

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Administrativo

Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra
pública

María José Luna Lara

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

María José Luna Lara

30 de julio de 2009

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Administrativo

Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra
pública

María José Luna Lara

2009

Dr. Genaro Eguiguren

Quito-Ecuador

Mecanismos para conservar el equilibrio en los contratos de obra pública

Todo contrato celebrado es ley para los contratantes. Este principio enseña que todas las personas y órganos del poder público están sometidos al ordenamiento jurídico del Estado. Otros principios bajo los cuales se puede contratar son el de la reciprocidad de las prestaciones y buena fe de los contratantes, porque si cada una de las partes no se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer, no puede haber contrato; y bajo este supuesto las dos partes lo hacen de buena fe.

Ahora bien, durante la ejecución del contrato de obra pública se podrían generar factores que obstaculizan el equilibrio económico del mismo y producen contraposición en los principios jurídicos, haciendo insuficientes los mecanismos previstos en la ley y la doctrina.

Con estos antecedentes, pretendo mediante el presente trabajo determinar los factores que producen el desequilibrio económico en la contratación de obra, identificar los principios jurídicos que se contraponen al darse el desequilibrio económico en los contratos y finalmente después del análisis de los mecanismos previstos en la ley o en la doctrina para conservar el equilibrio económico proponer unos nuevos.

En definitiva académicamente se pretende contribuir de forma científica a generar nuevos mecanismos que produzcan de manera efectiva un equilibrio económico en el contrato de obra pública.

A mi padre, Dr. J. Luis Luna Gaibor

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Capítulo I

1 Contrato de obra pública.

1.1 Definición.

1.2 Características.

1.3 Principios generales.

1.3.1 Equilibrio contractual.

1.3.2 Seguridad Jurídica.

1.3.3 Formalismo contractual.

CAPÍTULO II

2. Equilibrio económico.

2.1 Referencia histórica del equilibrio económico.

2.2 El equilibrio económico en la Doctrina.

2.3 Causas y efectos del desequilibrio económico

2.3.1 Teoría de la imprevisión

2.3.2 Fuerza mayor

2.3.3 Hecho del príncipe

CAPÍTULO III

3. Propuesta de mecanismos para conservar el equilibrio económico

3.1 Antes de la ejecución del contrato

3.1.1 Cláusula de indexación

3.1.2 Cláusula de Revisión

3.1.3 Análisis económico del Derecho de los Contratos

3.2 Durante la ejecución del contrato.

3.2.1 Reajuste de precios.

3.2.2 Contrato Complementario.

3.2.3 Costo más porcentaje.

3.2.4 Órdenes de trabajo.

3.3 Conflictos

3.4 Otros mecanismos no previstos para conservar el equilibrio económico de los contratos

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La rama del Derecho Administrativo es una de las más complejas dentro de las Ciencias Jurídicas porque utilizando una analogía, si bien se podría decir que ha pasado su etapa de gestación, continúa en pleno desarrollo embrionario. Es difícil calcular las repercusiones que producirá no sólo la profundización de su estudio, como la aplicación práctica que pueden comprender todas las variantes que la casuística conciba.

Dentro de las relaciones jurídicas supeditadas a esta materia del Derecho Administrativo, y de frecuente usanza, es justamente el contrato de obra pública. La ejecución de este contrato trae infinidad de temas interesantes e incluso de vacíos legales que provocan más de un conflicto de *iure* o de *facto*.

Este trabajo investigativo tiene como propósito determinar mecanismos que permitan conservar el equilibrio económico entre los contratantes.

Con este fin se empieza por definir en el marco teórico a los contratos administrativos, y en particular los de obra pública. Para el análisis de los principios generales de la contratación pública se han escogido, los que más relación guardan con el tema a estudiarse: a) El equilibrio contractual; b) La seguridad jurídica; y c) El formalismo contractual.

Posteriormente en el Capítulo II se expone el equilibrio económico, tanto su referencia histórico-constitucional como las diferentes posturas en el Derecho Comparado.

Las causas y efectos del desequilibrio económico deben necesariamente ser reconocidos, antes de pasar a la Teoría de la imprevisión, la Fuerza mayor, y el Hecho del Príncipe. Con estos antecedentes y como fruto de la

investigación se proponen los mecanismos para conservar el equilibrio económico, antes de la ejecución del contrato y a posteriori.

El tema nunca estará agotado, y como es obvio, el presente no es en lo absoluto un trabajo que pretenda ni someramente abarcar toda la problemática que puede generarse dentro de la ejecución de un contrato de obra pública. Trata si, de plantear posibles salidas en caso de producirse el desequilibrio económico durante la ejecución de obra pública, ya sea en desmedro del contratista como del contratante.

Para la ejecución de la obra pública, la Entidad precisa de al menos tres presupuestos: la conveniencia social, la factibilidad económica y el componente técnico para llevarla a cabo.

Con el propósito de alcanzar estos presupuestos es necesario que el contratante realice estudios previos conducentes a determinar el alcance social del proyecto, la cuantificación económica de su ejecución y las condiciones y circunstancias técnicas que permitan cumplir con el objetivo propuesto.

Después de establecer el beneficio social y la repercusión que para el colectivo esa obra representa, el contratante requerirá conocer el presupuesto que la ejecución de la misma comprende, para lo cual se ha de nutrir de las condiciones fácticas y de todo orden técnico que se precisan, lo que en su conjunto generan las denominadas bases concursales, que establecen las condiciones en las que se ejecutará la obra y los perfiles profesionales de quienes deben realizarla así como el marco referencial del costo que representa el trabajo hacia el contratado.

El oferente formulará su propuesta ajustándose a las condiciones técnicas previstas en las bases y manteniendo una adecuada correspondencia

con el precio referencial constante en las mismas, buscando el fundamental equilibrio contractual entre las partes.

CAPÍTULO I

1. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.-

La rica actividad de la administración pública, no únicamente se centra en la organización de la vida del Estado, ni en la aplicación de las leyes que dicta el poder legislativo, sino que busca conseguir el bienestar colectivo y por tanto el mejoramiento de la sociedad, la administración ejecuta obras de toda índole bajo el principio del mejoramiento social de sus asociados.

Para lograr la ejecución de la denominada obra pública, el Estado y en particular la administración pública, no actúa solamente a través de imposiciones a los ciudadanos merced a su capacidad de *imperium*, también puede actuar por sí misma o en unión con otras personas, mediante convenios, por los que se obliga de la misma forma que los particulares, es decir con plena capacidad de contratar y contraer obligaciones y derechos.

Por la vía de la función administrativa, se realizan una serie de contratos como los de obra o suministro, típicamente administrativos, pero así mismo de arrendamiento, compraventa, donación, entre otros, que pertenecen al ámbito privado.

Ahora bien la contratación no es la única forma que tiene el Estado para cumplir con sus obligaciones. Existen otras figuras jurídicas que le permiten realizar a cabalidad la incalculable actividad administrativa.

Entre los mecanismos previstos en la Ley, están la concesión y la delegación. La Ley de Modernización del Estado dispone que: “El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica,

telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual de acuerdo con la ley.

El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.

La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.¹

1.1 DEFINICIÓN.

Los contratos de obra pública son aquellos contratos administrativos destinados a la consecución de un bien público con la finalidad de satisfacer el interés colectivo.²

Los contratos administrativos son los convenios celebrados por la administración pública, como persona jurídica, con los particulares, para satisfacer una necesidad pública.

El Dr. Roberto Dromi sostiene que el contrato de obra pública no conlleva necesariamente la existencia de una obra pública ni que la obra requiera de un contrato, porque puede contratarse una obra no destinada al

¹ Ley de Modernización del Estado, Artículo 41, sustituido por Art. 17 de Ley S/No, publicada en Registro Oficial Suplemento 144 de 18 de Agosto del 2000.

² Eguiguren, Genaro, Celebración de Contratos administrativos, Legislación colombiana, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001, p. 59: “Los contratos de obra pública son los contratos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.”

interés general. Si bien otro mecanismo de ejecución es la concesión, el criterio antes vertido por el tratadista es discutible en cuanto a la relación con la finalidad; porque directa o indirectamente la actividad estatal siempre ha de suponer la satisfacción de un bien, como su nombre lo indica, público y el no incluir a la obra pública implica hablar de otro tipo contrato.

En el Derecho público, el contrato de obra es formal porque se reputa perfecto con el cumplimiento de los requisitos estipulados por ley. Entre las formalidades están: **a)** La capacidad de los contratantes; **b)** La manifestación escrita; **c)** La disponibilidad presupuestaria; **d)** La aprobación de garantías, entre otros.

1.2 CARACTERÍSTICAS:

Como en cualquier relación formada por un vínculo jurídico, se precisan ciertos requisitos; así, para que se genere efectivamente el contrato administrativo de obra pública, es necesaria la presencia concurrente de cinco elementos, que son: capacidad, consentimiento, causa, objeto y solemnidades o formalidades.

Por otra parte, esta relación contractual como todas aquellas que significan la concurrencia de dos o más voluntades y en la que existen beneficios y prestaciones se ubican elementos comunes a las contrataciones no gratuitas, a saber:

- Es un contrato bilateral, porque tanto el Estado como el contratista se obligan recíprocamente, a pagar el precio y a realizar la obra respectivamente³.

³ Bartholomew, Stuart H., Construction Contracting business and legal principles, 2^a ed. Prentice Hall, Ohio, 1998: "In a construction contract, the owner's consideration in getting the project work performed and the contractor's consideration is receiving the contract price".

- Es oneroso, porque tanto la administración como el empresario se gravan cada uno en beneficio del otro.
- Es conmutativo, porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente a la contraprestación.
- Es un contrato de colaboración que lleva el factor *intuitio personae* "ya que se adjudica teniendo en cuenta las cualidades de la persona seleccionada. Todo ello da lugar al principio que señala el tratadista André de Laubadere como de ejecución personal del contrato. Como consecuencia de él las cesiones del contrato o los subcontratos deben ser autorizados por el Estado."⁴
- Es un contrato de tracto sucesivo o de ejecución en varios actos. Se verifica en dos etapas, primero los contratantes desarrollan el objeto del contrato; en la segunda, cuando se liquida como resultado del acuerdo de voluntades, se produce un nuevo contrato.⁵
- Es un contrato sinalagmático porque las partes se han de someter a él de forma inalterable y obligatoria.

1.3 PRINCIPIOS GENERALES.-

Los principios son reglas que imbuyen toda regulación, sin que para ello sea necesaria una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Sin embargo, varias legislaciones latinoamericanas han regulado expresamente algunos principios que rigen la contratación estatal, estos son: transparencia, economía, responsabilidad, buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones, derechos que caracterizan a los contratos

⁴ Vidal Perdomo Jaime, El Contrato de Obras Públicas, Universidad Externado de Colombia, 1979, p. 21.

⁵ Sobre este particular y este sentido se pronuncia el Dr. Eguiguren en la Op. y p. Cit.

conmutativos, que son aquellos en los que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales y de los principios reguladores de la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Es así como la doctrina ha elaborado en el Derecho Administrativo una serie de principios que inspiran la actividad de la administración y que por su carácter universal tienen aplicación y reconocimiento al momento de valorar los hechos y actos de ésta.

Se habla del principio del interés público o colectivo, que es la finalidad del Estado, debiendo sobreponerse éste al interés personal o individual.

El principio de la continuidad y regularidad de los servicios públicos, que está previsto en el Art. 314 de la Constitución, asegura que un servicio se prestará sin interrupción, pudiendo el Estado, dentro del orden interno, adoptar las medidas que eviten su paralización. Al criterio antes citado, la Constitución ha incluido otro de fundamental importancia, y que se encuentra consagrado en el numeral 25 de su Art. 66, la calidad, esto es que el servicio sea eficiente y eficaz, así como que el proveedor debe brindar la información adecuada y veraz de su contenido y características, lo cual guarda relación con el contenido del Art. 52 *ibidem* que garantiza el derecho que tienen las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad.

Otro principio que se debe citar, es el de los privilegios o prerrogativas del Estado, por el que la administración está dotada de potestades que le colocan en un plano de superioridad frente al particular cuando entra en relación con éste. Dentro de estos ascendientes se encuentran los de control y dirección del contrato, que se plasman en el privilegio del contratante respecto a la modificación, terminación e interpretación unilaterales, el control de auto tutela, prerrogativa mediante la cual la administración actúa directamente, sin tener que acudir a los jueces para proteger el interés general considerado en peligro.

Sin embargo nos vamos a centrar en tres principios fundamentales para el estudio del tema propuesto, y que se refieren a:

1. Equilibrio contractual,
2. Seguridad jurídica; y,
3. Formalismo contractual.

1.3.1 PRINCIPIO DE EQUILIBRIO CONTRACTUAL.-

Mientras para la administración pública el interés al contratar debe suponer la satisfacción de alguna necesidad colectiva o interna, para el contratista implica, desde lograr una fuente de trabajo, su personal realización profesional, hasta la de obtener beneficio o lucro económico.

El principio económico es justificado en la Constitución ecuatoriana, que garantiza en el Art. 33: “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”. lo cual va ligado con

los derechos consagrados en los numerales 15 y 16 del Art. 66 de la Carta Fundamental que se refieren a la garantía a desarrollar actividades económicas conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; y, el derecho a la contratación, en su orden.

El tratadista Roberto Dromi en su obra dice: *“en la ecuación contractual de los contratos públicos la ecuación económica está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial cuando a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originalmente en la formulación estática del contrato”*.⁶

Una vez suscrito el contrato, la finalidad de las partes es recibir un beneficio económico o social, sin causar perjuicio a su contraparte, factor que va a caracterizar la relación y conlleva la conservación y el restablecimiento del equilibrio financiero económico.

La entidad contratante asume como obligación el pago, que por el valor de la obra debe incluir sus valores agregados y el contratista la entrega de la obra en las condiciones estipuladas y en el plazo previsto. Así se desarrolla la relación contractual en medio de un relativo equilibrio económico y financiero, que incluye la concertación en la calidad de materiales y en el tiempo acordado.

La doctrina y la jurisprudencia han expuesto el criterio de la intangibilidad del precio frente a la aleatoriedad que deviene por la inflación, los mayores costos tanto de materiales como de mano de obra y/o de imposiciones tributarias; las provenientes de las modificaciones del contrato, o de los mismos

⁶ Dromi, Roberto, “Las ecuaciones de los contratos públicos”, Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires Argentina 2001, p. 231

incumplimientos de las mutuas obligaciones contractuales que pueden desequilibrar el valor real de la prestación contratada en la fijación del precio original, en el que obviamente se incluye el adecuado margen de utilidad. El objetivo es que frente a las aleas generadas durante la ejecución del contrato, las prestaciones mutuas retomen la adecuada equivalencia.

Es necesario mencionar, que uno de los motivos fundamentales que lleva a los contratistas a celebrar contratos con el Estado y demás entidades del sector público, es la certeza que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el artículo 58 de la LOAFYC, existen los fondos suficientes para llevar a cabo la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, o la adquisición de un bien y, por consiguiente la cancelación oportuna de las obligaciones monetarias, tanto legales como contractuales, a que se comprometió la entidad contratante; caso contrario se debe suponer y aceptar que se habrían iniciado procesos contractuales sin los recursos económicos suficientes, violando explícitamente las disposiciones legales antes mencionadas, lo que conlleva responsabilidades en contra de la autoridad pública que así procedió.

1.3.2 PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.-

La Seguridad jurídica para Miguel Hernández Terán, es la garantía que tiene todo sujeto de Derecho de que el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica se aplique efectivamente, y que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsará la materialización de la responsabilidad respectiva, a lo que habrá de añadir el correspondiente resarcimiento.

Por una parte, la seguridad jurídica se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto, pero por otra a las ramas determinadas del mismo. También describe las relaciones del individuo con el Estado; y desde otro punto de vista, a las relaciones entre individuos, es decir las que provienen del sistema de garantías organizado por el ordenamiento estatal o las que emanan de los negocios jurídicos celebrados por los particulares.

Así, las dos grandes instancias de los diferentes sentidos de la seguridad jurídica son el Derecho objetivo y el Derecho subjetivo. La expresión seguridad jurídica se utiliza para otorgar la certeza del Derecho objetivo y la garantía del Derecho subjetivo.

“La seguridad jurídica del Derecho objetivo está integrada por un conjunto de elementos que proyectan la certeza en la determinación y aplicación de la norma. La certeza en la determinación de la norma se hace efectiva a través de la publicidad, la legalidad y la jerarquía normativa. La certeza en la aplicación se traduce en irretroactividad y prohibición de lo arbitrario.”⁷

Vallet de Goytisoló sobre el tema señala que:

“{...}la seguridad jurídica, soporte imprescindible de la justicia y del orden social, presenta dos caras. Una atiende al aspecto dinámico de la vida contractual, y otra cuida de las situaciones estáticas, que duran, aunque en un momento dado pueden insertarse en aquella actividad contractual. Por eso, en su doble actuación debe producir una armonización, nunca una contraposición, entre uno y otro aspecto de la seguridad jurídica”⁸.

⁷<http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/Derecho%20Notarial%20%20Fac.%20Derecho%20Cuba/...>

⁸ Vallet de Goytisoló
<http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/SEGURIDAD%20JURIDICA%20CONTRACTUAL.htm>

En contratación pública, no es exclusivamente el contrato la fuente de los derechos y obligaciones recíprocas, sino que además es preciso remitirse a las bases o el pliego precontractual, que viene a determinar el marco legal del contrato, ya que a más de que lo constante en ellas, éste forma parte del contrato, ya que es el origen de él, y el contrato es la ley de las partes, como perfectamente lo consagra el Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano. “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. De lo dicho se colige que la seguridad jurídica radica en la correcta aplicación de la ley generada como consecuencia de la celebración del contrato, en armonía con la ley general, y por consiguiente, sin que se rompa la ecuación económica originalmente planteada, sin las aleas que devienen en la ejecución del contrato.

1.3.3 FORMALISMO CONTRACTUAL.-

Este principio hace referencia a las características solemnes de este tipo de contratación. Todo contrato legalmente celebrado es Ley para los contratantes (Art. 1561 de la Codificación del Código Civil) y constituye la fuente primordial de las obligaciones tanto del contratista como de la entidad contratante.

De lo dicho se concluye los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que ellos obligan no exclusivamente a lo constante en el contrato, sino también a aquello que emana de la naturaleza de la obligación; para el caso que nos ocupa, las bases del mismo. En consecuencia, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella de manera prioritaria, y, en

caso de requerir una interpretación, ésta se adecuará respecto a la naturaleza del contrato.

Siendo el contrato público, un contrato de adhesión, es preciso que los pliegos de base y condiciones generales establezcan con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser admitida; luego ese formalismo se traslada al contrato, dándole sustento fáctico, y la falta de aplicación literal, deviene que tal conducta no sólo sea ilegal, sino inconstitucional y muy probablemente con responsabilidades de carácter penal.

Los contratos administrativos se ajustan al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas, como parte integrante del conjunto son de obligada observancia, no pudiendo ser modificadas salvo razones de interés público y siempre que sean debidas a nuevas necesidades o causas imprevistas y justificadas.

Con este antecedente los co-contratantes se obligan no sólo a lo expresamente manifestado en el contrato, sino a todas las consecuencias que se generan de su naturaleza, la buena fe, la ley, etc.

Una vez señalada la interpretación formalista, es importante mencionar que muchas veces, cuando ésta se vuelve rigurosa, obstaculiza el fin al que está destinado el contrato, a satisfacer la necesidad colectiva, génesis de todo el proceso.

El contratista en principio está obligado en los términos pactados, pero se deja a salvo el riesgo de que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración, se genere una razonable

imposibilidad de cumplir, y un principio universal de derecho enseña que, a lo imposible nadie está obligado.

Debe existir por tanto armonía entre el principio *lex contractu* y la satisfacción del interés general. Esa proporcionalidad de las prestaciones recíprocas de las partes es consustancial al contrato administrativo.

Las prerrogativas que el interés público obliga a introducir en la obra no se contraponen con el deber de respetar la ecuación financiera del contrato. Con palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa”⁹

⁹ García de Enterría y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 702

CAPÍTULO II

2. EQUILIBRIO ECONÓMICO

Dentro del régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, se ha reconocido el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, a la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones a las que las partes se adhirieron al momento de la suscripción, y a la intangibilidad del beneficio para el contratista.

Del citado concepto se apartan exclusivamente, los contratos denominados Contratación Integral por Precio Fijo, señalados por el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por los cuales el contratista asume todos los riesgos y responsabilidades del cumplimiento del objeto del contrato, en las condiciones acordadas.

Según esta modalidad contractual, esta prohibida la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios, así como tampoco el plazo de ejecución puede ser alterado a no ser que se deba, de manera exclusiva, a fuerza mayor o caso fortuito.

Para este tipo de contrato, todos los componentes del mismo deberán contratarse bajo la misma modalidad, esto es integral por precio fijo.

La terminación de este contrato, por mutuo acuerdo procederá exclusivamente por motivo de caso fortuito o fuerza mayor, y por ende no se admitirán circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

En cuanto a lo referente al precio y forma de pago, a más de suscribir la cantidad en números y letras, y el tipo de moneda con la que se va a pagar, siempre consta el desglose de dichos rubros, de acuerdo a la tabla de cantidades y precios de la oferta.

Sobre la forma de pago, esta estipulación a igual que la anterior, es el resultado del acuerdo de las partes mediante la adjudicación a la mejor oferta, pero representan la ejecución de actos administrativos previos, como la certificación de partidas presupuestarias y la aprobación de la fiscalización para que se hagan efectivas, además de la facultad de poder disponer de auditorias en cualquier momento sin necesidad de requerimiento judicial.

En treinta días contados desde la suscripción del contrato (Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), el contratante entrega el 50% del monto del contrato como anticipo, lo que implica el cumplimiento, por parte de éste de su obligación pecuniaria, y como contraparte la del contratista que se obliga a mantener en vigencia la póliza de buen uso de anticipo y según norma contractual, a llevar una contabilidad específica para la ejecución del proyecto y a no utilizar estos fondos para otros fines.

El valor restante de la obra civil, se paga contra presentación de planillas periódicas, debidamente aprobadas por la fiscalización. Aquí entra en juego, nuevamente, la potestad de la administración a través de actos administrativos. De cada planilla la administración descuenta la amortización del anticipo y las multas a que hubiere lugar y cualquier otro cargo al contratista, que sea en legal aplicación del contrato y la Ley del Sistema Nacional de de Contratación Pública.

Es indudable que el precio es un componente fundamental que, no solamente tiene que ver con la magnitud y calidad de la obra, sino que siempre va ligada con el llamado –costo beneficio-. Casi con idéntica redacción, en los contratos base de esta investigación, se señala que en el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados, los costos se reajustarán, para efectos del pago del anticipo y de las planillas desde la fecha en que ocurrió la variación, mediante la aplicación de la fórmula matemática contractualmente pactada y que se halla expuesta inmediatamente después.

Una vez estipulado el precio contractual, éste es definitivo, a no ser que surjan situaciones extraordinarias ajenas a las partes contratantes, en virtud de las cuales, se haya roto el equilibrio económico, y, por lo mismo se puede plantear el denominado reajuste de precios.

En efecto, el artículo 82 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dice: “Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad”. Así, en el Art. 129 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece que: “Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo”; es decir el Capítulo VII del Título IV del Reglamento. Dentro de

este capítulo, se define el “valor de reajuste de precios” como la diferencia entre el monto Pr (valor reajustado del anticipo o de la planilla) menos el valor Po (valor del anticipo o de la planilla calculada con las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios contractuales, descontada la parte proporcional del anticipo, de haberlo pagado).

El autor colombiano, Rodrigo Escobar Gil, recoge un Dictamen emitido por el Consejo de Estado colombiano, cuyo texto es:

“El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio económico financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.”¹⁰

Se puede afirmar que las prerrogativas contractuales determinadas a favor de la administración, se hallan compensadas hacia la igualdad entre los componentes en el contrato, como lo establece la legislación civil que regula la contratación privada, estableciendo la posibilidad permanente de conservar y guardar el equilibrio económico, que es la simetría de las prestaciones recíprocas.

El contratista presta su colaboración al Estado en una relación costo-beneficio, donde el equilibrio debe mantenerse como una ecuación financiera, de tal forma que si aumentan los costos del contrato en la misma proporción deben aumentar los beneficios.

El artículo 132 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: “El reajuste de precios se realizará

¹⁰ Escobar Gil Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, 2da reimpresión, p. 419.

mensualmente o de acuerdo a los períodos de pago establecidos en el contrato y será efectuado provisionalmente en base a los precios o índices de precios a la fecha de presentación de las planillas por la fiscalización o unidad de control de cada obra tramitándola conjuntamente con la planilla”.

Con la norma antes transcrita, y la aplicación del principio de conservar el equilibrio económico, se cumple el viejo adagio comercial andaluz, “en un negocio, para que sea bueno, deben ganar las dos partes”

De lo señalado, se puede afirmar que el contrato para la ejecución de obra pública es una declaración consensual de las voluntades de la administración pública (contratante), y de la persona natural o jurídica (contratista), por la que las partes suscriptoras se obligan recíproca y onerosamente a prestaciones mutuas, de cuyo incumplimiento se generan sanciones. Obligaciones pre establecidas, directamente determinadas por la administración pública bajo normas legal y contractualmente aceptadas; y las otras señaladas por el competente organismo de la Función Jurisdiccional, o bien por el mecanismo alternativo de solución de controversias de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación.

La anterior afirmación coincide con el criterio que al respecto mantiene Gabino Fraga que:

“ {...}en el contrato administrativo existe un íntimo enlace entre las prestaciones que él impone y el cumplimiento de las del Estado, es indispensable que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que, en todo caso, pongan a salvo dichas atribuciones aún con sacrificio dentro de la situación originada por el contrato, del interés privado del co-contratante de la Administración...”¹¹

¹¹ Fraga Gabino, Derecho Administrativo, XL Ed, Año 2000, p. 402.

Todo contrato de la administración supone una combinación de Derecho administrativo con Derecho privado. La nueva doctrina asume la unidad institucional del contrato y la coexistencia normal y pacífica de elementos de régimen administrativo y de régimen civil en la contratación administrativa. Esta coexistencia responde, en primer lugar, al carácter de organización pública de la administración: reglas de competencia, procedimiento, fiscalización, formalización, entre otras, aplicables a todos los contratos que celebra la administración; y, en segundo lugar, a las características comunes con los contratos civiles.

Salvado así el abismo entre contratos administrativos y civiles, no surge ningún reparo para admitir que la regulación de fondo es el Código Civil, afectada por la disciplina pública.

Para el Estado, cuya finalidad es la satisfacción de necesidades de interés general, constituye una exigencia imperiosa, convocar a los particulares para que colaboren con su trabajo en la ejecución de obras públicas a cambio del precio convenido.

Teniendo en cuenta la peculiar posición de la administración pública que al manejar los fondos de la comunidad, está obligada por ley a cumplir un riguroso procedimiento para la contratación. Adicionalmente es preciso destacar que para la aplicación del Derecho Administrativo, todo debe encontrarse previamente reglado, habida cuenta de que la Administración pública no puede hacer nada más que aquello que le faculta o le impone la ley, siéndole incluso vedado la interpretación que pudiera hacer la norma escrita.

Corolario de lo anterior es el principio fundamental resumido en la fórmula del contrato, "*lex inter partes*", que es válida para la contratación

efectuado por la administración, tanto en la esfera civil, como en la administrativa, con las consabidas variaciones. La interpretación y cumplimiento de los contratos ha de resolverse de conformidad a lo convenido voluntariamente por las partes para asumir las respectivas prestaciones, las cargas que se estipularon, los riesgos posibles y las ventajas que puedan obtenerse.

2.1 REFERENCIA HISTÓRICA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO *rebus sic atentibus*

El análisis económico del Derecho tiene su origen en la década de los sesenta en los Estados Unidos con Ronald Coase que trabajó sobre el costo social, y posteriormente por los trabajos de Guido Calabresi sobre los accidentes de tránsito y Gary Becker sobre los delitos y las penas. A partir de entonces el análisis económico se ha utilizado en las diferentes áreas del Derecho como son la responsabilidad civil, los contratos, el derecho penal, el derecho constitucional y hasta el derecho procesal, entre otros.

Como se ha analizado con antelación, el principio del equilibrio económico es básico dentro de la relación contractual, por lo que las partes usualmente previenen algunas variables que pudieran afectar inicialmente el mismo. Con este propósito se acuerdan mecanismos de reajustes o revisión de las obligaciones contractuales en caso de que ocurran variables externas o internas, como por ejemplo: el incremento en los materiales de construcción, o en general en los costos de producción, políticas gubernamentales, entre otras que pudieran modificar el equilibrio de origen.

Lo que se pretende analizar en el presente trabajo, lo relacionado con aquellos casos donde las previsiones resultan insuficientes, ya sea por

acontecimientos inicialmente no contemplados, o que aún habiendo sido advertidos por las partes en el contrato, resultan insuficientes o aquellos que se originan en hechos naturales que alteran la ejecución del contrato.

En efecto, de darse acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, éstos deben ser contrarrestados a través de diversos mecanismos que han surgido en la doctrina y los que se puedan incorporar como fruto de esta investigación. Entre las teorías desarrolladas están: **a)** La teoría de la imprevisión, **b)** La utilización de cláusulas de indexación, revisión y el análisis económico del derecho con relación a los contratos, los cuales buscan dar una solución al problema del desequilibrio económico del contrato solventando así con su finalidad económica-social.

Cierto es que en el marco de la ejecución de los contratos públicos, puede quedar, una parte del riesgo a cargo del contratista; sin embargo, las contingencias provenientes del tipo de operación, que podríamos enunciar como «riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones.

2.2 EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA DOCTRINA

El equilibrio o ecuación contractual, no se refiere únicamente a aspectos económicos, pues busca mantener la igualdad o equivalencia entre todos los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar según el caso. De observarse únicamente el aspecto económico, como susceptible de aplicar la figura de la ecuación contractual es desconocer las restantes prestaciones incluidas en el contrato.¹²

El equilibrio económico consiste en concebir el contrato como un todo y donde las obligaciones y los derechos de las partes son equivalentes y se

¹² Sentencia de febrero 15 de 1999, expediente 11.94 proferida por la sección tercera del Consejo de Estado. <http://www.sena.edu.co/downloads/Circulares%20Juridicas/0022%20-%20449%20temas%20contrataci%C3%B3n%20N%C2%B0%2019.doc>

condicionan mutuamente. Para que se rompa el equilibrio económico una de las partes ha tenido que asumir unas obligaciones adicionales a las que estaban inicialmente previstas, o que el contenido obligacional ha variado y en ese sentido ha tenido que asumir una carga.

Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, el equilibrio económico puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas:

1. Por actos o hechos de la entidad administrativa contratante.
2. Por actos de la administración general como Estado. Hecho del Príncipe.
3. Por factores exógenos a las partes del negocio.

La **primera causa** se presenta cuando el rompimiento de la ecuación financiera del contrato estatal, se produce por la sola actuación de la administración como contratante; por ejemplo, no cumple en la forma debida con las obligaciones derivadas del contrato, de cuyo comportamiento se genera la responsabilidad para la administración. En este grupo puede ubicarse el uso de los poderes exorbitantes de la administración – modificación, interpretación y terminación unilateral -.

La **segunda causa** conocida también como Hecho del Príncipe, se presenta por causas imputables al Estado, como el ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general.

La **tercera causa**, tiene que ver con la teoría inicialmente enunciada como la de la imprevisión, que involucra circunstancias no imputadas al Estado, externas al contrato, pero con incidencia en él.

La diferencia fundamental entre las dos primeras causas, como lo señala Marienhoff², consiste en que el hecho del príncipe presupone una norma general emanada de una autoridad pública, en tanto que la responsabilidad contractual del Estado presupone una norma específica relacionada con el contrato administrativo en cuestión. La responsabilidad por el Hecho del Príncipe no es directa, sino refleja: incide en el ámbito jurídico del contratante, causándole un daño resarcible por ser este diferencial respecto a los demás habitantes.

Con respecto a la Teoría de la Imprevisión, ésta sólo se aplicará al reunirse las siguientes condiciones:

- Que durante la ejecución del contrato se produzcan hechos imprevisibles en el mismo.
- Que la ocurrencia de estos hechos sean ajenos a la voluntad de los contratantes, como por ejemplo una crisis económica, la presencia de un estado de guerra, hechos de la naturaleza como terremotos.
- Que se produzcan efectos serios en la ejecución del contrato, que eviten que este pueda cumplirse plenamente.

2.3 CAUSAS Y EFECTOS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado, durante su

ejecución, por las siguientes causas: por actos propios de la administración y por factores externos extraños a las partes.

El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado, con la potestad de *imperium*, y no como contratante. Por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en el segundo caso, se encuentran las circunstancias de hecho, que de manera inadvertida surgen, y que son ajenas e imputables a las partes, solventadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Es necesario precisar lo que implica el principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, porque su simple enunciado es bastante impreciso y se corre el riesgo de asignarle un alcance inexacto.

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra las eventuales pérdidas del contrato. Tampoco se trata de una fría equivalencia matemática rigurosa, como lo insinúa la expresión "ecuación financiera". Es solamente la relación aproximada, entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración; es el cálculo acercado al que las partes han llegado y les ha motivado contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.

El paradigma del contrato público es la ecuación económica que está destinada a mantener el equilibrio entre las prestaciones que el contratista debe cumplir y las obligaciones a cargo de la administración, que representa la

equivalencia económica. En otras palabras, el equilibrio está conformado por el contenido económico, que deriva en la intangibilidad y estabilidad del precio, y el interés público que no siendo excluyentes convergen en la satisfacción del interés social, individual del contratista y común del contratante.

En otras palabras, el interés económico en un contrato público no está solamente en el contratista que busca obtener rentabilidad, producto de su participación como co contratante, si no que también el mismo interés tiene la administración pública porque la ejecución del contrato redundará en beneficio de los administrados, quienes lograrán mejoramiento en su nivel de vida, lo cual indefectiblemente tiene un alto contenido económico que puede ser mensurable, aún cuando no sea de manera directa e inmediata como ocurre con el contratista.

El artículo 1457 de la Codificación del Código Civil impide que el contrato se convierta en una fuente de lucro para uno de los contratantes en perjuicio del otro, cuando por obra de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e involuntarios se hubieran alterado notablemente los efectos naturales del contrato celebrado, volviendo excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación. La Teoría de la Imprevisión postula para estos supuestos la resolución del contrato, o bien el reajuste equitativo de sus efectos, como veremos más adelante.

El principio del derecho *-Pacta Sunt Servanda-* "Lo pactado Obliga" establecido en el artículo 1561 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano, lo que significa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado, es decir que los pactos deben honrarse en virtud de la buena fe. Principio básico del Derecho Civil y tratado por el Libro IV de

nuestro Código Sustantivo Civil –De Los Contratos-, e igualmente fundamental en el Derecho Internacional. Bajo este esquema y principio inamovible de la contratación, podría ser una de las principales causas para el desequilibrio económico del contrato, siempre y cuando se cumplan las condiciones de que, exista apego y una interpretación exegética por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, en aquellos casos donde ocurran acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; y que esto ocasione una carga excesiva y onerosa a la parte afectada.

El contrato inicial que era beneficioso y eficiente para ambas partes se torna inocuo, contaminado para una de ellas, lo que altera la finalidad de la contratación, que es el del beneficio mutuo, que comparte el criterio civilista de que el contrato oneroso debe ser conmutativo. Es decir, las partes de modo comprensible, contratan para, legítimamente ganar, mas no para perder.

2.3.1 TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

De presentarse situaciones extraordinarias e imprevisibles en las relaciones contractuales, la parte afectada en la prestación de su obligación, y resultándole por demás oneroso su cumplimiento, puede invocar la teoría de la imprevisión para adecuar el contrato a la o a las nuevas situaciones, o finalmente rescindirlo sin responsabilidad alguna. Esta revisión o adecuación la deben hacer las partes.

En definitiva han de entenderse las situaciones imprevistas como aquellas que no pudieron ser conocidas, tampoco conjeturadas de su ocurrencia porque no se presentaron indicios de lo que había de suceder, ni que la contingencia ocurrida pudiera haber sido advertida al momento de la suscripción del contrato.

En el caso ecuatoriano tenemos varios ejemplos de aquello que puede ser conceptualizado como imprevisto, así, el cambio del régimen monetario, la caída del precio del petróleo, y con mayor severidad las sucesivas crisis de incremento de los precios de ciertos materiales o la crisis financiera internacional.

La Teoría de la Imprevisión ha sido casi unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional en el Derecho Administrativo, lo que no ocurre en el Derecho Privado. Todo contrato debe ser interpretado respetando el principio *Pacta Sunt Servanda*, -“lo pactado obliga”- pero este principio debe interpretarse necesariamente siguiendo la regla *Rebus Sic Stantibus*, -estando así las cosas”- en tanto y cuanto las circunstancias contratadas inicialmente se mantengan sin una alteración sustancial del contrato, esto es sin alterar el riesgo normal de todo contrato.

En el campo del Derecho Administrativo, se ha incorporado la “teoría de la imprevisión” para soslayar las consecuencias de una mayor onerosidad en los contratos, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado en el que el afectado puede pedir la rescisión, siendo facultad del contratante evitarla ofreciendo una mejora equitativa. La quiebra de la ecuación económico financiera contractual no es causal de rescisión; lo cual impide al perjudicado dejar de cumplir las obligaciones contraídas, y éste debe únicamente transar una compensación que le permita continuar haciéndolo. Esta distinción se entiende desde el interés público, que exige que la administración pueda disponer cuanto antes de los bienes y servicios contratados, objetivo que no se llevaría a cabo si se atribuyera a la contratista la facultad de rescindir sin

fundamento legal. Se ha de insistir que en el Derecho Administrativo, absolutamente todo es reglado.

La procedencia de reajustes, cuya finalidad es atenuar la onerosidad sobreviniente de un contrato, depende exclusivamente de que se alegue y pruebe en forma concluyente que el trastorno causado por un alza de precios, razonablemente imprevisible, haya superado el "alea normal" de los negocios. Es decir que la contratista que alega la Teoría de la Imprevisión debe probar el modo y magnitud de los acontecimientos denunciados en auxilio de la pretensión deducida¹³

Lo dicho equivale a que cuando se invoca la Teoría de la Imprevisión en un contrato administrativo, la parte afectada por la situación extraordinaria sólo tiene derecho a un resarcimiento parcial que le permita seguir cumpliendo la prestación.¹⁴

La aplicación de la Teoría de la Imprevisión como se mencionó anteriormente requiere de alegación y prueba del perjuicio, mientras que la lesión sobreviniente, producto del hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* –"estando así las cosas"- , aforismo latino que hace referencia al principio de Derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

¹³ SCBA, B 49042 S 14-12-1984, Juez VIVANCO (SD) CARATULADA "Maquinarias Ensenada S.A. C/ Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires S/Demanda contencioso Administrativa" Publicaciones: AyS 1984-II,589, Mag. Votantes: Vivanco - Negri - Cavagna Martinez - Rodriguez Villar -Mercader.

¹⁴ CNCI K, CAPITAL FEDERAL, 14-7-2000, CARATULA: "Seeking S.A. C/ Municipalidad de Buenos Aires. Publicaciones: LL 2001 C, 171-101959

Efectivamente, el contrato se suscribe bajo presupuestos, hechos y circunstancias propias y determinadas al momento de la celebración del convenio de voluntades; mas durante su ejecución pueden suceder hechos ajenos a la voluntad de las partes y no contemplados en el contrato que alteren tales elementos previos y seguramente motivadores para la celebración del contrato, tanto es así que, antiguamente se consideraba que cada contrato contenía una cláusula tácita que, en caso de que se cambiasen las circunstancias presentes en el momento de su celebración, llevaba a la disolución del contrato. Empero lo dicho, en la actualidad la opinión mayoritaria contempla este principio como una norma objetiva, permitiéndole a la parte perjudicada por el cambio de las circunstancias invocar la disolución del contrato.

En la contratación pública, la conveniencia de la ejecución del contrato es prioritaria por el alcance social y del interés público que éste tiene, por lo que la disolución del contrato, normalmente deviene en onerosa, aún cuando no hay que dejar de observar que, cuando en perjuicio de cualquiera de las partes se haya producido un grave desequilibrio de las contraprestaciones pues no se puede aceptar que el Estado se convierta en garante de un determinado nivel de renta del contratista.¹⁵ El mandato constitucional es claro al respecto, cuando en los Arts. 289, 290 y 291 trata sobre el endeudamiento público, el mismo que se regirá por las directrices de la respectiva planificación, y presupuesto, además estará vigilada y auditada por el poder ciudadano. También se establecen las regulaciones a las que estará sujeta la contratación de deuda pública.

¹⁵ Voto del doctor Fayt en la causa "Dulcamara C/ E.N.T.E.L. S/Cobro de Pesos", C.J.N., sent. Del 23-03-90; publicada en ED del 23/04/1991.

La Teoría de la Imprevisión se aplica en contratos administrativos de prestación únicamente mientras se encuentre en curso de ejecución al momento de producirse el hecho o acontecimiento imprevisible.

En definitiva el contratista tiene derecho a que, durante la normal ejecución del contrato, se mantenga el equilibrio contractual o también denominada ecuación económico - financiera. Tal derecho al mantenimiento del equilibrio financiero existe con relación a cualquier contrato¹⁶.

Sobre este mismo punto, el contratista tiene derecho a la respectiva indemnización, de probarse perjuicios derivados de hechos o acontecimientos imprevistos para los contratantes, y que se refieren a los irrogados tanto en el área administrativa como en el área económica, durante la ejecución de los contratos de obra pública.

La Teoría de la Imprevisión tiene aplicación en supuestos excepcionales y por tanto ofrece también soluciones fuera de lo común. Se aplica a la totalidad de los contratos administrativos.

Es importante diferenciar entre la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor. Si bien son todos hechos que sobrevienen a la formación del contrato, de manera imprevisible y son ajenos a la voluntad de las partes, como lo manifiestan Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos, la fuerza mayor y el caso fortuito: "impiden el cumplimiento de la prestación, provocando la extinción obligacional, sin responsabilidad para el deudor". "En la imprevisión, en cambio,

¹⁶ Garrido Falla, "Tratado de Derecho Administrativo", T. II-53, 9 edición, Madrid 1994; Cassagne, E.D., 57-793 y diario del 23-IX-1998.

la prestación es materialmente y jurídicamente posible de cumplimiento, y útil para el acreedor, sólo que deviene en excesivamente onerosa”¹⁷

Criterios éstos que se ajustan a lo que señala el Art. 30 del Código Civil ecuatoriano: “se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público.” Contra los eventos señalados en la disposición transcrita, es evidente que la ejecución contractual se torna imposible de ser cumplida, al menos en las condiciones pactadas, lo cual puede conllevar a la extinción de las obligaciones mutuamente acordadas, en tanto que el factor de la imprevisión, no necesariamente impide la ejecución del contrato en la forma y condiciones pactadas, sino que su culminación lo convierte en más oneroso, y por ende más gravoso para una de las partes.

En la ciudad de Quito, por ejemplo, en el sector “El Trébol” estaba previsto ejecutar obras viales para mejorar la circulación, sin embargo frente a la eclosión y el colapso del colector del río Machángara, se produjo la total inejecutabilidad del proyecto, pues dejaron de existir las vías a ser mejoradas. –caso fortuito o fuerza mayor-que .por cierto impide la ejecución de la obra, y por ende no se trata de una imprevisión que, contempla la realización de la obra, pero con otros parámetros y seguramente otras características que convierte a la misma obra en ejecutable pero más onerosa. En el ejemplo antes referido, y, producto del caso fortuito o fuerza mayor, la obra ya no es posible ejecutarla por la desaparición de las condiciones geográficas que debían ser acometidas con la construcción vial.

¹⁷ Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos. Instituciones de derecho privado. Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 329-330

De otro lado, contratos de ingeniería, llave en mano, en los que no se podía prever el incremento desmesurado del precio del hierro, no impiden la ejecución de la obra, pero, en cambio si la convierten en más onerosa, causando un gravamen considerable al contratista mientras no opere la aplicación de la fórmula de reajuste de precios; y cuando ella se pone en funcionamiento, la obra como tal resulta más cara, y por ende la amortización prevista por la contratante, se torna más larga en el tiempo.

El equilibrio económico es una ruta de dos vías, tanto para el contratante como para el contratista.

Dentro de este campo se enmarca la disposición contenida en el Art. 84 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que al referirse a los contratos integrales por precio fijo, señala que no serán aplicables las disposiciones referidas al reajuste de precios cuando se trata de contratos integrales por precio fijo, y que se encontraba reglamentada por el Art. 143 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece que: “En los contratos de adquisición de bienes con entrega y pagos inmediatos no se sujetarán a reajuste de precios”, disposición ésta derogada con la publicación del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, efectuada en el Suplemento del Registro Oficial de 12 de mayo del 2009.

2.3.1.1 REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA IMPREVISIÓN.

Como todo aquello que tiene que ver con la contratación y más aún tratándose de la contratación pública, cualquier hecho o evento debe

encontrarse previamente reglado, para que la imprevisión sea admitida, debe cumplir con determinados presupuestos, a saber:

- 1) Que se produzca un acontecimiento actual, es decir necesariamente posteriores a la configuración de la obligación original y cuyas características sean de tal naturaleza que puedan ser consideradas como extraordinarias, imprevisibles, inevitables, extrañas al deudor;
- 2) Que el deudor no se encuentre en mora o haya obrado con culpa o mala fe en la ocurrencia del hecho;
- 3) Que se produzca una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación a la parte afectada;
- 4) Que el imprevisto sea objetivo, concreto, probado y que se relacione directamente con el objeto del contrato.

Un ejemplo de este es el caso de la construcción del túnel para alcantarillado de la quebrada Jerusalem, Colector de la 24 de Mayo, cuyo contratante es la EMAAP-Q y, como contratista el Consorcio Big Dig. Durante la ejecución del contrato, el contratista que se encontraba cumpliendo los cronogramas de trabajo, es decir, no se encontraba en mora, al realizar parte de la excavación encuentra importantes capas de arena que impiden la ejecución del contrato con la metodología que venía aplicando, es decir, un hecho actual posterior a la configuración del contrato y cuya naturaleza es de tal magnitud que precisa cambios fundamentales en el proceso constructivo. En un trabajo de excavación de túneles es previsible encontrar bancos de arena pero cuya magnitud exija adicionales medidas de seguridad o de mejoras o tratamiento de los elementos de apoyo como entibados u otros sistemas, mas cuando las características de la bolsa son muy grandes, el sistema constructivo

debe cambiar, y se precisará, por ejemplo, realizar estructuras de hormigón de manera inmediata a la perforación a efecto de evitar que la arena se seque, o se precisará realizar apoyos con hormigón lanzado, en definitiva otros sistemas constructivos que por no haber sido previstos en el contrato original, evidentemente tornan más onerosa la obra. En el ejemplo que se comenta, el imprevisto, evidentemente tiene que ver con la obra, ya que en el proceso de perforación se localizan estas capas de arena, es una situación imprevista y, por supuesto afecta la continuación de la obra. Contrato que puede ser ejecutado e imprevisto que puede ser superado, pero a mayor costo y por supuesto a mayor tiempo.

El ejemplo nos ha permitido evidenciar los elementos constitutivos para la admisibilidad de la imprevisión.

2.3.2 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El Diccionario de la Lengua Española, conceptúa al Caso Fortuito como: “Suceso por lo común dañoso, que acontece por azar, sin poder imputar nadie su origen” “Suceso ajeno a la voluntad del obligado, que excusa el cumplimiento de obligaciones”¹⁸; y al hacerlo respecto a la Fuerza Mayor, dice: “La que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación” “La que procede de la voluntad de un tercero”¹⁹

El Derecho Civil señala que el hecho del caso fortuito o la fuerza mayor extingue la obligación que recae en una cosa o cuerpo cierto, a su vez la inimputabilidad del incumplimiento no permite que opere el cumplimiento. Por

¹⁸ Diccionario de la lengua española, Vigésima Primera Edición p. 306

¹⁹ ibidem, p. 708

equivalencia, por cuanto cabe determinar si la pérdida de la cosa que se debe, por caso fortuito, debe ser soportada por la contraparte.

Entonces, para que se dé el problema planteado por la teoría de los riesgos se requiere:

1. De una obligación bilateral.
2. Pérdida de la cosa que se debe por caso fortuito o fuerza mayor; y,
3. Que por la pérdida quede pendiente su cumplimiento

En principio las cosas perecen para su dueño, pero el artículo 1566 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano señala que el riesgo de un cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre del acreedor, en el mismo sentido se manifiesta el artículo 1760 del mismo cuerpo normativo, que señala que la pérdida y mejoras de la cosa vendida son de cargo del comprador desde que se perfecciona el contrato, aún cuando se deba la entrega.

Esta regla se ve atenuada por:

1. La mora del deudor pone el riesgo a su cargo.
2. Cuando el deudor se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas distintas.
3. Cuando así lo pacten las partes, es una cláusula lícita.

En otros casos el Código da soluciones distintas:

1. La destrucción de la cosa pone término al contrato de arriendo para ambas partes.
2. Mientras pende la condición la cosa perece para el deudor.

3. En la confección de obras materiales, el acreedor soporta los riesgos desde su aceptación.

Como se advierte en todas las hipótesis sobre el caso fortuito o fuerza mayor, la ulterior situación al hecho generador de la dificultad, es el incumplimiento en la ejecución de lo pactado, y en tal circunstancia, no habiendo mora entre los intervinientes el contrato se rescinde, mas de existir mora de una de las partes, quien se encuentra en tal situación, mora, asume los riesgos y la responsabilidad imputable al caso fortuito o fuerza mayor.

2.3.3 HECHO DEL PRÍNCIPE

Esta denominación se acuñó en los albores de la formación del Derecho Público en la Europa del absolutismo, en que la ley era la voluntad del gobernante, y de esta forma se denomina, hasta nuestros días, a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante o el poder público en general, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública.

Escola es más limitativo al conceptuar al acto o hecho del príncipe como: “Toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que está realizada en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular,

que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económica – financiera”²⁰

Una de las expresiones más comunes del hecho del príncipe es la creación de nuevos rubros, como los impuestos, tasas y otros gravámenes tributarios que, en nuestro caso, afectan la actividad económica que es materia del contrato.

El hecho del príncipe, debe tener las siguientes características:

- a.** Puede emanar de cualquier órgano del poder.
- b.** Debe ser el ejercicio de una potestad estatal asignada al ente que la propone.
- c.** Es de su naturaleza que se asigne coactivamente por prerrogativa de la administración.
- d.** Afecta al contrato, modificándolo directa o indirectamente, en su economía, ya sea gravándolo o porque incide sobre los costos de la prestación del contratista.
- e.** Si se refiere únicamente al contrato específicamente afectado, es una modificación unilateral.
- f.** Ha de gravarlo sustancialmente. No cabe alegarlo, cuando no incida de manera notoria en la modificación del costo de la prestación a cargo del contratista.

Hechos físicos pueden hacer más gravoso u oneroso el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, sin que eso implique alteración

²⁰ Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los contratos administrativos, tomo 1, p.458

alguna en el contenido específico de las mismas, es decir que la prestación se mantiene intacta y la contraprestación acordada sigue siendo equivalente, pero la ejecución o cumplimiento de tal prestación se ha tornado más costosa, provocando el desequilibrio en la economía del contrato.

En este caso particular, se vuelve imprescindible combinar los principios que faciliten restablecer la ecuación económica alterada, tales como el de la equidad y, de otra parte, el del equilibrio financiero del contrato.

Habiéndose producido un hecho ajeno a la voluntad de las partes, lo equitativo es que las dos de forma proporcional soporten la carga adicional. En consecuencia el contratista tendrá derecho, previa solicitud, a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato por la generación de situaciones imprevistas que no le sean imputables.

Ha efecto de que no haya lugar a ningún tipo de confusión, he de señalar que el hecho del príncipe se aplica a toda clase de contrato administrativo, pero solamente en los casos de alteración contractual por actos de alcance general –*erga omnes*–, ya que los de alcance particular dan lugar a la responsabilidad contractual del Estado.

CAPÍTULO III

3. PROPUESTA DE MECANISMOS PARA CONSERVAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO

A partir de octubre del 2008, el Ecuador sufre una transformación constitucional en virtud de la cual deja de ser un Estado Social de Derecho y pasa a constituirse en un Estado de Derechos y Justicia, como lo dispone el Art. 1 de la vigente Carta Política.

La misma Carta Suprema en el Art. 424 consagra que ésta prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; y que, las normas y los actos del poder público deben guardar conformidad con las disposiciones constitucionales para que tengan eficacia jurídica. El no sometimiento de esos actos del poder público a la Constitución pueden ser impugnados jurisdiccionalmente al tenor de lo que establece el Art. 86 ibidem, sin que, aquello comporte una demanda de inconstitucionalidad.

El Capítulo VI de la Constitución de la República, al referirse a los derechos de libertad consagra el derecho a la libertad del trabajo y a que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, que a su vez se vincula con el derecho a la libertad de contratación y el derecho a desarrollar actividades económicas bajo los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, que conlleva a concluir que bajo el amparo de este mismo capítulo se garantizan el derecho a la propiedad con función y responsabilidad social y ambiental, derechos estos que como señala el Código Político generan la máxima aspiración del Estado, el derecho al buen vivir.

De lo dicho resulta que la contratación pública ha de enmarcar su proceder a los antes citados principios constitucionales, y que siendo el equilibrio económico la adecuada compensación entre los beneficios que recibe el contratista y el contratante dentro de su relación bilateral y onerosa por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, está también sometido al mandato constitucional.

Cuando la Entidad pública en el desarrollo de la voluntad de contratar elabora los pliegos de la contratación entre los que se encuentran el presupuesto y su financiamiento, desarrolla la justipreciación de lo que ella recibe a cambio de lo que ha de pagar, en el entendido de que a todos nos está prohibido el enriquecimiento injusto.

Estos elementos previos al contrato están elaborados en unas circunstancias y en una temporalidad que bien puede sufrir alteraciones, que se evidencian ya sea al momento de la presentación de las ofertas como puede suceder luego de la suscripción del contrato, de tal forma que, entre las obligaciones de quien será contratante, el oferente, se encuentran las de prever las variaciones que pudieren devenir.

Para formalizar la recuperación de la ecuación financiera, las partes entre otros mecanismos pueden suscribir acuerdos sobre la cuantía, condiciones y forma de pago de los gastos adicionales, el reconocimiento de costos y demás aspectos relacionados, siempre ciñendo esos valores deducidos a los gastos presupuestarios que debe hacer la entidad, bien sea durante el mismo ejercicio fiscal, o en el inmediatamente posterior.

La revisión de un contrato implica el restablecimiento de los derechos económicos obtenidos a través del contrato, y que por razones como la

imprevisión, hecho del príncipe, alteración de precios, entre otros, violentan la conmutatividad e igualdad en la relación contractual. Es decir que no sólo alteran los valores contratados, sino que afectan a la gama de todos los derechos, incluyendo los económicos que se desprenden de cada relación contractual.

Lo que se acaba de mencionar se refiere a las contrataciones que la entidad tiene previstas efectuarlas durante un ejercicio económico o dentro del período gubernativo programado; sin embargo, en el caso de las obras imprevistas, no precisa que ellas se encuentren incluidas en el Plan Anual de Contratación de la entidad, ni en la Planificación Operativa Anual (POA), sino que responde a la obligación estatal de la cobertura inmediata y no planificada como es el caso de situaciones especiales de salud, de educación y en general el cumplimiento de las obligaciones propias del Estado y que dicen relación con la vida de los asociados y todos sus componentes que convergen en el mencionado buen vivir.

3.1 ANTES DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

La ecuación económica del contrato es el nexo que se establece entre las prestaciones económicas de las dos partes. Se dice que este vínculo debe mantenerse inalterable durante la ejecución del contrato, salvo que las partes pacten cláusulas limitativas del derecho a reclamar por desequilibrio sobreviniente, o que las partes pacten cláusulas de ajuste de la economía durante su ejecución.

De lo primero, se ponen como ejemplo la contratación con precio llave en mano, sin ajustes, donde se exigen al contratista las obligaciones nacidas desde los anteproyectos hasta la terminación total de la obra, en los que para eludir un alza exagerada en los costos, se utilizan unidades monetarias internacionales; o se establecen cláusulas limitativas de ajuste por debajo de una cuantía, como cuando se acuerda que la modificación de la ecuación económica inicial sólo dará lugar a cambios, después de una determinada cuantía.

De lo segundo, cláusulas de ajuste de la economía del contrato, durante su ejecución podemos invocar, los acuerdos que regulen el derecho a reclamar. Los convenios de suspensión en el desarrollo del contrato, que pueden implicar cambios expresos o tácitos, en la economía inicial del contrato, por ejemplo pactar la suspensión, acordar expresamente una suma por mayores costos, o se puede guardar silencio, lo que obligaría a aplicar la cláusula inicial de liquidación parcial con el índice de precios vigente el día de la entrega, lo que aumentaría tácitamente los costos inicialmente pactados. La ampliación del plazo inicial, también involucra una modificación en los términos de la economía del contrato.

Otro mecanismo es la cláusula de ajuste con fundamento en índices de costos. Como último ejemplo está la cláusula *rebus* como pacto expreso de modificación de la economía inicial por acuerdo, donde transformadas las condiciones económicas esperadas se va a ver alterada la economía del contrato.

A diferencia de los pactos, donde la alteración de la economía del contrato está prevista; en los casos mencionados, las cláusulas convencionales no prevén, soluciones a la alteración de la ecuación económica, debiendo acudir al principio general consagrado en la ley, según el cual, debe respetarse la inmutabilidad de la ecuación económica inicial del contrato.

Esta ecuación puede modificarse, por un hecho del contratante, por un acuerdo de las partes, por un hecho del contratista, por un hecho de un tercero, o por un hecho o una característica de la naturaleza. Una decisión del mandatario, como una manifestación de voluntad del Estado se impone irresistiblemente de forma lícita.

3.1.1 La Cláusula de Indexación.

La cláusula de indexación, para Santa María:

“Es una estipulación que las partes suelen incluir en los contratos en que el cumplimiento de una obligación queda diferido a una fecha posterior a la del acuerdo de voluntades, mediante las cuales se mantienen el poder adquisitivo inicial de las prestaciones pecuniarias, evitando a los acreedores el menoscabo económico de la inflación y la depreciación monetaria”²¹

En las últimas tres décadas debido a las inflaciones ocurridas principalmente en los países latinoamericanos se popularizó la utilización del mecanismo de indexación o reajuste en los contratos cuyas prestaciones sean de ejecución diferida.

²¹ Santa María López Jorge, *Obligaciones y contratos frente a la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1980, p.55

La indexación es un sistema que se utiliza para sopesar las pérdidas de valor de las obligaciones a largo plazo como lo son: préstamos, deudas, salarios, etc., producidos por las desvalorizaciones monetarias o la inflación. Consiste en fijar un índice que sirva como referencia para determinar el rendimiento o evolución de dicho elemento.

Con relación al tema tratado, viene a ser un instrumento para reajustar las obligaciones contractuales, de manera automática por medio de índices de referencias, que pueden ser las tasas de monedas, de intereses, de precios al consumidor o la variación de productos.

Malaurie establece que la cláusula de indexación es: “una estipulación que a través del contrato, varia la deuda automáticamente y proporcionalmente a un elemento convenido por las partes, el índice.”²²

En otras palabras, la cláusula de indexación es el acuerdo de voluntades de los contratantes para reajustar automáticamente su obligación según unas variables e índices, o expresiones numéricas de la relación entre dos cantidades previamente seleccionadas y establecidas en el contrato.

La finalidad de esta cláusula es la protección de las partes ante un posible desequilibrio económico contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el mercado. Para evitar una disminución o aumento desproporcionado, es recomendable que las partes al momento de incluir una cláusula de este tipo establezcan un mínimo o un máximo para determinar el reajuste, siempre tomando en cuenta previsiones normales.

Las cláusulas de indexación para su buen funcionamiento han de escoger adecuadamente el índice de referencia, para el reajuste de la

²² Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent. Droit Civil, Les Obligations, Editions Cujas. Paris, 1985, Pág. 254

obligación, que como es obvio debe estar íntimamente relacionado con los elementos del contrato.

Otro aspecto a tomar en cuenta es la automaticidad. Esta es la característica esencial de este tipo de cláusulas, debido a que existen las cláusulas de revisión donde hay fórmulas, pero no son automáticas. La obligación se reajusta automáticamente, sin ninguna intervención administrativa ni judicial.

La cláusula de indexación no cubre por completo a los co-cotratantes de la casuística que puede calificarse como extraordinaria e imprevisible, pudiendo una de las partes en un contrato con cláusulas de indexación solicitar la imprevisión. Habría que diferenciar como lo hace Mosset Iturraspe: “entre una inflación previsible, porque marcha dentro de los índices normales, una imprevisible dada su tremenda agudización”²³; el primer caso se puede solventar con la cláusula de indexación, mientras que en la segunda se puede aplicar la teoría de la imprevisión. Vale la pena señalar que si bien las cláusulas de indexación son necesarias, contienen un alto costo transaccional, lo que dificulta su manejo.²⁴

De igual manera, es importante anotar que las cláusulas de indexación no combaten completamente el desequilibrio económico ocasionado por otras variables que no sean la depreciación monetaria y la inflación.

3.1.2 LA CLÁUSULA DE REVISIÓN.

La cláusula de revisión consiste en que ocurrido un hecho imprevisible que coloque en desventaja a una de las partes, éstas deberán renegociar el

²³ Mosset Iturraspe, Jorge, *Dólar e imprevisión*, Argentina, Editorial La Ley, 1981

²⁴ Por costo transaccional nos referimos a todos los costos envueltos en la negociación entre las partes hasta concluir con el contrato y ejecutarlo.

contrato y de no llegar a un acuerdo se demanda la revisión judicial. Este tipo de cláusula es menos eficiente que la anteriormente analizada porque si una de las partes se ve beneficiada económicamente, es improbable que pueda renegociar satisfactoriamente con la otra, y además el hecho de que el contrato sea revisado judicialmente no significa que el mismo vaya a ser coercitivamente ejecutado.

3.1.3 Análisis Económico del Derecho de los Contratos.

Antes de analizar económicamente a los contratos, se ha de explicar en lo que consiste el **Teorema de Coase**, llamado así por Stigler, debido a que este teorema es el fundamento básico de este análisis. En resumen establece que en ausencia de costos transaccionales las partes convendrán la solución más eficiente, sin importar como sea realizada la distribución de los derechos, mediante las normas jurídicas. Es decir, que cuando la distribución de recursos realizada a través de una norma jurídica (así ocurre en la mayoría de los casos) sea ineficiente, las partes en ausencia de razones que imposibiliten un acuerdo optarán por un medio alternativo que sea eficiente para éstas.

a) Teoría económica del contrato

Esta teoría tiene sus bases en el siguiente enunciado: “los contratos son imperfectos”, por lo que el derecho debe establecer pautas jurídicas para elegir lo que sea más eficaz. Así pues, las acciones por incumplimiento de obligaciones contractuales tienen como objetivo hacer que las partes actúen eficientemente, o sea con capacidad de disponer de algo para conseguir un efecto determinado.

Cuando el cumplimiento de una obligación exceda su incumplimiento para una de las partes, tomando en cuenta todos los costos, esa parte, de acuerdo al análisis económico no cumplirá con el contrato. Es decir, que en algunos casos es más eficiente no ejecutar el contrato.

La mayoría de los incumplimientos de contrato no son de mala fe, sino son involuntarios o imposibles de cumplir a un costo razonable. Otros son voluntarios pero eficientes.

El análisis económico de los contratos también toma en consideración al momento de imponer las sanciones por incumplimiento o inexecución, cuál de las partes se encontraba en la mejor posición para prever un riesgo, no incluido expresamente en el contrato.

b) Teoría de la Inejecución por ineficiencia.

La llamada teoría de inejecución por ineficiencia es una creación jurisprudencial norteamericana que se basa en que cualquiera de las partes contratantes puede no ejecutar sus obligaciones contractuales cuando eventos imprevisibles hacen que la misma sea ineficiente.

Luego de haber revisado ciertos métodos utilizados en la actualidad para el reestablecimiento del equilibrio económico en los contratos, podemos concluir que en el momento en que ocurran acontecimientos o variables imprevisibles que violenten dicho equilibrio, es necesario readecuar el mismo o rescindir el contrato y no obligar su cumplimiento, ya que de todos modos el deudor no ejecutará su obligación. Esto no significa que por oportunismo o mala fe, una de las partes no ejecute un contrato para obtener un mayor beneficio, pero de ser así, o en los casos donde el incumplimiento o inejecución

voluntaria ocasionan un problema mayor para la colectividad, las leyes y la jurisprudencia deben intervenir para establecer las sanciones correspondientes.

Todos los medios aquí analizados tienen un común denominador, la búsqueda del reestablecimiento del equilibrio económico contractual y por ende de su eficiencia.

Pero no todos los mecanismos tienen el mismo resultado en cuanto a esto último. La cláusula de indexación, es un método que aumenta muchos los costos transaccionales, como ya lo habíamos mencionado, y en el que resulta imposible prever todas las variables. Por tanto se concluyó que estas cláusulas se utilizan para prevenir el desequilibrio principalmente ocasionado por fluctuaciones en la depreciación monetaria, inflación y variables que envuelvan los costos de producción.

De igual forma, no resulta eficiente la utilización de cláusulas de revisión, debido a que se pueden obtener mejores resultados y menos onerosos con la utilización de la teoría de la imprevisión o la inejecución para los casos de hechos extraordinarios e imprevisibles.

La teoría de la imprevisión y la de inejecución se fundamentan en un criterio de racionalidad económica y/o técnica, aunque existe una clara diferencia en cuanto a su funcionamiento y justificación el resultado final es el mismo y posee su base en una lógica económica y/o técnica fundamental: “el contrato ya no es eficiente para las partes”, por lo que habría que adecuarlo o rescindirlo.

Como se ha dicho anteriormente, el propósito en la aplicación de estos mecanismos es volver a obtener el equilibrio inicial del contrato, reponer la situación de las partes al estado que tenían al nacer el vínculo jurídico, es decir

el de eficiencia y beneficio mutuo. En otras palabras volver al génesis contractual, cuando nació la voluntad contractual, sin vicio alguno, en que las condiciones fácticas, prácticas y económicas eran convenientes y así acordadas por los intervinientes.

No existen motivos jurídicos reales que impidan el desarrollo de la imprevisión o de la inejecución involuntaria, por lo que las mismas pueden ser solicitadas ante los tribunales.

El hecho de obligar a una parte a ejecutar un contrato desvirtuado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles que ocasionen una excesiva onerosidad conlleva la exigencia de cumplir obligaciones no suscritas por la partes y así se incentivaría la ineficiencia contractual más aún, bajo tales circunstancias el contrato ya no existe, no porque material y jurídicamente haya desaparecido, si no porque el objeto del contrato, me refiero no al literal que consta en él si no al *lev motiv* del mismo ha desaparecido –la utilidad recíproca del contratante y del contratista-, originalmente acordada al momento de la suscripción ya no existe.

Acoger la imprevisión o la inejecución involuntaria por la jurisdicción ordinaria no atenta el principio de la voluntad de las partes, ya que en aquellos casos en donde los costos transaccionales sean más bajos las partes acordarán el resultado más eficiente.

Por el contrario, contar con mecanismos de este tipo, puede incentivar a las partes a que voluntariamente lleguen a acuerdos racionales para readecuar el equilibrio económico del contrato.

Del mismo modo, el hecho de que un juez interprete económicamente sobre la previsión idónea para un acontecimiento no regulado en el contrato no

viola el mismo principio, ya que de las partes nunca pudieron haber adoptado una regla ineficiente.

Finalmente, aunque algunos tratadistas opinan que no es necesaria la existencia formal en el ordenamiento jurídico de la teoría de la imprevisión o inexecución involuntaria para su solicitud ante los tribunales, se recomienda su incorporación a la normativa vigente, para regular sobre el funcionamiento de estas teorías, lo que ayudaría a una mejor interpretación de las mismas por parte de los jueces.

3.2 DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Para impedir el enriquecimiento injusto de uno de los contratantes a expensas del otro durante su ejecución, que por causas sobrevinientes podría afectar el equilibrio contractual *inter partes*, existen varias formas dependiendo de las circunstancias generadas durante la ejecución del objeto del contrato.

3.2.1 REAJUSTE DE PRECIOS

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estipula que cuando los pagos por la ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios es por precios unitarios, éstos se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en el Reglamento, que responde a las variaciones que se producen en los costos de los componentes de los precios unitarios, y a contabilizarse desde la fecha en que se produjo la variación, hasta la fecha del pago y que se materializan en la aplicación de fórmulas matemáticas basadas en una fórmula general que es el valor reajustado de la planilla, resultado de multiplicar, el valor de la planilla con las cantidades de

obra ejecutada a los precios unitarios contractuales, a la que se descontará la parte proporcional del anticipo, por la sumatoria del coeficiente del ítem mano de obra, más el coeficiente de los demás componentes principales incluyendo el coeficiente otros componentes considerados como no principales que no exceda a dos décimas.

Es obligación de la Entidad pública el hacer constar en los contratos las fórmulas aplicables al caso con su respectivas cuadrillas tipo, elaboradas a base del análisis de los precios unitarios de la oferta adjudicada, todo ello de acuerdo con los componentes y la localización de la obra.

La vigente normativa contractual establece que el reajuste de precios se realizará mensualmente o con los periodos de pago establecidos en el contrato, o a la fecha de presentación de la planilla por el Fiscalizador, reajuste que será tramitado conjuntamente con el valor de la planilla principal.

Es preciso mencionar que el Estado proporciona las variaciones principales para efecto de la aplicación de las fórmulas de reajuste de precios, por ejemplo: el salario mínimo, índice inflacionario, porcentajes de intereses, etc.

Con estos antecedentes se concluye que la aplicación legal del reajuste de precios es la aplicación real de las variaciones que como consecuencia del paso del tiempo ha sufrido la valoración del objeto del contrato y que, se debe a circunstancias exógenas a los contratantes, como pueden ser políticas gubernamentales, índices inflacionarios, disposiciones imperativas del poder Ejecutivo, entre otras. Sin embargo cuando las variaciones antes referidas se producen por mora, o durante la mora del contratista en el cumplimiento del objeto contractual, tales variaciones serán canceladas previo la liquidación en

la que se incluirá la valoración monetaria producto de la infracción consistente en la mora incurrida.

Cuando la Entidad es la que retarda el pago de la planilla reajustada se ha de volver a calcular el reajuste contabilizado a la fecha en que se haga efectiva tal cancelación, y a mí entender no cabe el pago de intereses por la mora de la Entidad, ya que, el reajuste equivale a la compensación monetaria, adquisitivamente hablando, por el transcurso del tiempo, en consecuencia pagar intereses sobre una planilla ajustada deviene en anatocismo. En todo caso en cumplimiento al mandato constitucional de que todo funcionario público es responsable por sus acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo, será él quien deba responder ante la Entidad por la mora en que ésta incurrió, habida cuenta de que, previo a la suscripción del contrato, existe la certificación del responsable financiero de encontrarse habilitada la suma presupuestaria para la contraprestación económica proveniente de la suscripción del contrato.

La legislación ecuatoriana contempla que para el caso de contratos integrales por precio fijo no serán sujetos a reajuste. Igual criterio mantiene el BID con respecto al financiamiento y contratación de obras de poca duración. Y a manera de ejemplo del criterio que tiene el BID y al que me he referido, me permito transcribir la parte pertinente del Contrato de Construcción del proyecto “Mejoramiento del sistema de alcantarillado para la zona sur de la parroquia Calderón –Etapa I” que fue parte de la Licitación Nacional EMAAP-Q – BID No. 04-2007; y que dice:

“Sección 3. “Condiciones Generales del Contrato” 8.0 “En razón de que el plazo de ejecución del contrato es menor a 18 meses y de haberse ofertado y pactado el contrato con precios unitarios fijos, no se reconocerá reajuste

alguno de precios, ni aún cuando se produjeran variaciones en los componentes del precio unitario ofertado”

3.2.2 CONTRATO COMPLEMENTARIO

La experiencia nos señala que los contratos como toda actividad generada por el hombre no es estática, sino que tiene su propia dinámica y en el caso que nos ocupa, para la realización del objeto contractual pueden suceder acontecimientos sobrevinientes que ameriten modificar o complementar la obra o el servicio pactado, en cuyo caso determinadas las modificaciones o individualizado técnica y motivadamente el complemento, la entidad contratante podrá celebrar con el mismo contratista y sin recurrir a un proceso licitatorio o de concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original reajustados a la fecha de la celebración del contrato complementario, y cuando el monto de éste no ascienda sobre el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, cortado a la fecha de celebración del contrato complementario, al tenor de lo que establece el Art. 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De la misma manera, y guardando el porcentaje antes señalado, se podrá celebrar contrato complementario cuando fuere necesaria la creación de rubros nuevos tomando en consideración que ellos se referirán a los precios referenciales actualizados que la Entidad contratante tuviere y en caso de que no los tenga su individualización se la determinará de mutuo acuerdo entre las partes, como lo prescribe el Art. 86 ibidem.

Como se señaló anteriormente a los contratos complementarios se incluirá la respectiva fórmula de reajuste de precios y respecto a estos nuevos contratos, el contratista debe rendir las garantías adicionales determinadas por la ley, como en el caso que se ejemplifica en el Anexo 1 (Contrato complementario entre la EMAAP-Q y el Ing. Víctor Hugo Coloma Gordillo)

El ejemplo permite advertir cómo efectivamente el contrato complementario reúne los requisitos antes descritos, a saber:

1. Existe un contrato principal que se encuentra en ejecución en el que se estableció una cláusula en virtud de la cual se estipula que si se requiere ampliar, modificar o complementar la obra, se podrán celebrar contratos complementarios de conformidad con la ley vigente a fecha de la celebración del contrato.
2. La justificación técnica y económica sobre la necesidad real que para la debida ejecución del contrato es preciso la creación de rubros nuevos.
3. Que para el pago de los nuevos rubros y dentro de los preceptos legales previstos en la ley de la materia, se estará a los precios unitarios referenciales y actualizados del contratante.
4. Que el monto del contrato complementario no sobrepase del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.
5. Que el contratista rinda las garantías que señala la ley, respecto a este nuevo contrato.
6. Se pueden establecer el pago de anticipos, en la misma proporción que contempla el contrato principal.

7. Se hará constar la fórmula de reajuste de precios, así como el plazo de ejecución.

3.2.3 COSTO MÁS PORCENTAJE.-

El Art. 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que cuando existe diferencias entre las cantidades reales ejecutadas y las que constan en el cuadro estimadas en el contrato, y la ejecución de esas obras están previstas en los planos y especificaciones del contrato, y eso no comporte una modificación al objeto contractual, la Entidad sin necesidad de la suscripción de un contrato complementario podrá ordenar y pagar directamente hasta el 25% del valor reajustado del contrato, en cuyo caso será suficiente dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes, en el que ha de constar la cantidad y calidad del equipo, mano de obra y materiales a ser empleados, previa aprobación del Fiscalizador, así como la constancia de que se pagará al contratista el costo total de la mano de obra efectivamente empleada con relación a la tabla de salarios constantes en el contrato, y que se pagará al contratista el costo comprobado de los materiales suministrados y utilizados en los trabajos, incluyendo su transporte, igualmente el uso del equipo cuya valoración se registrará por los costos horarios en el contrato, y que de no haberlos se fijarán de mutuo acuerdo, a ello se añadirá el porcentaje que por costos indirectos se establecieron en los precios unitarios del contrato principal y que en definitiva constituye toda la compensación adicional que recibirá el contratista por la ejecución de estos trabajos.

No forman parte de valoración las herramientas menores cuyo uso se imputa a la mano de obra.

La Ley establece que los pagos por costo más porcentaje serán cancelados dentro de los quince días posteriores a la fecha de aprobación de la planilla y que, los registros de tales trabajos y su modalidad han de ser ingresados a la página web del Instituto Nacional de Compras Públicas, INCOP.

Previamente a iniciar el proceso de costo más porcentaje, la entidad ha de evidenciar la disponibilidad financiera para asumir tal responsabilidad.

El ejemplo que a continuación reseño, me permite analizar las circunstancias y las motivaciones que técnica, jurídica y económicamente posibilitan la generación de las obligaciones provenientes de lo que se denomina costo más porcentaje o diferencia en cantidades de obra.

El 15 de agosto de 2007 la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q, suscribe un contrato con la Ing. Fanny Fernández Figueroa, para la construcción de “Alcantarillado Combinado calle Bartolomé de las Casas, Barrio Cuendina, Parroquia de Amaguaña” por un valor de USD 71.486,87.

Con informe del Fiscalizador y el Visto Bueno del Jefe de Fiscalización, se solicita que en virtud de haber encontrado, durante el proceso constructivo, una red de agua potable que había sido colocada por el BEV y que no constaba en los planos de la EMAAP-Q, se realice una desviación para evitar el cruce con los antes citados trabajos, por lo que es preciso realizar nuevas

excavaciones a diferente profundidad que se realizará mediante la modalidad de costo más porcentaje, toda vez que los nuevos trabajos representan un incremento del 15% del valor del contrato, es decir: USD 10.722,90. Este valor está dentro de los rubros para realizar el costo más porcentaje.

3.2.4 ÓRDENES DE TRABAJO.-

De la misma manera la Entidad contratante se encuentra facultada para que en la ejecución de la obra pueda disponer la realización de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje siempre y cuando ese monto debidamente justificado y motivado no supere el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para la ejecución de órdenes de trabajo, deben estar suscritas por las partes y por Fiscalización.

Es así como con Memorando No. GIF-2008-3686, el Jefe de Fiscalización (E) pide al Gerente de ingeniería autorice la aprobación de una Orden de Trabajo y de una Orden de Cambio conforme al Art. 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a un contrato de adhesión para la construcción de “Trabajos de obras civiles en tanques, pozos y sectores correspondientes al Distrito Nor-Oriental rural de Distribución del Distrito Metropolitano de Quito”, suscrito entre la EMAAP-Q y el Ing. Telmo Izquierdo Rivera.

Además de adjuntar el Memorando No. GIF-I-JDC-273-2008 del Fiscalizador en el cual informa la necesidad de ejecutar los rubros que se detallan en el mismo documento, se recomienda ampliar en 30 días calendario

el plazo contractual. El valor es de USD 3.877,35, que representa el 9.54% del monto del contrato.

Como se advierte, en este caso a igual que en los anteriores, se presentan las mismas características, para su procedencia, a saber:

1. Existe un contrato principal que se encuentra en ejecución.
2. La justificación técnica y económica sobre la necesidad real que para la debida ejecución del contrato es preciso la ejecución de rubros nuevos.
3. Que para el pago de los nuevos rubros y dentro de los preceptos legales previstos en la ley de la materia, se estará a los precios unitarios referenciales y actualizados del contratante.
4. Que el monto del trabajo dispuesto mediante la orden que se analiza no sobrepase del 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

En conclusión, del monto pactado en el contrato, por las circunstancias propias de él y bajo las prescripciones legales, previa justificación técnica y financiera, el precio pactado puede modificarse hasta en un 70%, dividido así: hasta en un 35% como contrato complementario; hasta en un 25% como costo más porcentaje o diferencias en cantidades de obra; y hasta en un 10% en órdenes de trabajo.

3.3 CONFLICTOS.-

Claro está que la Administración Pública por intermedio de sus funcionarios buscarán la conservación inalterable de los acuerdos constantes en el contrato, y el contratista, por su parte, pretenderá evitar que su legítima utilidad se vea mermada como consecuencia de las variaciones económicas que se hubieren dado en la ejecución del contrato, en cuyo caso, las partes, pueden acudir a la utilización de varios mecanismos tendentes a evitar que sus respectivos intereses puedan verse afectados por los variados hechos y actos propios de la dinámica que se genera en la ejecución del contrato.

Las diferencias que se producen que pueden ser de carácter técnico profesional, administrativo y de manejo de la obra o de carácter financiero y de cumplimiento de obligaciones económicas que, no son exclusivamente del contratante, sino que pueden ser del mismo contratista como el pago de las prestaciones sociales para con el IESS, pueden ser y de hecho, es preferible que sean solucionadas en sede administrativa, y mejor aún con el fiscalizador que es el representante del contratante en la ejecución del contrato, en cuyo caso las actas que se lleguen a suscribir solventado diferencias, se agregarán al libro de obra y generarán las obligaciones vinculantes que forman parte de la ejecución del contrato.

Cuando las diferencias persisten, ellas en la mayoría de las ocasiones terminan judicializando las pretensiones en conflicto.

Existen dos mecanismos habilitados para el ejercicio de los derechos contractuales, a saber:

1. La acción jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al tenor de la competencia en él recaída merced al Art. 38 de la Ley de

Modernización del Estado, que le confiere atribuciones para resolver las acciones derivadas de la contratación pública, mecanismo consagrado en el Art. 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Como se conoce este ejercicio judicial es de una sola instancia y se ha de aplicar como Ley Adjetiva, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tiene una sola instancia susceptible de Casación para ante la Corte Nacional de Justicia.

2. Otro método para judicializar el reclamo del contratista se encuentra en la aplicación del método alternativo de solución de las controversias, previsto en el Art. 190 del Código Político, cuando dice: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir.” Es decir, la mediación y el arbitraje.

Conforme lo señala el Art. 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la normativa sustantiva para ejercer las acciones a las que tiene derecho el contratista, es ese cuerpo normativo, y para los contratos celebrados con anterioridad a la aplicación de tal cuerpo de leyes, es la ley vigente al momento de su celebración, pero para ambos casos, la ley adjetiva o procesal, es la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de tal forma que resulta indebido e ilegal fundamentar la demanda en una acción de plena jurisdicción o subjetiva o en una acción objetiva o de anulación.

Para que sea procedente la mediación y el arbitraje, en el texto del contrato se a de incorporar, si las partes así lo convienen, la cláusula de Arbitraje y Mediación en arreglo a lo señalado por la Ley de Mediación y

Arbitraje que, como se dijo, es un mecanismo alternativo de solución de las controversias. Sin embargo, los árbitros para dictar el laudo que dará fin a la controversia han de resolver exclusivamente en Derecho y no en equidad conforme lo manda el Art. 2 de la Ley de Arbitraje o Mediación y el Art. 11 de la Procuraduría, cuyo tenor literal es:

“Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las Leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.”

A fin de evidenciar, mediante un ejemplo, la manera como se trató en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, una controversia relativa al reclamo del contratista sobre la recuperación del equilibrio económico, paso a transcribir un escrito presentado por los contendientes en el caso signado con el No. 084-08 que se sustanció entre la Corporación Vida para Quito y la Empresa Gar S.C.C., y cuyo texto se encuentra en el Anexo 2

3.4 OTROS MECANISMOS, NO PREVISTOS, PARA CONSERVAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS.

He subrayado en más de una ocasión que la administración pública se desenvuelve y expresa mediante actos administrativos y tales actos tienen que regirse por la normatividad vigente, de tal forma que al administrador le está

vedado hacer algo diferente a aquello que de manera previa se encuentra regulado, a tal punto que ni siquiera puede interpretar la ley.

En este aspecto radica una de las fundamentales diferencias con el Derecho privado, en donde a los particulares todo les está permitido, salvo aquello que expresamente prohíbe la ley.

Partiendo de este presupuesto la administración pública y sus personeros se han de regir por lo que está reglado. En el caso de la contratación pública, se actúa bajo el imperio de la ley durante todo el proceso de contratación, a través del sistema de compras públicas, desde la formulación de las bases precontractuales, hasta la adjudicación del contrato, que como se ha repetido reiteradamente, es la ley para las partes. De tal forma que tanto el contratante (sector público) como su colaborador el contratista, no tienen más que un estrecho margen para alterar lo contractualmente pactado, a no ser por las situaciones supervinientes que serán determinadas y singularizadas por el representante del contratante, el fiscalizador.

Es preciso insistir en que las partes se encuentran total y absolutamente dependientes de la norma, por eso es que el contrato a de prever mecanismos que faciliten el cumplimiento de su objeto, que no es otra cosa que la rentabilidad que las partes buscan, el contratante la social, y el contratista la económica.

Uno de estos mecanismos es la mediación y el arbitraje, que como se sabe puede constar en una de las cláusulas contractuales o pueden las partes pactar; en este segundo caso, esa expresión de voluntad puede estar contenida en la correspondencia epistolar intercambiada entre los contratantes, tal como lo dispone el Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuyo tenor es:

“Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

Disposición esta que se complementa con el contenido del Art. 7 ibidem:

“**Art. 7.-** El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días”.

Tratándose de la administración pública además se contará con el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. El proceso arbitral tiene que ser en derecho.

A efecto de ejemplificar lo dicho pongamos un supuesto:

Dentro de la contratación para la construcción de un túnel, entre los items contractualmente previstos se encuentra el denominado “perforación en roca”; sin embargo el momento de ejecutar la obra, el contratista encuentra como material de perforación –“roca cizallada”-. Técnicamente es más complicado y costoso perforar una roca cizallada que un conglomerado porque

mientras la primera es mucho más fraccionada, lo que impide la utilización de explosivos, la otra por su naturaleza y volumen lo permite, y deviene en un trabajo menos detallado, que faculta trabajar un mayor volumen, mientras que la primera requiere más mano de obra, en un ataque permanente y sistemático.

Si el fiscalizador detectó esa diferencia geológica, lo registrará en el libro de obra y este tema que significa un incremento en la ejecución del trabajo puede ser llevado a un proceso de arbitraje y mediación.

Como se dijo los árbitros deben resolver en Derecho y por lo mismo se han de someter al texto del contrato que también está conformado por las bases contractuales y por la ley vigente a la fecha de celebración del contrato.

Si en las bases del contrato, consta el ítem perforación en roca, el señalar un precio específico a la perforación en roca cizallada, no altera el contrato y el laudo que se dé en tal sentido es en Derecho apoyado en la técnica geológica del material a ser atacado.

Para mejor comprensión, no podría el Tribunal Arbitral crear un rubro que no esté previsto en el contrato, para el ejemplo, si en los términos precontractuales y en el contrato nunca se mencionó perforación en roca, sino todo en tierra, al Tribunal le está prohibido crear ese rubro, y lo procedente será la rescisión o resciliación del contrato.

Otro caso que permite mantener el equilibrio económico puede surgir en la etapa precontractual cuando los oferentes realizan consultas y piden aclaraciones a las bases, que formarán parte integrante del contrato suscrito, es por eso que los contratantes durante la ejecución del contrato tienen que someterse irrestrictamente al texto de esas dos etapas de la contratación pública.

Un ejemplo podría darse cuando la entidad pública requiere la adquisición de lubricantes para vehículos y si en las bases consta un precio referencial por cada litro de lubricante, bien pueden los oferentes pedir una aclaración a efecto de que el precio que será el obligatorio para las partes tenga como referencia el precio que el barril de petróleo TEXAS tenga en el mercado internacional a la fecha de nacionalización de la importación.

De esta manera, se estandariza el precio y ya no se verá afectado por las circunstancias supervinientes que podrían afectar el equilibrio económico de los contratos.

CONCLUSIONES

“La jurisprudencia constitucional señala, que los actos de los órganos del poder público serán legítimos cuando, de manera simultánea y unívoca, éstos sean dictados por la autoridad que tiene competencia para ello, *observando los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico*, que su contenido sea apegado a la juridicidad y que se dicte con fundamento o suficiente motivación” (lo cursivo es mío).²⁵. Y todo ello bajo la égida del respeto a los derechos consagrados por la Carta Suprema en irrestricto acatamiento a lo dispuesto por el Art. 424, en concordancia con el Art. 1, y el literal i) del numeral 7 del Art. 76.

Por lo dicho se concluye, que el contrato constituye un acto jurídico formado por la concurrencia de voluntades con el propósito de beneficiarse mutuamente.

El equilibrio financiero o ecuación económica del contrato consiste en considerar que los derechos y obligaciones recíprocas que las partes adquieren a través de la suscripción de un contrato son correlativos y equivalentes en su contenido económico y consecuentemente en la correlación de las prestaciones mutuas a las que se obligan merced a la contratación sinalagmática que les une. Es esta la razón por la que se ubica dentro del concepto jurídico del contrato oneroso conmutativo.

Si el equilibrio contractual se ve afectado, éste debe ser restablecido para que las contraprestaciones mutuas no produzcan el beneficio para una parte en desmedro de la otra.

²⁵ Informe de enero del 2002, del Tribunal Constitucional al H. Congreso Nacional.

En definitiva la administración pública, bajo el amparo de la legislación positiva así como la jurisprudencia y la doctrina ha reconocido el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, dado que la equivalencia de las prestaciones, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron al momento de la celebración del acuerdo de voluntades, así como la intangibilidad de la remuneración del contratista, son principios esenciales de la relación contractual.

Pero siendo el contrato, como es, una coparticipación de voluntades en las que ambas partes tienen intereses que los une y en virtud de los cuales, el Estado, siguiendo los mecanismos legales previstos, en irrestricto apego a una normatividad previamente reglada, solicita y obtiene la participación del particular, su co-contratante, para alcanzar un logro común, la realización del objeto del contrato, el mantenimiento del equilibrio económico no es, ni puede ser visto exclusivamente desde el punto de vista de la rentabilidad económica para el contratista, sino que tal ecuación debe ser examinada y mantenida en la justa proporción que contractualmente pactaron los intervinientes, de tal forma que, un mecanismo a través del cual se puede mantener el equilibrio económico puede ser mediante la resolución del contrato, cuando éste es demasadamente oneroso para el contratante, o cuando el fin perseguido ya no produce la rentabilidad social inicialmente prevista.

El equilibrio puede verse alterado por actos de la administración como Estado y no como contratante, pero también como contratante, así como por factores externos extraños a las partes.

En el primer caso se encuentra el acto de carácter general proferido por el Estado, como ley o acto administrativo (hecho del príncipe); v.gr. la creación de un tributo que afecte el contrato, así como también por actos *Inter. Partes* generados por el contratante en uso de una de sus prerrogativas contractuales propias de las cláusulas exorbitantes de las que se halla investida la administración pública, y que, alteran lo originalmente pactado sin alterarlo considerablemente.

Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, y que son ajenas y no imputables a las partes (Teoría de la imprevisión).

Pero indudablemente que esta visión del mantenimiento o recuperación del equilibrio económico es inapropiada e injusta, ya que en una relación onerosa y sinalagmática, como es el contrato, no solamente que de manera formal tiene, al menos, dos partes que son los contratantes, sino que ellos han conjugado sus voluntades con intereses particulares e individuales que precisan ser alcanzados, así, mientras, como se ha referido antes, el contratista busca por una parte alcanzar un trabajo, mejorarse y realizarse profesionalmente, logrando experiencia, prestigio, y otros aspectos de índole subjetivo, también busca con su participación contractual, el de obtener una legítima rentabilidad o utilidad de las inversiones efectuadas. Por su parte, el contratante, la entidad pública, como es lógico, igualmente busca la concreción de una obra, el suministro o la prestación de un servicio, con el propósito de alcanzar un objetivo, cual es el servicio público, de tal forma que mientras la retribución que aspira el contratista es mensurable en sus aspectos subjetivos y

económicos, la parte contratante, la administración pública busca el cumplimiento del objeto de su existencia, el servicio público el que igualmente puede ser valorado y mensurado tanto dentro del aspecto subjetivo de la realización de su fin como el de la rentabilidad económica y social que aquello comporta, y, no precisamente como una cuantificación hacia la entidad, sino hacia los usuarios, los beneficiarios, en definitiva la sociedad, que merced a la cabal realización de la obra pública o la prestación del servicio público, no solamente que ve realizada y ejecutada su condición de asociado del Estado, sino que puede y de hecho consigue el objetivo previsto por la Constitución, el lograr una buena calidad de vida. Lo cual en última instancia puede ser determinado económicamente.

De lo dicho tenemos que el equilibrio económico va más allá de la sola equivalencia numérica de los valores monetarios que el contrato conlleva, sino también el pleno y cabal cumplimiento del objeto del contrato.

Cuando entre los aspectos de lograr el equilibrio económico señalé los hechos propios de la ejecución del contrato como –el contrato complementario, costo más porcentaje y las órdenes de trabajo-; o, el laudo arbitral o el acta de mediación, así como las preguntas y respuestas que se dieran entre la entidad y los oferentes en el proceso precontractual y que, pueden determinar los precios referenciales, calidad de material, sitio en donde deben ser colocados, etc, y que, a la postre forman parte del contrato. Estos aspectos no solamente tienen que ver con la realización profesional del contratista ni su compensación económica, sino que ellos también están destinados a que el contratante, la entidad pública, alcance el objeto de la contratación.

RECOMENDACIONES

El equilibrio financiero del contrato, es un principio regulador de la conducta de las partes dentro del marco de la ejecución del contrato. Del presupuesto atinente a que la ecuación económica del contrato debe mantenerse a lo largo de la ejecución del mismo, no implica necesariamente que las obligaciones que se originan en el contrato sean inmodificables, pero siempre dentro del marco regulatorio que norma la relación contractual, dado el interés general implícito e inherente al contrato estatal, el mentado principio implica que si se rompe o altera debe ser restablecido a su punto inicial.

Para lograr tal objetivo que es parte del derecho al buen vivir, es preciso que las partes ajusten su conducta en la ejecución del contrato, a los términos en él determinados, y que, las variaciones de todo orden, incluyendo su propio cumplimiento sea escrupulosamente consignado en la nota que corresponda o en el libro de obra, de tal, forma que se pueda detallar con facilidad en el tiempo y en la época cuando se dieron las variaciones que pueden o pudieron alterar el equilibrio económico, así como establecer con igual precisión si el contratista o el contratante se encontraban en mora respecto al cumplimiento de sus recíprocas obligaciones, lo cual determinará, sin lugar a duda la responsabilidad individual de cada una de las partes para determinar el grado de incumplimiento y la correspondiente penalización.

La ejecución de un contrato, sin lugar a dudas es el cumplimiento y por ende la participación técnica de los artífices o de los profesionales y sus equipos de colaboradores en el cumplimiento del contrato, pero de la misma forma, esa ejecución que necesariamente conlleva la participación de un

conjunto de voluntades, precisan de la asistencia y colaboración de especialistas en aquellas actividades que no son exclusivas del cumplimiento del objeto del contrato, pero que su ausencia o falencia inciden de manera directa en lograr el fin previsto, me refiero a los elementos de apoyo como los relacionados con los aspectos contables, de logística y legales; y, con relación a éstos últimos, su participación no debe ser requerida únicamente cuando el conflicto se ha generado o ha llegado a escalas superiores, sino que esa participación debe ser permanente, para evitar que aquel se presente y por cierto no permitir que ascienda en indudable perjuicio para los contratantes.

La participación profesional y no persecutoria, sino de colaboración y en búsqueda de perfección, por parte de la fiscalización, no solo que garantiza la calidad, eficiencia y cumplimiento del contrato, sino que permite que las partes alcancen el objetivo, cual es, culminar con la obra para la satisfacción del bien común, principio y fin de la contratación pública, y para la realización profesional y económica del socio ejecutor del contrato, el contratista.

La unión hace la fuerza y engrandece a un país.

BIBLIOGRAFÍA

Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 2da edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima Primera Edición, Real Academia Española, 1.996

Dromi Roberto, Ekmekdjian Miguel y Rivera Julio, *Derecho Comunitario*, 2da edición, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1996

Escobar Gil, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Ed. Legis, 2da reimpresión, Bogotá, 2000.

Expósito Vèlez, Juan Carlos, *La confiscación del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, México, Ed Porrúa, 2000.

García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás- Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ta edición, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2006.

Hernández Terán, Miguel, *Seguridad Jurídica*, Guayaquil, Ed. Edino, 2004.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio, *Anulación de los actos de la Administración Pública*, 2da edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.

Pérez Camacho, Efraín, *Derecho Administrativo*, Quito, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006

Secaira Durango, Patricio, *curso breve de derecho administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.

Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Ed. Temis, 1997.