivia.

El Procurador General del Estado es inviolable, en todo tiempo, por las opiniones, informes, resoluciones, recomendaciones recordatorios o dictámenes que emita en ejercicio de sus funciones.

Dr. Héctor E. Arce Zacañeta
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA