

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

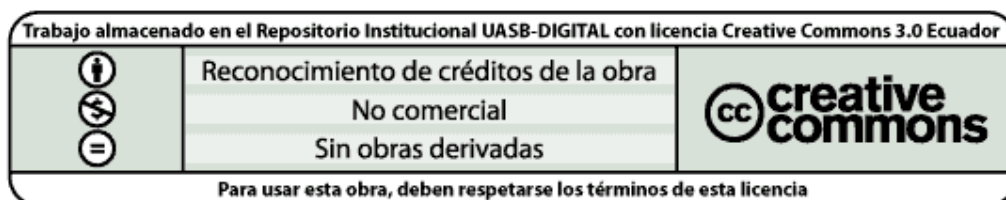
AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN
DEL ESTADO

EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

Carola Jacqueline Barrera Espín

2013



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS/MONOGRAFÍA

Yo, Carola Jacqueline Barrera Espín, autor/a de la tesis intitulada *El Incumplimiento en los Contratos de Obra Pública* mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO
MENCION CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN
DEL ESTADO

EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

TUTOR: Dr. Luis Benalcázar
ALUMNA: Carola Jacqueline Barrera Espín

QUITO-ECUADOR
2013

RESUMEN

En este trabajo se analizará el incumplimiento contractual dentro de la Contratación Pública , para lo cual se deberá tener claro lo que es un contrato, lo que es un contrato administrativo, los elementos y principios que rigen la contratación.

Por último, centraré mi estudio en el tema principal de esta monografía, estableciendo lo que es el incumplimiento contractual, el incumplimiento del contratista y de la administración, para poder llegar a establecer por último la responsabilidad del Estado en el retardo de la entrega de la obra pública que se va a derivar del incumplimiento contractual.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por su apoyo constante e incondicional, quienes han influido enormemente con su ejemplo y sus valores éticos, morales y espirituales, han sido el impulso que me ha permitido lograr mis objetivos personales y profesionales.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	6
INTRODUCCION.....	7
CAPITULO PRIMERO.....	9
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	9
1.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.....	9
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	9
CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA:	10
CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.....	11
1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.....	13
1.2.1 SUJETOS:.....	13
La Entidad Contratante y el contratista.....	13
1.2.2 CONSENTIMIENTO	17
1.2.3 OBJETO:.....	19
1.2.4 CAUSA:.....	20
1.2.5 LA FORMA:	21
1.2.6 LA FINALIDAD.....	25
1.3 PRINCIPIOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.....	28
1.3.1 CONTINUIDAD.....	28
1.3.2 MUTABILIDAD.....	30
CAPITULO SEGUNDO.....	36
INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	36
2.1 DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.....	36
2.2 INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA	42
REQUISITOS PARA LA RESOLUCIÓN.....	55
2.3 INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	56
EXCEPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	56
LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS	56
2.4 EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	63
CAPÍTULO TERCERO.....	69
3. RESPONSABILIDAD QUE TIENE EL ESTADO EN EL RETARDO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA	69
3.2. EFECTOS DEL RETARDO EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA.....	80
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	82
BIBLIOGRAFIA	84

INTRODUCCIÓN

La presente tesis abordará lo que es un contrato de ejecución de obra pública, el mismo que es un contrato formal porque para su perfeccionamiento se requiere del cumplimiento de todos los requisitos señalados en la ley, sin los cuales no se produce los efectos deseados por las partes, además para que el contrato de ejecución de obra sea válido debe tener requisitos esenciales es decir requisitos de validez del mismo dentro del Derecho Público y que son los siguientes: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Una vez que se entiende lo que es un contrato de ejecución de obra pública se puede profundizar con el incumplimiento contractual, el cual se produce cuando una de las partes no cumple con lo pactado en el contrato lo que conlleva a analizar la responsabilidad del Estado frente a la sociedad.

El incumplimiento contractual, produce consecuencias económicas para las Instituciones Públicas, puesto que éstas tienen que realizar un nuevo proceso contractual, además del retraso en el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Institución que tienen un interés social, esto impide dar de manera oportuna y eficaz una obra pública que sirva para satisfacer las necesidades de la población. Al producirse el retardo en el cumplimiento se produce también el retardo en la entrega de esa responsabilidad que tiene el Estado frente a la sociedad.

Por lo expuesto el Incumplimiento Contractual.- Como lo señala José Ramón Sánchez-Medal Urquiza, se produce cuando existe el incumplimiento de la obligación a cargo del contratista o de la administración. Es importante señalar que solo se podrá alegar que existe incumplimiento si se venció el término o la condición pactada en el contrato.

Una vez producido el Incumplimiento contractual, surge la responsabilidad del estado la cual

consiste en satisfacer la necesidad de carácter general de la comunidad en forma continua y obligatoria, pero que al producirse el incumplimiento contractual, el Estado retardará la entrega de esa obra o servicio público de calidad, a la cual tienen derecho los miembros que conforma esa colectividad.

CAPITULO PRIMERO

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

1.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Para definir el contrato de obra pública, es importante analizar los conceptos de contrato administrativo o público, y obra pública, los cuales me permitirán concluir en lo que es un contrato de obra pública.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Escola, Héctor Jorge, en su libro *Tratado integral de los Contratos Administrativos* señala: “...los contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público en los que pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado o que coloquen al contrato de la administración pública en situación de subordinación respecto a ésta...”¹

Bercaitz, Miguel Ángel, señala: “...son contratos administrativos aquellos celebrados por la administración pública con un fin público o que, en su ejecución, puede afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a regla de derecho público y cláusulas exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica...”²

Dromi, “...Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una

¹Héctor Jorge, Escola, *Tratado integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, Pg 127

está en ejercicio de la función administrativa...”³

De las definiciones señaladas podemos concluir que:

Los contratos administrativos son contratos bilaterales, celebrados por la administración para cumplir con un fin público, y cuyas cláusulas exorbitantes subordinan jurídicamente al cocontratante particular respecto de la administración. Esta relación produce efectos jurídicos tanto para la Administración como para el particular, ya que determina atribuciones y obligaciones.

CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA:

La obra pública es el producto del trabajo humano es decir es una obra material, no es producto de la naturaleza.

Por ello, el contrato de obra pública es un medio para la realización de esa obra.

Por lo expuesto se puede señalar que la obra pública es el resultado de lo planificado por la Administración, persiguiendo el fin último que es la satisfacción de las necesidades de la colectividad, mientras que el contrato de obra, es una modalidad para alcanzar a desarrollar esa obra, son sus modos de concreción.

Dentro de estas modalidades o modos de ejecutar la obra pública, en la presente tesis se va a profundizar el estudio del contrato de obra pública.

Roberto Dromi, señala que puede conceptualizar a la obra pública según tres aspectos: objetivo, subjetivo y finalista.

“...Desde el punto de vista objetivo se considera obra pública los actos y operaciones relacionados con dicha obra, esto es todos los bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales, más aún cuando hay obra pública por accesoriedad, es decir basado en el principio en el que señala que lo accersorio sigue la suerte de lo principal.

²Miguel Ángel, Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da edición, Depalma, 1980, pg 189

³Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 7ª Edición, Buenos Aires, 1998, pg 440

Desde el punto de vista subjetivo, en cuanto al sujeto a quien pertenece la obra pública según Roberto Dromi, señala que la obra pública puede pertenecer a una persona pública estatal o no estatal, haciendo la diferenciación en cuanto a que no sólo el Estado es propietario sino también los entes públicos no estatales, siempre que tengan atribuciones o competencias públicas por expreso mandato estatal.

Y desde el punto de vista finalista, la obra pública es considerada como tal si tiene como último fin la satisfacción de un interés general o colectivo...”⁴

Con estos antecedentes y conforme lo conceptualiza Roberto Dromi, la obra pública se define “...como un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal, y tiene la finalidad de satisfacer un interés colectivo o general...”⁵

CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Roberto Dromi: “... El contrato de obra pública es un procedimiento mediante el cual el estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra...”, además señala Dromi que no necesariamente el contrato de obra pública implica la “existencia de una obra pública, ya que puede que se realice a través de un contrato de obra pública una obra que no esté destinada a la utilidad general o colectiva...”⁶

Según lo señala William René Parra Gutiérrez el Contrato de obra pública dentro del derecho público “...por regla general es un contrato formal porque para su perfeccionamiento se requiere del cumplimiento de los requisitos señalados por la ley, y sin los cuales el convenio no produce el efecto deseado por la partes. Como formalidades del contrato pueden señalarse, el escrito del contrato, su registro o disponibilidad presupuestaria, su publicación y la aprobación de las

⁴ (Dromi, 1998: 440)

⁵ (Dromi, 1998: 440)

⁶ (Dromi, 1998: 440)

pólizas de garantía entre otras...”⁷

Además señala que en la legislación colombiana se define al contrato de ejecución de obra pública de la siguiente manera: “Son contratos de obra los 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.”⁸

Felipe Rodríguez, define al contrato de obra pública como un “...contrato de locación de obra en cuya ejecución la Administración procede como poder administrador, razón por la cual debe considerársele por su objeto, fin y régimen de ejecución como un contrato administrativo de régimen propio...”⁹

En la Revista de Derecho Público, se define al contrato de obra pública “...como aquel celebrado entre un particular (locador, contratista) y el estado o un particular en ejercicio de prerrogativas públicas (locario, comitente), cuyo precio resulta saldado con dinero estatal (locatario comitente), y que tiene por objeto la obtención de un resultado material (mueble o inmueble) o intelectual (diseño, proyecto, desarrollo de una idea), a través de su realización, construcción, refacción o mantenimiento...”¹⁰

De los conceptos señalados puedo indicar que el contrato de obra pública es un contrato administrativo, bilateral, oneroso, celebrado por la Entidad Contratante y un particular contratista, para cumplir con un fin público determinado. Es una modalidad que tiene el Estado para realizar una obra material ya sea un bien mueble o inmueble incluso intelectual a través de terceros que se obligan para con el Estado a la ejecución de ese objeto contractual. En el contrato de obra pública el contratista deberá cumplir con las cláusulas contractuales entre ellas debe ejecutar el plazo establecido en el contrato para garantizar el cumplimiento de la conclusión de la obra pública.

⁷William René, Parra Gutiérrez, *Los Contratos Estatales*, Bogotá, pg. 107

⁸(Parra, pg 108)

⁹Felipe, Rodríguez, *Los Contratos Administrativos Aspectos Jurídicos Conceptos y Elementos del Contrato Público*, Web www.feliperodriguez.com.arg

¹⁰Tomás Hutchinson y Horacio Daniel Rosatti, “*Contratos administrativos-II*”, revista de derecho público, 1er Edición, Editores Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2007, pg. 254

1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

ELEMENTOS ESENCIALES: se encuentran los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa la forma y la finalidad.

1.2.1 SUJETOS:

La Entidad Contratante y el contratista.

La Entidad Contratante emite su expresión de voluntad, a lo largo de todo el proceso pre contractual y contractual, desde el momento de autorizar el inicio del proceso, la fase precontractual y la fase contractual. La otra parte es el cocontratante o contratista, que puede ser otro ente administrativo, o un particular.

Farrando señala: "...Para que el contrato sea válido debe contar los dos sujetos con aptitud legal para realizar tal acto jurídico, correspondiendo distinguir entre el órgano de la Administración que debe obrar dentro de su competencia, y que se rige por el derecho público, y el particular que requiere capacidad regulada por el derecho privado, sin embargo hay que determinar que la capacidad en el particular es la regla mientras que en cuanto a la Administración es la excepción. Además en el caso de la Administración el órgano-funcionario que interviene en la celebración del contrato siempre debe actuar en procura de un interés de la comunidad, mientras que el particular lo hace en búsqueda de su propio interés..."¹¹

La competencia y capacidad concierne a la validez del contrato, es decir se exige que las partes tengan aptitud legal para celebrar el contrato. Por lo tanto dentro del proceso contractual se exige la capacidad jurídica del contratista y la competencia del órgano estatal o del ente que ejerce

¹¹ Ismael, Farrando, Contratos Administrativos, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pg 412

¹² Diccionario Jurídico www.diccionariojuridico.mx

la función administrativa.

La competencia de la autoridad de conformidad al Diccionario Jurídico “...es la autoridad, como cúmulo de facultades para actuar o emitir el acto correspondiente, sólo surge de una disposición legal o reglamentaria y no de acto distinto...Además señala que “las normas de competencia establecen el conjunto de facultades o atribuciones que forman la competencia de un órgano...”¹²

La competencia del ente público en el ejercicio de la función administrativa está dada en el caso de nuestra legislación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual determina las normas y principios sobre los cuales se van a regir los procesos de contratación y determina qué organismos del sector público tienen esa competencia para contratar y celebrar contratos. Es decir la competencia es un elemento importante del derecho público

Además se debe tomar en cuenta que entre las condiciones de competencia de la Administración –individuo físico- según Dromi debe incluirse “...la capacidad de obrar en el sentido del Código Civil. Así por ejemplo, carece de valor jurídico el acto realizado por un funcionario mentalmente enajenado...”¹³

Por lo tanto la competencia se resume en la facultad, funciones, o atribuciones dadas por la Constitución, Ley o reglamento a un ente público para que pueda actuar o emitir actos derivados de su cargo, en este caso intervenir en el proceso pre contractual y contractual. Por lo tanto, las Entidades Contratantes tienen competencia para contratar, éste es un requisito indispensable para celebrar un contrato administrativo. La competencia está dada por la Constitución o la ley.

Por medio de la competencia se habilita legalmente a las Entidades Contratantes para hacer lo que la ley les autoriza. La falta de competencia acarrea la nulidad del contrato.

La competencia en el Derecho Administrativo equivale a la capacidad en el Derecho privado. La capacidad es facultativa para su titular, mientras que la competencia es obligatoria. La

¹³ (Dromi, 1998: 309)

competencia pertenece al órgano y no al servidor público el cual debe limitarse a su ejercicio en lo que la norma expresa señale.

Dentro de nuestra legislación la aptitud legal del contratista debe ser verificada por parte de la Entidad Contratante en el proceso precontractual y en el momento de la suscripción del contrato, además el artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que para la celebración del contrato, la Entidad Contratante o el órgano de contratación tiene que tener competencia para celebrar estos contratos y el contratista capacidad para contratar. Además de la competencia y de la capacidad, debe existir disponibilidad presupuestaria es decir los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones.

La capacidad de acuerdo al Diccionario Jurídico es "...la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio..."¹⁴

De acuerdo al Código Civil artículo 1461, "...la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra..."¹⁵

Por medio de la capacidad se habilita a las personas o instituciones particulares para que realicen todo lo que no se encuentre prohibido en la ley. La falta de capacidad acarrearía la nulidad del contrato.

Dentro de las capacidades tenemos la capacidad de ejercicio que es la que permite que el individuo ejerza por sí mismo los derechos. Esto quiere decir que la capacidad depende de la voluntad de la persona.

Por tanto el contratista para contratar no debe estar incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Así también el Código Civil señala quiénes no son capaces para contratar, entre ellos los incapaces absolutos, los incapaces relativos. Estos incapaces pueden contratar a través de sus

¹⁴Diccionario Jurídico www.diccionariojuridico.mx

representantes legales.

El Artículo 1463 del Código Civil dispone: “...Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”¹⁶

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define al Contratista como “...la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.

Y a las Entidades Contratantes como “...Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de esta Ley...”¹⁷

El Código Civil de conformidad al artículo 564, señala que la persona jurídica “...es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...”¹⁸

Los organismos del Estado son creados para realizar una determinada función estatal a través de las instituciones del sector público.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone

¹⁵ Código Civil

¹⁶ Código Civil

¹⁷ Código Civil

“...Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría...”¹⁹

Además de la diferencia establecida consistente en la competencia y en la capacidad, la Entidad Contratante, siempre busca el bienestar de la sociedad, mientras que el particular busca su propio bienestar.

Sin embargo de lo expuesto, existe jurisprudencia en otros países, según la cual un contrato de obra pública generalmente tiene la intervención del Estado y el particular, sin embargo, pueden existir contratos de obra pública celebrados por dos sujetos de derecho privado.

Tomás Hutchinson, Horacio Rosatti, al respecto cita el siguiente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...Con motivo de la aplicación de la ley 16.727 que creó el “Fondo Escolar Permanente” y transmitió facultades propias del Ministerio de educación a entidades privadas de apoyo, al alto tribunal responsabilizó el Estado frente a una empresa constructora que había celebrado un contrato con una cooperadora escolar, por entender que el vínculo respondía a una finalidad específica estatal como es velar por la educación primaria. De esta manera ratificando lo resuelto por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelación en lo contencioso Administrativo Federal, la Corte consideró que estaba en presencia de “un contrato administrativo de obra pública celebrado por la cooperadora de una escuela”, destacando el moderno fenómeno de la participación de los particulares en la Administración Pública, el objeto del contrato (modificación y ampliación de una escuela pública) y la presencia de fondos estatales comprometidos para su pago...”²⁰

1.2.2 CONSENTIMIENTO:

Es el acuerdo de voluntades que permite distinguir el acto bilateral (contrato) del unilateral (acto

¹⁸Código Civil

¹⁹ Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

²⁰(Hutchinson y Rosatti, 2007, pg. 254)

administrativo).

“...La expresión de ese consentimiento debe ser por escrito, por lo que no se admite el consentimiento tácito, contrariamente a lo que sucede en el caso del particular cocontratante) aunque ello no impide que se pacte la asignación de un determinado sentido jurídico (positivo o negativo) al silencio de la Administración frente a determinados actos o hechos producidos a lo largo de la ejecución del contrato. En cuanto a los vicios del consentimiento, tenemos al error esencial, el dolo (en cuanto se tenga por existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos) cuando se haya ejercido violencia física o moral sobre el agente productor del acto, o se trate de simulación absoluta...”²¹

Claudia Miranda Londoño, señala que “...en los contratos administrativos también se da este consentimiento ya que la Administración y el contratista se ponen de acuerdo y consienten en las diferentes cláusulas y condiciones del contrato. El hecho de que la Administración tenga ciertas prerrogativas en la contratación y que le pueda imponer ciertas prerrogativas al particular, no quiere decir que el particular no preste su consentimiento ya que éste las acoge voluntariamente y contrata voluntariamente con la Administración...”²²

Dentro de los contratos de obra pública, es fundamental el consentimiento, la expresión o acuerdo de voluntades que debe existir entre ambas partes, el consentimiento incluso existe aunque hayan cláusulas exorbitantes que amparan a la Entidad Contratante, ya que el contratista acoge dichas cláusulas a favor de la Entidad Contratante. El consentimiento debe estar libre de vicios como son el error, fuerza y dolo.

El contrato de obra pública posee cláusulas predisuestas, estudios previos y condiciones a las cuales el contratista se adhiere, pero con pleno consentimiento.

²¹ (Ferrando 2002: 413-414)

²² Claudia, Miranda Londoño, *La Condición Resolutoria Tácita y la Excepción de Contrato No Cumplido en los Contratos*

1.2.3 OBJETO:

El objeto del contrato administrativo al igual que en todos los contratos, es una prestación que puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer, y debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinable y lícito.

Tomás Hutchinson define que el Objeto es “...el intercambio de prestaciones que comprometen sus partes: construir una obra, prestar un servicio, transmitir (y adquirir un bien en propiedad, entregar una suma de dinero, etcétera.

Además señala que el objeto debe relacionarse con el interés público (aunque sea de manera indirecta o mediata), y la prestación del particular debe ser el resultado de la búsqueda el bien común...”.

Hutchinson además señala que “...el objeto del contrato de ejecución de obra pública quedó limitado a la construcción, mantenimiento, reforma demolición de cosas inmuebles, tanto por su naturaleza (apertura de un canal) como por accesión (caminos, edificaciones y construcciones de cualquier naturaleza), Más tarde fue admitido que la obra contratada consistiera en la construcción de una cosa mueble (un automotor especialmente construido como unidad coronaria) e incluso, en la generación de cosas inmateriales (como la realización de un estudio de consultoría)...”²³

El objeto del contrato de obra pública puede realizarse sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales, estos últimos por existir un contrato de obra pública por accesoriedad.

Dromi distingue los siguientes contratos por accesoriedad: “...1) los trabajos de estudio y proyecto de obras básicas (trabajos preparatorios); 2) los contratos entre Administración y profesionales para que dirijan y supervisen la obra, 3) el transporte de materiales destinados a la obra, 4) la destrucción de una cosa, para construir allí la obra pública...”²⁴

La cosa mueble no debe ser fungible ni consumible, y cuando se integran a un inmueble, se

Administrativos, Bogotá, 1987, pg

convierten en inmueble por accesión.

Sin embargo, nuestra legislación prevé contrataciones de consultoría o prestaciones de servicios para los casos en los que Dromi señala que son contratos de accesoriedad.

1.2.4 CAUSA:

Es la satisfacción de un modo directo o indirecto de una necesidad colectiva, es decir que lo que se busca es el bien de la colectividad.

En el derecho público se restringe el contenido a la satisfacción de necesidades de la colectividad y la obtención del bien común.

Bercaitz distingue entre la causa origen y causa fin señalando que "...no hay obligación sin causa y que esta causa en los contratos administrativos se deriva de una circunstancia especial respecto a la cual el derecho público elabora su propia teoría..."²⁵

La causa asumida por una de las partes es la obligación contraída por la otra parte. Es decir un contratante se obliga porque el otro contratante se obliga también. La causa final es entonces objetiva, general igual para todos los contratos de igual tipo, y tiende a la equivalencia de las obligaciones pactadas. A la par de la causa se encuentra entonces el motivo, la finalidad, que en el caso del contrato administrativo es el interés público.

La causa sería la contestación al por qué y el fin responde al para qué, de tal manera que para la Administración la causa es objetiva (el interés público) mientras que para el particular es subjetiva (dependerá en cada caso particular). Existe una diferencia sustancial entre el contrato de derecho privado y los de derecho público. En los primeros la causa resulta fundamental en el momento en que se suscribe el contrato, si después desaparece, carece de relevancia, mientras que en el caso del segundo la causa siempre debe satisfacer un fin público tanto al momento de la celebración como al momento de la ejecución del contrato. Por lo tanto la causa debe estar

²³ (Tomás Hutchinson 2007: 260-261)

²⁴ (Dromi:1998, pg 442)

permanente durante toda la vida del contrato.

1.2.5 LA FORMA:

Algunos autores señalan que el elemento forma ofrece un doble significado; uno restringido que se refiere a la forma de exteriorización de la voluntad de los sujetos que intervienen en el contrato; y otro amplio que se refiere al cumplimiento por parte de la Administración de las etapas que dan origen al contrato. Las formalidades del contrato no hacen a la existencia del contrato sino a su validez.

La forma es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.

Para que la voluntad administrativa, pueda nacer a la vida jurídica y genere consecuencias legales a través de un contrato administrativo, debe forzosamente documentarse por escrito.

La voluntad administrativa, se entiende como el conjunto de trámites y presupuestos objetivos y subjetivos que proceden al dictado del acto, lo cual requiere de la intervención de funcionarios o servidores públicos y del cumplimiento de diversos requisitos legales tendientes a asegurar la legalidad de ese accionar.

Todos los presupuestos tienen que plasmarse por escrito para que al unirse en un documento constituyan la voluntad de la administración.

Por ello algunos autores niegan la existencia de contratos celebrados en caso de silencio de la administración. Respecto a la forma de instrumentalización, es suficiente con la formalización por escrito, y con la intervención del funcionario público que le otorga autenticidad al acto celebrado.

Con relación a este aspecto, las normas generalmente exigen la forma escrita, pero en nuestra legislación además de ser por escrito dispone que los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley y así lo requieran se formalicen en escritura pública.

²⁵ Bercaitz, Miguel, Teoría general de los contratos administrativos, Depalma Buenos Aires, 1980, pg 276

La escritura pública es uno de los instrumentos públicos. El instrumento público es el proveniente de un funcionario público o de persona autorizada por la ley, para que dé el carácter de público a los actos que ante él se celebren cumpliéndose las solemnidades previstas en la ley.

Los requisitos del instrumento público son que haya sido otorgado por un funcionario público o persona autorizada por la ley. Que el funcionario público o la persona autorizada por la ley, sea competente. Que se cumplan los requisitos legales.

Todo instrumento público por ser tal es auténtico, además la autenticidad está dado por el hecho de que el instrumento tiene autor cierto, indubitado y se han cumplido los hechos que determina ese instrumento.

El Código Civil dispone en el Artículo 1717 “...El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular...”²⁶

El Instrumento Público “hace plena fe”, significa que el documento hace prueba, o simplemente que es auténtico al conferirle la ley certeza respecto al autor de dicho instrumento. Además por sí solo es prueba respecto al lugar y fecha en él consignados.

De conformidad artículo 16 del Código Civil “...La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil. La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese...”²⁷

El Código Civil señala en el artículo 1716 “...Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.

²⁶ Código Civil

Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública...”²⁸

De conformidad a lo determinado en la Ley Notarial artículo 26, la Escritura Pública es “...el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan y que este autoriza e incorpora a su protocolo...”²⁹

Para que exista la escritura pública debe ser otorgada ante notario, incorporada al protocolo y otorgada con las solemnidades legales.

Coincido en que la escritura pública solo es necesaria cuando la ley así lo disponga, destacando que la falta de cumplimiento de las normas referentes a la forma afecta la validez del contrato.

De lo expuesto podemos decir que la formalidad permite que el contrato sea válido, además permite exteriorizar el vínculo contractual. Para que nazca a la vida jurídica debe este vínculo contractual realizarse por escrito, y que sea legalizado por el funcionario público competente.

Ahora bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina la solemnidad de escritura pública en los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la ley, requieran que se formalicen por escritura pública, y cuando exista un contrato cuyo monto sea igual o mayor a los de licitación, la ley requiere que se protocolice ante notario.

Los contratos cuyo monto sean inferiores a los de licitación, se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública ni protocolización.

En los instrumentos privados las personas se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Lo que caracteriza al instrumento privado es no tener la presencia de funcionario público o de notario, o si intervienen en este instrumento lo hacen fuera de sus competencias y atribuciones.

El Instrumento privado debe ser realizado por escrito y contener la firma de quienes intervienen, además de ello no requiere de ninguna otra formalidad.

²⁷Código Civil

²⁸Código Civil

²⁹Ley Notarial

Con la sola firma el autor queda obligado a cumplir con lo señalado en el instrumento.

Los instrumentos privados carecen en principio de autenticidad, al no existir certeza acerca de la persona que suscribe.

El Código Civil dispone respecto a los instrumentos privados señala en el Artículo 1718 "...La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.

Artículo. 1719.- El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos..."³⁰

De lo señalado en el Código Civil podemos concluir que un instrumento privado, para que tenga autenticidad y eficacia debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Que lo que conste en el instrumento privado, según la ley no sea destinado a instrumento público, ya que este no puede suplirse por otro acto o prueba, esto podría acarrear la nulidad absoluta del acto; y,
- Que sean reconocido por la parte a quien se opone. Reconocido el instrumento privado tiene eficacia como el público.

Sin embargo de lo expuesto, el instrumento privado que tiene eficacia, no tiene jerárquicamente la calidad de instrumento público, pero si hace tanta fe como un instrumento público.

³⁰Código Civil

De lo expuesto, deriva que los contratos administrativos que no requieren de escritura pública, si bien son instrumentos privados, hacen plena fe para todos los efectos, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda requerirse el reconocimiento de firmas o declaración judicial.

1.2.6 LA FINALIDAD

“La finalidad es el interés público, la cual variará de un contrato a otro, según el fin particular que se persigue en cada caso concreto. La diferencia del elemento causa es siempre objetivo y de la finalidad es subjetiva, dependiendo de las necesidades colectivas que en cada caso se pretende satisfacer y de las normas que dan competencia al órgano.”³¹

Dromi señala que “la finalidad no define el contrato de obra pública porque este es solo un procedimiento para ejecutar la obra pública”³², es decir que según Dromi el fin último de este contrato no siempre va hacer la satisfacción de las necesidades de la colectividad, característica que sí define a la obra pública.

En el sentido que plantea Dromi la finalidad del contrato de obra pública, no siempre tiene una finalidad de satisfacer las necesidades colectivas, ya que este tipo de contrato puede ser utilizado para mejorar edificios del Estado, u oficinas de la administración.

La finalidad de la obra pública siempre está vinculada de forma directa a un interés público, o relacionado a un asunto de interés comunitario como es construir un hospital, una escuela etc.

Sin embargo Hutchinson señala que si se utiliza una construcción vinculada al interés público pero de manera indirecta, por ejemplo la vivienda de un oficial, se alejaría a la noción para acercarse al concepto de locación de obra preponderadamente vinculada al Derecho Privado.

Sin embargo de lo expuesto, es importante señalar que en muchas legislaciones se define al contrato de obra pública como un contrato de locación, teniendo éste una connotación pública.

Es mi criterio que si se construye un edificio para que funcione una dependencia pública,

³¹ (Farrando, 2002: 422)

³² (Dromi, 1998: 442)

con fondos públicos para dicha construcción, aunque no exista un interés público directo, deberá realizarse mediante un contrato de ejecución de obra pública y no privada.

La contratación pública se rige por principios que le son inherentes, ya que su adecuado ejercicio desarrolla una verdadera política social, materializando la eficiencia en la prestación del servicio o la realización de una obra reflejados en la efectividad de los derechos de los administrados. Estos principios se constituyen en normas de derecho, que deben ser observadas por quienes ejercen el manejo de la estructura del Estado, observando las prerrogativas exorbitantes propias de la administración, pero sin dejar de lado los derechos de los cocontratantes.

Estos principios pueden agruparse según tres parámetros:

a) Los referentes a la administración pública, propios del derecho administrativo, que son:

a.1 Transparencia

a.2 Economía

a.3 Responsabilidad

La transparencia es propia de un contrato estatal, que se refleja en la igualdad de oportunidades que se deben otorgar a todos quienes deseen participar como contratistas y en decidir acertadamente en cuanto a la oferta más favorable; es un principio fundamental dentro de la etapa de formación del contrato.

La Economía contractual, se refiere a la adecuada relación patrimonial frente a las prestaciones o la realización de la obra, sin dejar de lado la calidad y eficiencia en el cumplimiento.

La responsabilidad surge de la obligatoriedad de los contratos tanto para los funcionarios públicos como para los contratistas.

b) Los referentes a los funcionarios públicos, plasmados en las normas que orientan sus conductas, que consagran sus deberes y prohibiciones, en un ejercicio administrativo que prevalentemente sea igual, moral, eficaz, eficiente, celer, imparcial, público, motivado, proporcional, oficioso, etc.

c) Los referentes a la interpretación de los contratos:

c.1 Búsqueda el cumplimiento de los fines estatales, eficientes y efectivos; no es otra cosa que la vigencia del interés público

c.2 Aplicación de normas de derecho privado.

d) Principios generales del Derecho.

d.1 Respeto al bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico

d.2 Evitar el abuso del derecho

d.3 Equivalencia en las prestaciones contractuales

d.4 Principio de buena fe

d.5 Un contrato estatal no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa.

e) Principios de los contratos:

e.1 Autonomía de la voluntad: que se materializa a la vez en tres circunstancias:

e.1.1 Libertad contractual; referida a la posibilidad de escoger al contratista, en la opción de celebrar o no el contrato y en la libertad de discutir el contenido del mismo; libertad que se limita ya que la celebración del contrato depende de las necesidades públicas.

e.1.2 El orden público; el contrato no puede ser contrario a la Constitución y la Ley, no puede afectar la estructura política ni económica del Estado

e.2 Efecto de los contratos, los contratados tienen efectos respecto a la entidad pública y el contratista que lo suscribe, no puede tener efecto sobre personas distintas, tiene inmersa la condición personalísima

e.3 Consensualidad: un contrato estatal se perfecciona, solo cuando es expresión de la voluntad de las partes y el cumplimiento de las solemnidades propias a su naturaleza.

f) Principios del Derecho Administrativo:

f.1 Principio de legalidad: el Estado únicamente solo puede hacer aquello que está expresamente permitido en la Ley, siempre afín con los principios del derecho público y las políticas que se estén desarrollando.

f.2 Principio del interés público: Este contrato por sus características implica una desigualdad en la relación de los sujetos que participan, ya que una representa al interés público y otra el interés individual con funciones sociales, desde luego prima el primero sobre el segundo.

1.3 PRINCIPIOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Para desarrollar el incumplimiento de los contratos de obra pública es importante analizar los principios que afectan al mencionado contrato, los mismos que son totalmente opuestos a los que rigen en el derecho privado, y que otorgan un carácter diferencial en la vida contractual durante todo su desarrollo.

Los principios que rigen la ejecución de los contratos de obra pública son: continuidad y mutabilidad.

1.3.1 CONTINUIDAD

Según Dromi el principio de continuidad permite a la Entidad Contratante, obligar al contratista a la no interrupción o suspensión de la ejecución del contrato por cualquier causa.

La ejecución contractual debe resolverse siempre en base a la continuidad, ya que los contratos administrativos deben ser cumplidos y se los debe ejecutar siempre en relación al interés público el cual exige que el objeto contractual sea ejecutado ininterrumpidamente o continuadamente.

Sin embargo de lo expuesto, existen excepciones al principio de continuidad, con las cuales se interrumpe la ejecución por causas ajenas a la voluntad del contratista, como son: fuerza mayor y los hechos de la administración.

Además de las señaladas, **Dromi** nombra dos excepciones que alteran la existencia de la relación contractual, que son la muerte y la quiebra del contratista.

La Entidad Contratante, debe por todos los medios velar para que se cumpla con la ejecución del objeto contractual, pensando siempre en función del interés general, por lo que el último recurso debe ser la terminación anticipada del contrato. La terminación anticipada bajo figuras tales como la rescisión, como veremos más adelante, en algunas legislaciones como la Argentina, es usada indistintamente ya sea por parte del contratista o por la Administración.

Ismael Ferrando, determina que “Podemos caracterizar a este principio como la atribución con que cuenta la Administración para exigir el cumplimiento de la prestación debida por la contraparte de manera continuada, sin interrupciones, cualesquiera sean las circunstancias por las cuales atraviesa el contrato, pudiendo llegar a utilizar las vías de hecho para mantener la continuidad en el caso de los servicios públicos.

Consecuencia de este principio es que si el contratista, por determinadas circunstancias, suspende la ejecución de su prestación y la Administración le exige la continuidad tiene el deber de cumplir con la misma quedando autorizada la administración para el caso de incumplimiento a ejecutar tal prestación por cuenta del contratista atribución que consideramos guarda una estrecha vinculación con el principio de ejecutividad (y eventual ejecutoriedad) del acto administrativo. Las excepciones a tal obligación del contratista son de carácter excepcional y su existencia debe ser evaluada e interpretada de manera restrictiva.”³³

El autor citado, respecto al principio de continuidad señala que es un principio en el cual la Entidad Contratante tiene la potestad de obligar al contratista de una obra a que cumpla con la realización del objeto contractual de manera continuada, el autor además introduce una característica esencial al señalar que incluso se podría utilizar las “vías de hecho” para mantener dicha continuidad, especialmente en los servicios públicos, ya que el Estado no podría dejar a la colectividad sin satisfacer sus necesidades como son el agua, la luz etc .

De acuerdo al autor citado en relación a este principio señala que si el contratista no puede

³³ (Ferrando, 2002: 422-423)

realizar o ejecutar la obra, la Entidad Contratante puede ordenar la continuidad de la obra, y para ello la Entidad frente al incumplimiento del contratista deberá ejecutar la obra por cuenta del contratista, sin embargo este principio es de carácter excepcional y su aplicación debe ser realizada para cada caso concreto y de carácter excepcional, adiciona Farrando la posibilidad de que la Entidad pueda ejecutar la prestación por el incumplimiento del contratista.

Ismael Farrando, señala que este principio se asienta sobre los siguientes fundamentos:

- “1. El cumplimiento y satisfacción del interés público, que se halla presente en todo contrato administrativo
2. La subordinación jurídica en que se encuentra el cocontratante frente a la administración.
3. El rol de colaborador que asume el contratista particular en este tipo de contrataciones.”³⁴

De lo expuesto podemos concluir que este principio es importante dentro del Derecho Administrativo, debido a que permite que los trabajos que se encuentran realizando los contratistas no tenga ningún tipo de interrupción, es un principio que se encuentra dentro de las prerrogativas que tiene la Entidad o la Administración para exigir la ejecución ininterrumpida del contrato. Incluso en el análisis nos podemos percatar que existen autores, que señalan que en base a este principio la Entidad puede ejecutar la obra por cuenta del contratista, con la finalidad de cumplir su fin último que es satisfacer las necesidades de la colectividad.

1.3.2 MUTABILIDAD

Dromi señala que la Administración para el cumplimiento o ejecución del objeto contractual, podrá cambiar las prestaciones o condiciones impuestas al contratista, siempre y cuando “no infrinja los límites reglados y/o discrecionales del *ius variandi*”³⁵, este principio obedece a la responsabilidad que tiene la administración de satisfacer los intereses públicos.

Dentro del contrato de obra pública, no necesariamente debe estar expresamente señalada la

³⁴ (Farrando, 2002: 447)

cláusula en la cual se determina la mutabilidad de las prestaciones, obligaciones o condiciones que se reflejan, sino que se encuentra implícitamente incluida.

Este principio tiene los siguientes límites:

Legales: establecidos en la normativa de aplicación.

Generales a la actividad discrecional (es decir, razonabilidad, desviación de poder, buena fe, etc.) en cualquiera de los dos casos su incumplimiento es revisable judicialmente.

Entre esos límites **Mariénoff** cita los siguientes:

“La modificación no puede obedecer a cualquier interés o beneficio, de manera que esa alteración de los términos pactados debe estar en función del fin público que inspira el contrato.

La decisión de modificación debe estar suficiente y adecuadamente fundamentada

La modificación introducida por la Administración no puede alterar lo esencial del contrato, ni el equilibrio económico-financiero del mismo.

La modificación no debe violar las limitaciones establecidas en cada ordenamiento en especial.

Las modificaciones deben ser “objetivamente necesarias” en el sentido de que estas hubieran sido efectuadas cualquiera que fuera el contratista seleccionado en condiciones normales y sin suprimir el riesgo empresarial. Finalmente es preciso señalar que si la Administración viola esos límites el particular puede pedir la rescisión del contrato y la indemnización pertinente.”³⁶

Dromi señala que toda modificación del contrato debe respetar la sustancia y esencia del objeto contractual, el irrespeto a esto llevaría a la creación de otro contrato distinto al aceptado en primera instancia por el contratista, lo que daría lugar a la rescisión o terminación del contrato y pago de daños y perjuicios. Ferrando además señala algo importante al determinar que esa modificación debe estar en función del interés público y no en función de interés particular.

Además señala que la modificación del contrato debe mantener el equilibrio económico financiero en favor del contratista, caso contrario si se produce un desequilibrio la Entidad Contratante deberá indemnizarlo. Pero en todo caso, deberá evitar que los reajustes produzcan un

³⁵ (Dromi, 1998: 391)

beneficio indebido. El desequilibrio económico financiero podría llevar a la rescisión o terminación del contrato.

La decisión de modificación debe estar suficiente y adecuadamente fundamentada.

Dromi y Ferrando coinciden en que no se puede afectar el objeto del contrato ni alterar el equilibrio económico financiero del mismo, siendo éstos los límites que la Entidad deberá respetar.

La mutabilidad es la competencia que tiene la Administración de modificar unilateralmente el contrato, siempre en beneficio de los intereses de la colectividad, pero respetando el equilibrio económico del contrato. Es decir que para que se justifique la modificación del contrato la administración debe establecer que es por interés público.

De lo expuesto, al analizar una de las normas de nuestra legislación podemos darnos cuenta cómo se llega a obtener el equilibrio económico del contrato a través de los reajustes de precios, y también se puede observar el principio de mutabilidad cuando se realizan contratos complementarios, por ejemplo el artículo 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que el contrato de ejecución de obra, cuya modalidad de pago sea el sistema de precios unitarios, debe contar obligatoriamente con fórmulas de reajuste de precios, lo cual permitirá mantener el equilibrio económico del contrato. Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios, serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). Las entidades tienen la responsabilidad de determinar la o las fórmulas de reajuste de precios en los contratos, para lo cual deberán seguir la metodología, cálculos y componentes establecidos en el Reglamento a la ley.

Si la administración quebranta esos límites, el contratista podrá pedir la rescisión o terminación del contrato y la indemnización por daños y perjuicios. En los contratos integrales por precio fijo, no podrá pactarse reajuste de precios. Esto en razón de que una norma expresa de Derecho Público así lo dispone (artículo 84 LOSNCP).

³⁶ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, tercera Edición, Buenos Aires, 1983, pg

Más allá de los principios señalados se desprende que existen caracteres o particularidades del contrato de ejecución de obra pública como son el formalismo, desigualdad e *intuitu personae*.

El formalismo, determina que la Entidad Contratante no puede elegir con quien va a contratar como sucede entre particulares, sino que su capacidad de contratar está limitada, a las normas que otorgó la atribución de celebrar el contrato.

Según Farrando, "...existen algunos recaudos que limitan y encauzan el obrar de la Administración, fijados por la norma de aplicación, la cual determina la forma de seleccionar el contratista, la manera en que celebrará el contrato y la finalidad que éste debe perseguir. Esa norma puede ser constitucional, legal o reglamentaria.

De tal manera que el contrato administrativo se caracteriza por ser "formal", en el sentido de que para su celebración deben cumplirse una serie de requisitos sin los cuales el contrato será inválido, y cuya omisión, en la mayoría de los casos, no es susceptible de subsanación..."³⁷

Es decir que para la celebración de un contrato administrativo, se requiere cumplir con las formalidades establecidas en la ley, como por ejemplo: seguir los procesos de contratación de conformidad con la naturaleza jurídica y presupuesto referencial.

En lo referente a la desigualdad **Farrando** señala que "...La Administración junto con los derechos y obligaciones que naturalmente surgen del contrato es titular también de una serie de prerrogativas atribuciones especiales en atención al interés público en juego, y como consecuencia del ámbito donde se desarrolla y produce efectos en el contrato administrativo.

Resulta entonces que el contrato de derecho público tiene características de subordinación, con existencia de cláusulas que son exorbitantes del derecho privado y que pueden aparecer de manera explícita o implícita.

Existe una desigualdad entre las partes, una subordinación del cocontratante a la Administración

475

³⁷ (Farrando, Ismael, 2002:428)

Pública que se traduce en las siguientes atribuciones:

- 1.- Ius variandi: la Administración puede variar o modificar el objeto de la prestación del contrato en forma unilateral. La regla es la mutabilidad sin perjuicio de los límites que tal atribución tiene.
- 2.- La administración puede obtener la ejecución forzada del contrato por un tercero o por ella misma.
- 3.- La Administración puede dejar sin efecto el contrato en cualquier momento, de manera unilateral, por sí y ante sí, sin concurrir a la justicia, no solo por incumplimiento del contratista sino también por razones de interés público, **interviniendo una figura importante que es la figura del rescate...**”

La desigualdad del contratista consiste en que éste se encuentra subordinado a la Entidad Contratante que tiene potestades exorbitantes, las cuales se traducen en poder modificar un contrato, exigir la ejecución forzada del mismo, hasta dar por terminada unilateralmente la relación contractual, es decir la entidad contratante tiene una especie de superioridad jurídica frente al contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la desigualdad de los propósitos de las partes, mientras que el contratista persigue un fin económico, la Entidad persigue un fin público o satisfacción de los intereses de la colectividad.

A través de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se pretende contratar con el particular (intuitu personae) que ofrezca las mejores condiciones para la Administración, quien debe reunir determinadas cualidades que aseguren su idoneidad para el cumplimiento de la prestación que se compromete a realizar. Por estas circunstancias el contratista debe cumplir con el objeto del contrato, y eso determina que una vez seleccionado el contratista, no puede ceder ni subcontratar la prestación principal a la que se ha comprometido cumplir, salvo autorización expresa de la Administración.

Como conclusión final a este capítulo podemos indicar que el contrato de obra pública que

es un contrato administrativo porque interviene la entidad contratante y el contratista o particular, a través del cual el contratista se compromete a realizar el objeto de la contratación a cambio de recibir el precio, y así lograr que la administración o entidad contratante cumpla su finalidad que es la satisfacción del interés público. En el contrato de obra pública deberá cumplir el contratista con el objeto contractual dentro del plazo convenido en el contrato.

Para que se cumpla con el objeto contractual, la Administración hace uso de los principios de continuidad y mutabilidad los mismos que permiten que la ejecución del contrato sea continua e ininterrumpida.

Dentro de los elementos que todo contrato de ejecución de obra debe tener son los sujetos, consentimiento, objeto, causa, forma y finalidad.

La Entidad Contratante y el contratista, son sujetos que interviene dentro de la celebración contractual, quienes deben tener el uno competencia para contratar esto es estar facultado por la ley o Constitución para actuar dentro del proceso pre contractual y contractual hasta la suscripción del mismo, y el otro capacidad para ejercer los derechos y obligaciones.

Sin la competencia del ente público y la capacidad del contratista, acarrearía la nulidad de los contratos de ejecución de obra pública.

Dentro de la forma del contrato se requiere que sea por escrito y si su naturaleza o expreso mandato de la ley así lo exigen, se formalice a través de escritura pública, ante notario; o a su vez se incorpore a un protocolo público.

CAPITULO SEGUNDO

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

2.1 DEFINICIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Todo contrato fue realizado para ser cumplido. El cumplimiento consiste en la actividad necesaria para que la prestación contemplada inicialmente en el contrato se ejecute. El contratista para alcanzar el cumplimiento de la obligación deberá superar cualquier tipo de impedimento u obstáculo para alcanzar la ejecución del objeto contractual.

En el cumplimiento de este objetivo, la Entidad Contratante hace uso de sus derechos y prerrogativas que se materializan en la dirección y control.

Dromi determina que la Entidad Contratante tiene facultades de dirección y control sobre la forma y modo de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Esta facultad puede no estar en el contrato administrativo pero se entendería como incluida.

De acuerdo a Dromi la facultad de dirección "...es cuando la Administración va a velar por el adecuado cumplimiento y ejecución del contrato por parte del contratista esto comprende verificar que los hechos técnicos, financieros, y legales se realicen de conformidad a las cláusulas señaladas en el contrato de obra pública...." ³⁸

Ahora bien, cuando en ese control la Entidad Contratante determina que el contratista no se encuentra cumpliendo con las estipulaciones contractuales en los ámbitos señalados, la Entidad Contratante podrá imponer sanciones a los contratistas. Los contratistas sin embargo podrán

³⁸ (Dromi, 1998: 393)

interponer recursos en vía administrativa y judicial en caso de que la Entidad se extralimite en el uso de las prerrogativas de dirección y control, solicitando indemnizaciones respectivas.

Sin embargo a lo largo de la ejecución contractual, pueden surgir problemas, tanto de la entidad contratante como del contratista; que implicarían el incumplimiento del contrato.

Para Álvaro R. Vidal Olivares: "...el concepto de incumplimiento es objetivo e inicialmente actúa al margen de la culpa o dolo del deudor y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Fernando Pantaleón Prieto define el incumplimiento de la obligación como desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso...".³⁹

El incumplimiento se traduce en la no realización de las prestaciones asumidas en el contrato, o cualquier desviación de la prestación inicialmente acordada por las partes.

En el caso de la administración:

- a) Errores en las especificaciones técnicas
- b) Estudios inadecuados
- c) Presupuesto referencial irreal o distorsionado
- d) No entrega del anticipo oportunamente
- e) Falta de informes técnicos adecuados
- f) Errores en los contenidos del contrato
- g) Hecho de la administración
- h) Caso fortuito o Fuerza Mayor

En el caso del contratista:

- a) Incumplimiento de plazos

³⁹ Álvaro, Vidal Olivares, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil, revista Chilena de Derecho, vol. 34

b) Fuerza mayor.

Cuando por incumplimiento de los plazos en que incurra el contratista se deba a hechos ajenos o no le sean imputables no corresponderá la aplicación de sanciones; es decir que una de las causas que exime al contratista es la fuerza mayor.

Marienhoff Miguel, define a la fuerza mayor como “...un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca y ajeno a la voluntad de tal persona. Dicho acontecimiento implica un obstáculo para que el obligado cumpla con su obligaciones...”⁴⁰

Para **Dromi** la fuerza Mayor “...son los acontecimientos que liberan de responsabilidad y a los cuales son ajenas las personas obligadas, se los denomina fuerza mayor y caso fortuito...”⁴¹

De las definiciones señaladas podemos concluir que la fuerza mayor es un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes, imprevisible e inevitable, que va a impedir el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Este concepto que exime de responsabilidad al deudor, se establece dentro del ámbito civil y es trasladado al régimen de derecho público.

La fuerza mayor puede provenir de la naturaleza, o hechos del hombre.

Dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra contemplada la fuerza mayor como un caso en el cual la Entidad podrá dar terminada anticipada y unilateralmente los contratos prescribiendo en el artículo 94 numeral 7 lo siguiente: “La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, y el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.”⁴²

Para que se considere configurada la fuerza mayor debe existir:

Nº 1, pp. 41 - 59 [2007] <http://www.scielo.cl/scielo.php>.

⁴⁰Marienhoff Miguel, 1983: 355)

⁴¹ (Dromi, 1998:404)

⁴² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

- 1.- El hecho debe ser externo a la voluntad del cocontratante
- 2.- El hecho debe ser imprevisto
- 3.- El hecho debe ser actual.

El contratista se eximiría de cualquier tipo de responsabilidad ante un hecho que provoque el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, en ese caso podría existir la suspensión temporal o transitoria del contrato, o en el caso de que exista un hecho que obstaculice la ejecución del contrato permanente, esto daría lugar a la rescisión del contrato.

Es decir que el contratista no tendría responsabilidad en caso de que exista una suspensión temporal que provoque el retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en la suspensión definitiva donde surge la rescisión por incumplimiento sería sin responsabilidad para el cocontratante.

Es necesario que para aplicar la fuerza mayor, ésta cumpla con todos los requisitos señalados, solo así el cocontratante pueda solicitar la rescisión del mismo, o pueda solicitar la mera suspensión del cumplimiento del contrato.

También puede suceder que sea por un hecho de la Administración, la que exime de responsabilidad al contratista en caso de incumplimiento.

Escola, Héctor, define al hecho de la Administración como “...toda conducta o comportamiento de ésta que torne imposible para el cocontratante particular, la ejecución del contrato...La existencia del hecho de la administración hace excusable el incumplimiento contractual, y libera al cocontratante de las sanciones y demás responsabilidades que le hubieran podido corresponder...”⁴³

El hecho de la Administración, es la conducta de la Entidad Contratante que por hechos o actos particulares, produce una lesión posterior a la celebración del contrato, de carácter temporario o definitivo. Ejemplo retardo en el pago de los certificados, suspensión de la ejecución de la obra, falta de entrega de los terrenos para la ejecución de los trabajos, entre otros.

⁴³ Escola, Héctor, *Tratado Integral de los contratos administrativos*, T.I, Depalma, Buenos Aires, 1977, pg 434

Para que se produzca el hecho de la administración deberán según Escola existir los mismos elementos existentes para la fuerza mayor, sin embargo señala que éstos deberán provenir de la Administración pública, y señala "...con la salvedad de que no es preciso que llegue a crear una imposibilidad absoluta de ejecución, sino que basta con que produzca la razonable imposibilidad de cumplir, o sea, una imposibilidad que no pueda ser superada con la diligencia y el esfuerzo que es dable exigir al cocontratante particular, como colaborador de la Administración..."⁴⁴

Dromi señala que el hecho de la administración, "...es toda conducta o comportamiento de la Administración que imposibilita al contratista la ejecución del contrato, o cuando lo obliga a su ejecución fuera de término..."⁴⁵

El hecho de la Administración exime el incumplimiento del cocontratante particular, y de cualquier sanción derivada de dicho incumplimiento.

Dentro del Derecho Civil el incumplimiento contractual se traduce en la resolución del contrato. Mientras que en el Derecho Público, en el caso de nuestra legislación se traduce en la terminación unilateral por parte de la administración en caso de incumplimiento del contratista y en caso de incumplimiento de la entidad contratante, la resolución por parte del contratista cumplido.

Como hemos analizado, la Entidad Pública para evitar incumplimiento hace uso de sus prerrogativas de dirección y control, sin embargo se producen incumplimientos que pueden producir la resolución o rescisión del contrato, términos que dentro del ámbito Administrativo, pueden tener algunas connotaciones las cuales explicaremos a continuación:

Existen algunos autores que utilizan indistintamente los dos términos para referirse a la terminación del contrato, sin embargo otros autores distinguen ambos términos.

No existe acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia ni en la legislación acerca del alcance terminológico de los vocablos "rescisión" y "resolución". Dromi utiliza el término "...rescisión en casos de incumplimiento grave del contratista, y en los casos cuya rescisión unilateral se funde en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o por causas de interés

⁴⁴ (Escola, Héctor, 1977: pg 435 y ss)

público...”⁴⁶

La rescisión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es cuando la administración decide dar por terminado unilateralmente el contrato sin que haya mediado culpa alguna imputable al cocontratante. Es decir extingue el contrato por razones de interés público.

Fernández Vásquez, en su diccionario Público, considera que la rescisión puede operarse bilateral o unilateralmente. En la primera “...al mediar acuerdo de partes para lograrla, nada obsta a que ellas decidan extinguir el contrato, de la misma manera sucede cuando hay mutuo acuerdo. La rescisión unilateral puede producirse a pedido del contratista particular, a raíz de varios actos de la Administración, `por ejemplo prolongada tardanza en los pagos por parte de la Administración. La Administración puede solicitar la rescisión unilateral en forma directa, mientras que el contratista tiene que solicitarla en vía judicial...”⁴⁷

MARIENHOFF, señala que “...la rescisión puede ser bilateral o unilateral. La primera consiste en el acto emitido por el acuerdo entre las partes poniendo fin al contrato. La segunda es el acto que se emite por una de las partes o se dicte a pedido de una de éstas a raíz de “hechos” o de comportamientos o conductas de la otra (actos) que por disposición del derecho aplicable autoricen la finalización o terminación del contrato (rescisión unilateral)...”⁴⁸

En cuanto a la doctrina española se mantiene el concepto y principios del Derecho civil en cuanto a la resolución que se entiende explícita a favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones. Además la jurisprudencia española señala que la Administración frente al incumplimiento del contratista goza de una amplia potestad resolutive, mientras para el contratista, la resolución está limitada a las causales expresamente señaladas en la ley, y con una interpretación estricta de la misma.

Dentro de la legislación Argentina, para que la Administración pueda rescindir o resolver un

⁴⁵ (Dromi, 1998:405)

⁴⁶ Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 7ª Edición, Buenos Aires, 1998, pg 440

⁴⁷ Emilio, Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, pg 659

contrato en forma unilateral deben existir cualquiera de los siguientes supuestos: el incumplimiento, el caso fortuito, la fuerza mayor, o el interés público. Cuando se pone término al contrato por causas que no se imputen al contratista, se debe liquidar la parte que haya sido efectivamente ejecutada, así como los daños y perjuicios ocasionados. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se le liquida en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

En nuestra legislación dentro de lo establecido en el artículo 96 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contratista puede demandar la resolución del contrato por causas imputables a la entidad contratante, entre ellas el incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de 60 días, mientras que la administración deberá declarar la terminación unilateral del contrato.

Es decir se utiliza el término resolución para dar por terminada la relación contractual entre el contratista y la administración, mientras que en otras legislaciones, se utiliza el término rescisión o incluso se utiliza indistintamente estos dos términos, ya sea para la terminación unilateral del contrato por parte de la administración, o para la resolución o rescisión del contratista frente a hechos de la Administración.

A lo largo de esta tesis se utilizará para el caso de incumplimiento de la Administración el término resolución contractual, término que se encuentra determinado en nuestra ley.

2.2 INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

Luego de analizar varios casos, concluimos que las causas más comunes para que el contratista incumpla con sus obligaciones contractuales son las siguientes:

1. El proceso precontractual contiene estudios, planos, diseños, cálculos, especificaciones técnicas, incompletas o con errores técnicos, lo que imposibilita que el contratista

⁴⁸ (Marienhoff, 1983: 584)

al momento de cumplir con su obligación contractual pueda hacerlo dentro del plazo estipulado.

2. No presentación de la garantía de fiel cumplimiento.
3. Si se estipula la entrega de anticipos, no presentación de la garantía que lo afiance, o demora en hacerlo.
4. Demora en la entrega de planillas para aprobación y pago.
5. Incumplimiento de la obligación de renovar y mantener vigentes las garantías contractuales.
- 6.- Mora en el cumplimiento de sus obligaciones patronales.
- 7.- Incumplimientos parciales y la consiguiente sanción pecuniaria que puede derivar en causa de terminación unilateral del contrato.

Cuando se produce el incumplimiento total por parte del contratista, la Entidad puede dar por terminada la relación contractual de manera unilateral.

La terminación unilateral del contrato, es una cláusula exorbitante, que pone fin a la relación contractual cuando concurren causas de incumplimiento imputables al contratista, en esta cláusula exorbitante se puede observar la subordinación del contratista frente a la administración, siendo un modo de extinguir el contrato.

Por lo tanto la teoría de la subordinación de los particulares frente al Estado, explica en gran medida la naturaleza de la terminación unilateral de los contratos.

Muchos autores señalan que la terminación unilateral se asemeja a la acción de resolución tácita contractual, sin embargo considero necesario señalar que la terminación unilateral al ser una prerrogativa de la administración que se traduce en una cláusula exorbitante, permite a la entidad contratante terminar unilateralmente mediante un acto administrativo la relación contractual por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, sin recurrir a la vía judicial, mientras que la resolución se da cuando el contratista demanda esta acción ante un juez, por incumplimiento de la administración.

Por lo expuesto, conforme lo señala Galo Torres Gallegos "...no se puede considerar a la terminación unilateral como verificación de la condición resolutoria tácita, debido a que en la actualidad muchas legislaciones la conciben como una cláusulas forzosa, lo que la convierte en una condición expresa como lo afirma Penagos: "la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes; en aquéllos, la caducidad surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en éstos, del cumplimiento de la condición. En ambos, sin embargo conduce al mismo resultado, que es el propender el vínculo contractual entre las partes, aunque se diferencian en cuanto a la forma como debe declararse la realización del evento que da lugar a la caducidad o que constituye la condición resolutoria..."⁴⁹

En nuestra legislación se prevé el procedimiento para llegar a la terminación unilateral por incumplimiento y las causas debidamente prescritas en el ordenamiento jurídico y al ser una cláusula exorbitante que debe constar en el contrato, deja de tener la calidad de condición resolutoria tácita para asemejarse a la condición resolutoria expresa.

La Administración Pública tiene una potestad sancionadora por incumplimientos del contratista, la que se traduce en las siguientes sanciones: a) pecuniarias, b) coercitivas; c) rescisorias.

La rescisión es una medida extrema, se la aplicaría de manera excepcional, ya que dejar sin servicio a una comunidad perjudicaría al interés público y social, y provocaría una pérdida de tiempo, nuevos precios, y la limitación de la responsabilidad de lo ya cumplido por parte del contratante.

Es decir que aunque la Administración haya optado por la rescisión del contrato por incumplimiento del contratista, no exime a éste de indemnizar por los daños y perjuicios causados a la entidad contratante, tanto por el incumplimiento como por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones.

La normativa administrativa actual distingue entre el incumplimiento del contratista sin

⁴⁹ Galo, Torres Gallegos, Terminación Unilateral de Contratos Administrativos, Procuraduría del Distrito Metropolitano de

efecto resolutorio y otros en los que la Administración decide extinguir anticipadamente el contrato.

Sin embargo muchas veces la Administración opta por continuar con la ejecución del objeto contractual pese a las irregularidades o incumplimientos cometidos por el contratista, porque es la mejor vía para cumplir con los objetivos públicos, con las correspondientes penalidades impuestas por la Administración.

Dentro de los factores para determinar la exclusividad de la terminación unilateral por parte de la administración en caso de incumplimiento contractual del contratista, Galo Torres Gallegos señala los siguientes:

- “...a) Por ser una cláusula exorbitante: Ya que es una de las prerrogativas de la Administración que se traducen en las cláusulas exorbitantes que produce la subordinación de los contratistas a la administración.
- b) Por ser un modo de conclusión del contrato administrativo.- La terminación unilateral del contrato extingue de manera total el contrato, lo que le diferencia de otras cláusulas exorbitantes como la modificación unilateral, que no tiene el mismo efecto que la terminación, ya que la administración puede modificar los términos del contrato, siempre y cuando no afecte “significativamente” el interés del contratista.
- c) Por ser una potestad administrativa: La potestad resolutoria permite a la Administración dar por terminado de manera unilateral el contrato ante el incumplimiento del contratista. Sin embargo nuestra legislación señala que el contratista podrá demandar la resolución del contrato, al decidir demandar se da por entendido que deberá realizar su petición a través de la vía judicial. Mientras que la terminación unilateral debe ser declarada por la administración a través de una resolución motivada, es decir mediante un acto administrativo, cuya potestad es exclusiva de la administración
- d) Por la forma de declararla: La administración para declarar la terminación unilateral lo realiza mediante una resolución administrativa que constituye un acto administrativo.
- e) Por los efectos que surte: El declarar terminado el contrato e imponer las sanciones al contratista incumplido en la misma resolución administrativa. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo,

Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo III-A, 1983, p 404 señala al respecto: “.la rescisión que disponga la Administración Pública es “ejecutoria”, no produce “cosa juzgada” por cuanto puede ser impugnada por el contratante ante el Poder Judicial..”⁵⁰

Sin embargo de lo expuesto, la Administración puede antes de dar por terminada unilateralmente la relación contractual, compeler al contratista al cumplimiento con la utilización de las cláusulas contractuales entre ellas la multa, sin embargo cuando existe un incumplimiento grave del contratista y la Administración tiene la certeza de que no puede cumplir podrá dar por terminado el contrato.

Procede la multa por parte de la entidad contratante al contratista por ejemplo en los siguientes casos: cuando no se ha ejecutado el porcentaje señalado en el contrato de las cantidades de obras programadas en cada uno de los rubros a la fecha de evaluación, por no ubicar el equipo mínimo de acuerdo al cronograma, o por retirarlo sin causa justificada y sin autorización respectiva, por no tener el personal técnico u operacional del equipo de ejecución del proyecto, si el contratista no acata las órdenes de fiscalización si no presenta las planillas de trabajos para aprobación de fiscalización.

En nuestra legislación por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala el procedimiento que la Entidad contratante debe seguir para declarar la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista y señala que: “...Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

⁵⁰ (Torres, 1995: 93-96)

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley. Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el

procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley... ”⁵¹

Dromi hace referencia a una serie de aspectos por los cuales se puede declarar la rescisión unilateral del contrato.

“...Fraude: la utilización de materiales de mala calidad, el empleo del material provisto por la Administración conociendo su ineptitud, la recepción de pagos provenientes de liquidaciones presentadas por el contratista con falsas mediciones, constituyen casos de conducta dolosa del contratista, que quiebra el principio de buena fe que rige la relación contractual.

Grave negligencia: La culpa, negligencia, imprudencia o impericia del contratista en la ejecución de la obra puede causar un daño irreparable a la Administración, por cual debe rescindir el contrato al comprobar el daño irreparable y que el constructor no está en condiciones de llegar al resultado querido en la obra.

Contravención de obligaciones contractuales: No se trata de cualquier contravención a las obligaciones contractuales, pues a la Administración le interesa, fundamentalmente, la realización de la obra, por lo cual en primer lugar aplica sanciones dirigidas a obtener el cumplimiento del contrato.

Ejecución con lentitud: La ejecución de la obra con lentitud, implica que la parte ejecutada no corresponde al tiempo previsto en los planes de trabajo y a juicio de la Administración no pueda terminarse en los plazos estipulados.

Vencimiento del plazo para iniciar los trabajos: el vencimiento del plazo fijado para iniciar los trabajos, sin que el contratista justifique la demora se ha producido por causas inevitables y ofrezca cumplir su compromiso, produce (previa denegatoria de prórroga o que, concedida ésta, no se diera cumplimiento) la rescisión del contrato, que puede hacer perder la fianza. Si se hubiera concedido prórroga no significa una ampliación del plazo contractual, salvo que así lo resuelvan expresamente.

Transferencia del contrato sin autorización: La cesión total o parcial del contrato, la asociación del contratista, la subcontratación, es decir, contratos entre el adjudicatario y terceros para la ejecución de determinados trabajos en la obra, requieren el conocimiento previo y la autorización

⁵¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

administrativa, excepto compras o suministros de materiales o elementos. La infracción a esta prohibición legal es también causal de rescisión.

Abandono o interrupción de los trabajos. La Administración también tendrá derecho a la rescisión del contrato en el supuesto que el contratista haya abandono o interrupción de la obra en forma continuada por el término de un mes, o en tres ocasiones por un plazo mayor a 8 días...”⁵²

En nuestra Legislación se prevé la terminación unilateral por suspensión de los trabajos por parte del contratista por más de 60 días.

Al realizar un estudio comparado, de lo que sucede frente al incumplimiento de un contrato, con el incumplimiento en el campo privado civil, cabe el siguiente análisis:

Dentro del derecho civil existe la condición resolutoria tácita y expresa o Pacto Comisorio.

La condición resolutoria aunque esté estipulada, debe ser interpuesta ante los tribunales, para poner en claro la inejecución, y el juez pueda analizarlo y conceder un plazo.

Es decir que la persona perjudicada que quiera resolver el contrato por incumplimiento de la otra parte, debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial por lo tanto esa resolución no opera de pleno derecho.

Otros tratadistas señalan que el pacto comisorio implícito opera ipso jure en Derecho ya que no se señala expresamente la exigencia de acudir a los juzgados para interponer la Resolución del Contrato.

Sin embargo José Ramón Sánchez Medal, señala que “...esta interpretación es contraria a los antecedentes de la cláusula resolutoria implícita y que entraña sin ningún fundamento la suspensión del derecho de la parte perjudicada a elegir entre la ejecución forzada del contrato o la resolución del mismo. Sin embargo que en la actualidad se prescinde de tal intervención judicial mediante el pacto comisorio expreso o el plazo esencial concedido a una de las partes para cumplir

⁵² (Dromi, 1996: 457)

con el contrato.”⁵³

Dentro del derecho administrativo y concretamente a la demanda de resolución, no se da la posibilidad de que aunque esté por escrito la condición resolutoria en el contrato, el contratista pueda exigir la resolución ipso jure es decir de pleno derecho, sino que deberá ser demandada ante el tribunal respectivo.

Nuestro Código Civil señala en el artículo 1505 “...que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios...”⁵⁴

Jurisprudencia:

- 18-II-42 (G.J. S. VI, No. 10, p. 24-25)

"...60. Que la condición resolutoria tácita, envuelta en los contratos bilaterales de conformidad con el Art. 1505 del Código Civil, a diferencia de la resolución expresa, necesita de declaración judicial ejecutoriada para surtir los efectos determinados por la ley; y por ello, mientras no haya esa declaración, puede el deudor hacer el pago y frustrar la acción resolutoria; pues el inciso segundo de este artículo, al establecer la alternativa entre la resolución o el cumplimiento, revela la necesidad de la declaración judicial respecto de la condición resolutoria tácita cuando se opta por ésta, lo que no ocurre en la expresa, porque cumplida ésta desaparece el contrato de pleno derecho y coloca a las partes en estado de ir directamente a las reclamaciones sobre prestaciones mutuas, sin necesidad de que preceda declaración judicial, ni que se pueda exigir el cumplimiento del contrato, por haberse extinguido los derechos y obligaciones juntamente con aquel cuya existencia dependía de que se cumpla o no la condición resolutoria expresa..."⁵⁵

De la jurisprudencia transcrita se puede llegar a la conclusión de que la condición resolutoria

⁵³José Ramón, Sánchez Medal, *La Resolución de los contratos por incumplimiento*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pg 57

⁵⁴ Código Civil

⁵⁵G.J. S. VI, No. 10, p. 24-25, 18-II-42, Fiel Magister

tácita requiere de declaración judicial ejecutoriada para que surtan los efectos jurídicos, mientras tanto el deudor puede realizar el pago y frustrar la acción resolutoria, lo que no ocurre con la resolución expresa, que extingue los derechos y obligaciones surgidas por el contrato, en el momento de no cumplir lo pactado en el mismo, por lo que el contrato desaparece de pleno derecho.

Cuando opera la resolución tácita, el acreedor debe acudir al juez para que ordene que se pague el precio o declare resuelto el contrato; mientras no exista fallo definitivo, subsiste el contrato.

Sin embargo, es necesario señalar que el artículo 1595 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes, esté en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirla en la forma y tiempos debidos.

Es decir que no se podrá demandar la mora si una de las partes integrantes del contrato no ha cumplido con su obligación.

Al respecto transcribo la siguiente jurisprudencia

- 9-II-99 (Exp. 60-99, R.O. 182, 3-V-99)

"... PRIMERO.- El Art. 1532 (1505) del Código Civil, uno de los invocados por los recurrentes, prevé en los contratos bilaterales la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y la consecuencia de que, en tal caso, podrá el otro contratante pedir la resolución o el cumplimiento del contrato. Por su parte, el Art. 1595 ibídem prescribe: 'En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirla en la forma y tiempo debidos'. SEGUNDO.- En el presente caso, se presenta algo sui generis, pues la demanda la propone L.O., manifestando haberse comprometido a construir un edificio en el terreno de M.N., padre y marido de los autores de la impugnación, respectivamente; pero niega que el contratante le obligó a colocar materiales de superior calidad y a realizar obras adicionales, y que al haberle presentado las planillas no ha llegado a pagarle, dándole evasivas; manifiesta también que 'la obra de la construcción se encuentra casi concluida'; y, con tales antecedentes, demanda pidiendo que le reciban la obra 'y se hagan cargo de

ella en las condiciones en que se encuentra'. En suma, pide que le reciban una obra que él mismo manifiesta que no la ha terminado, para lo cual no está facultado por ninguna ley, como se desprende nítidamente de los dos preceptos transcritos...'. TERCERO.-'No habiendo el contratista Sr. L.O., cumplido con la terminación y entrega de la obra es él naturalmente el que se encuentra en mora, confiriéndonos a nosotros el derecho de demandar a L.O. la entrega de la obra en perfectas condiciones como las que consta en el contrato de obra cierta o de llave, por cuya razón, alego expresamente la falta de derecho del actor por haber deducido semejante absurda demanda...'. CUARTO.- La jurisprudencia chilena viene a iluminar el tema, al hablar de las características de los contratos bilaterales, a propósito de los cuales dice... 'sin que ninguno de los contratantes pueda exigir su cumplimiento sino en la forma y tiempo debidos y con tal que por su parte haya cumplido o se allane a cumplir de igual manera las que a él le corresponden. Estos efectos jurídicos de los contratos bilaterales, emanados de su propia naturaleza y de las disposiciones expresas del legislador que ha querido nivelar en un pie de equitativa reciprocidad los derechos y obligaciones de cada contratante, impiden que una de las partes exija extemporáneamente y en lo que a ella le favorece el cumplimiento de lo convenido de la otra parte que niega su mora y que atribuye a actos u omisiones del propio demandante la inejecución del contrato.' (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Libro IV, Págs. 206- 207)..."⁵⁶

Al respecto Concepción Barrero Rodríguez señala: "...La garantía del interés público...impregna todo el régimen de la contratación administrativa, explica las acusadas diferencias que presenta la resolución del contrato administrativo en su comparación con el contrato privado. Así mientras que en el Derecho Privado cualquiera de las partes contratantes puede instar la resolución ante el incumplimiento de la otra y siempre y cuando ella haya cumplido sus obligaciones, en el Derecho Administrativo la situación es muy distinta en la medida en que el contratista no puede oponer con éxito la exceptio non adimplenti contractus frente al incumplimiento de la Administración ni puedo optar por la resolución contractual más que en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico expresamente se lo permite. En otros términos el contratista no puede

⁵⁶(Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Libro IV, Págs. 206- 207). 9-II-99 (Exp. 60-99, R.O. 182, 3-V-99), Fiel Magister

dejar de ejecutar sus prestaciones con fundamento en la infracción por la Administración de las suyas, ni puede, ante ellas, aspirar a la ruptura del contrato más que en los casos en los que la norma anuda esa consecuencia al incumplimiento de la Administración...”⁵⁷

Sin embargo, algunos tratadistas señalan que la Administración, aunque el contratista esté al día en sus obligaciones, sí podrá imponer la terminación unilateral del contrato por intereses de carácter público, es decir que no necesariamente debe mediar el incumplimiento por parte del contratista. Sin embargo como señala la autora Barrero, el contratista no podrá interponer la resolución contractual si la Administración no incurre expresamente en los supuestos establecidos en la Ley.

En este caso, como señala Barrero “...no existe una perfecta reciprocidad de obligaciones en el sentido de que no incorpora, ni explícitamente ni implícitamente, la facultad de resolver el contrato para el caso de que uno de los contratantes incumpla con las obligaciones de su cargo, por lo que no cabe asimilar a la Administración con los particulares sometidos, cuando contratan, al derecho común con perfecta igualdad de derechos y obligaciones...Esta situación de privilegio de la Administración tiene que interpretarse, naturalmente, dentro del ordenamiento en que se produce y por tanto dentro de los límites que éste impone al ejercicio de todo derecho...”⁵⁸

Considero que es aplicable dentro del derecho público lo señalado en el artículo 1595 del Código Civil, únicamente en el sentido de que el contratista no podrá demandar a la Administración si éste no está al día en el cumplimiento de sus obligaciones. De allí tendrá que cumplir con los supuestos señalados en la Ley para interponer la resolución contractual.

Cuando en un contrato bilateral se produce el incumplimiento de una de las partes nace en

⁵⁷Concepción, Barrero Rodríguez, Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, Primera Edición, Junio del 2007, Editorial lex nova S.A, pg 34, <http://books.google.com.ec/books>

⁵⁸ (Barrero, 2007:36)

ese momento a favor de la otra parte dos acciones: La acción para pedir la ejecución forzada del contrato y la acción de resolución del contrato.

Como se ha referido al abordar el principio de continuidad de la ejecución contractual, algunos tratadistas como Ferrando señala que es un principio en el cual la Administración tiene la potestad de obligar al contratista de una obra a que cumpla con la realización del objeto contractual de manera continuada, el autor además introduce una característica esencial al señalar que incluso se podría utilizar las “vías de hecho” para mantener dicha continuidad, especialmente en los servicios públicos.

De acuerdo al autor citado en relación a este principio señala que si el contratista no puede realizar o ejecutar la obra, la Administración puede ordenar la continuidad de la obra, y para ello la administración frente al incumplimiento del contratista deberá ejecutar la obra por cuenta del contratista, sin embargo este principio es de carácter excepcional y su aplicación debe ser realizada para cada caso concreto y de carácter excepcional, adiciona Ferrando la posibilidad de que la administración pueda ejecutar la prestación por el incumplimiento del contratista. Lo señalado se asemejaría a pedir la ejecución forzosa del contrato dentro del ámbito administrativo.

Los contratos sinalagmáticos son rescindibles si una de las partes no cumple con su obligación.

La reciprocidad de las obligaciones, implica necesariamente la de las prestaciones y por este sistema se llega por una parte al sistema de la ejecución simultánea, y por otra al derecho de demandar la resolución.

Muchos autores señalan que basta con cualquier incumplimiento incluso parcial para que sea procedente la resolución, ya que la misma ley no establece ningún requisito especial a dicha infracción.

De lo que hemos analizado doctrinariamente, para varios autores, no cabría la demanda de resolución del contrato por parte del contratista si es que no existe un hecho de la administración que imposibilite el cumplimiento de la obligación. Sin embargo es necesario señalar que en nuestro

sistema, cabe la demanda de resolución del contrato cuando exista incumplimiento de la administración por más de 60 días, es decir que al señalar las causales para demandar la resolución del contrato, no necesariamente se debe verificar si existe un hecho de la administración que imposibilite al contratista continuar con la ejecución contractual, en contraste de lo que sostienen varios autores en el sentido que el contratista al ser un colaborador de la administración está obligado a continuar con la ejecución de la obra, pese al incumplimiento de las obligaciones de la administración.

Dentro del Derecho Administrativo, de conformidad con algunos autores, la resolución tácita del derecho civil se equipararía a la terminación unilateral de la administración del contrato por incumplimiento del contratista, y a la resolución en caso de incumplimiento de la administración.

Sin embargo, no cabe en el ámbito de la contratación administrativa, la resolución tácita, debido a que el contrato no puede resolverse de pleno derecho, puesto que en caso del contratista se requiere de la intervención judicial para mediante sentencia dar por terminada la relación contractual con la entidad contratante.

En cuanto a la Administración, tampoco opera de pleno derecho la terminación del contrato puesto que ésta requiere de una declaración mediante resolución motivada de la terminación unilateral del contrato.

REQUISITOS PARA LA RESOLUCIÓN:

- 1.- Que exista un contrato de prestaciones recíprocas:
- 2.- Que haya cumplimiento de las obligaciones.
- 3.- Que exista incumplimiento del deudor contra quien ejecuta el derecho de resolución.

- 1.- Que exista contrato de prestaciones recíprocas

Un contrato de prestaciones recíprocas es decir cuando hay un contrato sinalagmático o bilateral, de carácter oneroso, pero sin importar que se trate de un contrato conmutativo o aleatorio, características que también son aplicables al derecho Público

2.- Que haya cumplimiento previo de las obligaciones a cargo del acreedor, que ejercita el derecho de resolución.

2.3 INCUMPLIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

EXCEPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Cuando la administración incumple el contrato, en el contratista se generará una razonable imposibilidad de cumplir con el contrato; pero el análisis en este caso será diferente y especial ya que siempre se protegerá el interés público.

Bercaitz “negaba toda vigencia a la excepción de incumplimiento en el contrato administrativo. Así sostenía que otro de los rasgos característicos de la subordinación jurídica en que se halla el cocontratante, es que no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la administración, para dejar de cumplir las suyas. En principio, sólo tiene derecho para reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la administración, con más de los daños e intereses que el incumplimiento por parte de ésta le haya ocasionado. Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera...”.⁵⁹

Es decir que conforme a este autor el cocontratante al encontrarse en un estado de subordinación no puede por norma general ampararse en el incumplimiento de las obligaciones de la Administración para dejar de cumplir las suyas.

El cocontratante al asumir a su cargo el satisfacer las necesidades de una colectividad deberá según este autor prevalecer el interés público y no el del particular.

Escola señala que aunque se “...acepte que el cocontratante particular quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la administración y que deba cumplir las suyas á outrance, puesto que tal resultado sería manifiestamente injusto y también inmoral para la administración pública que no puede sacrificar de esa manera a quien es su colaborador. En ese sentido, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo cuando su conducta pueda llevar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la razonable imposibilidad de cumplirlo, teoría que guarda perfecta correlación con las exigencias del interés público y los principios de la contratación administrativa...”⁶⁰

Para Escola la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable dentro del derecho público, puesto que se va en contra del fin último que persigue el contrato administrativo que es el interés público, señalando que el cocontratante no es un simple contratista particular sino un verdadero colaborador de la Administración Pública por lo que la excepción citada es contradictoria al derecho público.

Sin embargo Escola determina que la teoría del hecho de la administración debe generar una imposibilidad absoluta o razonable imposibilidad para ejecutar o cumplir el contrato.

Con esta teoría el cocontratante podría demandar la indemnización de daños y perjuicios a la Administración.

Escola señala que la *exceptio non adimpleti contractus* no tiene cabida en el contrato administrativo, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

“...I. El contrato Administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozca

⁵⁹Miguel Ángel, Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª Ed, Buenos Aires, Depalma, 1980, pg 370

- principios y potestades exorbitantes del derecho privado.
2. El cocontratante particular no es un simple cocontratante, sino que adquiere en el contrato administrativo el papel de un verdadero colaborador de la Administración Pública en el logro de aquel fin, por lo que debe hacer todo lo que esté de su parte para alcanzarlo.
 3. La exceptio que nos ocupa encuentra su razón de ser en principio y fundamentos que no se concilian con los que dan basamento al derecho administrativo, con los cuales se halla, incluso, en contradicción...”⁶¹

Marienhoff señala que la *exceptio non adimpleti contractus* “...tiende a evitar una injusticia en el derecho privado y público y que esta excepción del incumplimiento deberá ser limitada a la “razonable imposibilidad de cumplimiento” en la que debe encontrarse el contratista particular...”

⁶²

Existen otros autores que señalan la admisibilidad de la excepción dentro de los contratos administrativos siempre y cuando el incumplimiento sea “grave y trascendente”.

Según Martínez, la excepción de incumplimiento “...es un principio oponible por el contratista particular en todos los contratos administrativos, en la misma forma y con los mismos requisitos que en el derecho privado”, pues “pretender para la procedencia...que el incumplimiento administrativo debe provocar en el contratista una absoluta o, al menos, una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, es una pretensión desmedida, arbitraria e injusta...”⁶³

Según García Sanz “...la *exceptio* resulta plenamente aplicable a cualquier tipo de contrato administrativo, reconociendo como único matiz la especial relación tripartita de las concesiones de servicios públicos bajo régimen de monopolio natural. No porque la necesidad o el interés público habiliten tal distinción, sino porque existe otro cocontratante cuyo derecho...debe ser igualmente

⁶⁰Escola, Hector Jorge, tratado integral de los contratos administrativos, vol. I, Delpalma, Buenos Aires, 1977, PP 437.

⁶¹ (Escola, 1977: 435)

⁶²Miguel, Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª Ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t III-A, Contratos Administrativos, pg 376

⁶³Armando Héctor, Martínez, *¿Continuidad o suspensión de la ejecución?*, Contratos Administrativos, Buenos Aires, Abeledo-

protegido...”⁶⁴

De conformidad a lo señalado en la doctrina Argentina, se permite la excepción de incumplimiento contractual a favor del contratista particular dentro del contrato administrativo, cuando existe incumplimiento de las obligaciones de la Administración, pero limita esta excepción a la “razonable imposibilidad de cumplimiento”, por parte del contratista.

Julio Pablo Comadira, señala “...que esta excepción deberá limitarse en función del interés público comprometido en la ejecución contractual...”.⁶⁵ Es decir es aceptable esta excepción si es que el contrato administrativo no tiene una connotación importante dentro del interés público, por ejemplo pintar un edificio, frente a la concesión de un servicio público.

Sin embargo existen otros tratadistas que señalan que el contratista no puede no cumplir por el hecho de que la Administración no cumpla, puesto que las obligaciones asumidas en el contrato son de interés público y las del administrado solo interesan al particular contratista.

Existen otros autores que señalan que debe existir un equilibrio de las prestaciones asumidas entre las partes dentro del contrato, ya que las prestaciones no pueden pactarse para ser asumidas y cumplidas unas y otras para no cumplirlas, es decir debe existir un equilibrio entre las obligaciones asumidas.

Si no existe tal equilibrio se estaría yendo contra el principio de igualdad y el de asumir obligaciones a través del acuerdo de voluntades entre las partes.

Eduardo García de Enterría determina “...La excepción al mecanismo resolutorio del código Civil es todavía más clara en los supuestos de incumplimiento de la Administración.

El incumplimiento de ésta no autoriza en ningún caso al contratista a incumplir él mismo el contrato, sino a solicitar la resolución en los casos en que ésta sea procedente.

El incumplimiento por la Administración de las obligaciones sustanciales que le vienen expresamente impuestas por la normativa contractual puede llegar a impedir al contratista, por

Perrot-Lexis Nexis, 2002, p 470.

⁶⁴Agustín, García Sanz. *El contrato administrativo en la actualidad*, Ley, mayo 2004, p 172.

⁶⁵Julio Pablo, Comadira, *La excepción del Incumplimiento contractual en el Derecho Argentino*, www.bibliojurídica.org/libros

circunstancias no imputables a su voluntad, llevar a cabo las obras o desarrollarlas con un ritmo razonable y normal. En estos casos se da al contratista el derecho de rescisión del contrato...”⁶⁶

En definitiva la *exceptio non rite adimpleti contractus* o incumplimiento parcial o defectuoso, se diferencia de la *exceptio non adimpleti contractus*, porque en la primera existe un incumplimiento parcial o defectuoso, mientras que en el segundo caso existe un incumplimiento total previo por parte del que exige el cumplimiento en primera medida.

Además debo señalar que para que el cocontratista particular interponga la acción de resolución del contrato debe mediar “una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones”, considero que es una atribución desmedida y arbitraria que se le pretende dar a la Administración, ya que considero que con el simple incumplimiento de la administración el contratista puede solicitar la resolución contractual.

Los contratos de obra pública son contratos administrativos de carácter bilateral, es decir está envuelta la condición resolutoria, la Administración cuando existe incumplimiento por parte del contratista de conformidad a sus prerrogativas, da por terminado unilateralmente el contrato, mediante acto administrativo, es decir no tiene que acudir a vía judicial.

Mientras que cuando existe incumplimiento por parte de la Administración, el contratista deberá demandar la resolución del contrato, y solo surtirá efecto cuando exista una sentencia judicial ejecutoriada.

Me parece interesante transcribir algunos precedentes colombianos relacionados con la excepción de incumplimiento, que delimitan algunos de los requisitos para interponer la mencionada excepción, además de señalar que si la Administración y el contratista están en mora no se puede demandar el incumplimiento, puesto que la excepción se asienta en principios de buena fe.

“...Requisitos de la “*exceptio*” en general

- a) La *exceptio non rite adimpleti contractus*, propia de los contratos con prestaciones recíprocas

⁶⁶Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1983, Pg. 701

configura una excepción dilatoria de derecho sustancial, y para su procedencia se requiere: incumplimiento de prestaciones interdependientes y recíproca; proporcionalidad entre los incumplimientos, prueba por parte del demandado del incumplimiento parcial o defectuoso y buena fe en el excepcionante. El acogimiento de esta excepción, no habiendo reconvenido el demandado, permite acoger la demanda y condenar al accionado en forma condicional al cumplimiento por parte del actor de las obligaciones a su cargo.

- b) Mora en el excepcionante: La *exceptio non adimpleti contractus* no puede ser invocada por quien está en mora, el fundamento de esta aseveración reside en que la *exceptio* asienta en el principio de buena fe contractual.
- c) La “*exceptio*” en los contratos administrativos Fallo “Cinplast” La *exceptio non adimpleti contractus* puede ser opuesta por el contratista si existe prueba de una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones impuestas, frente al cumplimiento de pago de la Administración. La mora en las obligaciones de la demanda no habilita por sí la ruptura, pues no se daba objetivamente la razonable imposibilidad de cumplir los compromisos asumidos. El pago de las entregas realizadas, igual que las notas de débito por reajuste y los mayores costos, no justificaban la rescisión si la deuda relacionada a los pagos fuera de término era de poca importancia.”.
- d) La “*exceptio*” en los contratos administrativos. Fallo “UTE Mecoin”. En incumplimiento de la Administración de sus obligaciones contractuales-en el caso, se trata de un contrato de obra pública- autoriza, en ciertos supuestos, al cocontratante a invocar la *exceptio non adimpleti contractus*. Para eximir de responsabilidad al cocontratante particular no es necesario que el incumplimiento administrativo impida absolutamente a aquel el cumplimiento de sus obligaciones, sino que basta exigir una “razonable imposibilidad” de cumplirlas, la cual se configura cuando la administración deja de pagarle una suma de dinero apreciable durante un lapso que exceda toda prudencia. Cuando el incumplimiento administrativo es de tal magnitud de sus obligaciones, el incumplimiento de éste debe considerarse un derecho, pues ese hecho de la Administración se asimila a la fuerza mayor, y sirve a aquél de título idóneo para ser revelado de la obligación de cumplir lo convenido, pues lo contrario implicaría obligarlo a actuar como financiador de obras estatales. En un contrato bilateral oneroso como el de construcción de obras públicas debe presumirse, en principio, que las prestaciones comprometidas por la constructora sólo son factibles mediante la efectivización de la

correlativa contraprestación de la comitente, quien debe financiar la obra con el crédito legal. La falta de previsión por parte de la Administración de los fondos necesarios para pagar al contratista cae dentro de la órbita de responsabilidad de aquella, pues de acuerdo al orden jurídico vigente y a las previsiones que debe adoptar toda persona sensata que contrae un compromiso no se debe contratar sin contar con la respectiva asignación presupuestaria. Como ha podido apreciarse, la línea jurisprudencial actual es proclive al reconocimiento de la procedencia de esta exceptio, aunque no con la misma extensión que en el derecho privado, sino conforme las enseñanzas de Marienhoff...”

67

De lo expuesto puedo concluir respecto a la exceptio non adimpleti contractus lo siguiente:

1.- Frente a lo señalado, es mi criterio que no se puede obligar al contratista que ha cumplido con sus obligaciones, que cumpla con la ejecución del contrato si es que no existe cumplimiento por parte de la Administración. Es derecho del contratista cumplido, interponer su demanda por incumplimiento, debido a que el contratista no podrá asumir la carga económica de la ejecución de obra si no existe la prestación con la se obligó en el contrato la Administración.

Además debo señalar que el establecer que para que el cocontratista particular interponga la acción de resolución del contrato debe mediar “una razonable imposibilidad de cumplir con sus obligaciones”, considero que es una atribución desmedida y arbitraria que se le pretende dar a la Administración.

2.- La responsabilidad de la satisfacción del interés público en el contrato público es exclusivamente del Estado y no del contratista particular.

3.- El contratista al asimilarlo como un colaborador de la Administración, la colaboración no debe ser entendida en que el particular debe satisfacer un interés público sino que éste se encuentra movido por un interés particular y contractual. Por ello si el cocontratista cumple con los plazos y la ejecución de la obra, y no satisface a la necesidad colectiva, la responsabilidad recaerá únicamente en la Administración. Las funciones de las partes están debidamente señaladas en el contrato.

⁶⁷ (Farrando, 2002: 461)

4.- La exceptio non adimpleti es un principio oponible por el contratista en todos los contratos administrativos.

5.- Cuando existe un servicio público procede el principio de continuidad, pero no como principio de ejecución de los contratos administrativos, sino como característica de los contratos de servicios públicos.

2.4 EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Como hemos analizado en esta tesis, los efectos del incumplimiento contractual son el no cumplimiento del objeto contractual, de la terminación unilateral, pero adicionalmente puede darse la resolución.

En cuanto a la Resolución, José Sánchez-Medal Urquiza, señala "...La finalidad principal de la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, dentro del ámbito civil, es dotar de una tutela más completa al derecho del acreedor o contratante cumplido frente al contratante incumplido o deudor, y no reducir esa tutela solo a conceder a dicho acreedor tanto el derecho a obtener el cumplimiento forzoso de la obligación del contratante incumplido, cumplimiento que ya no sería convincente para dicho acreedor o ya no es posible por haber caído el deudor en insolvencia como el derecho de obtener también el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento del deudor.

PRIMER EFECTO: Liberar al acreedor perjudicado con el incumplimiento del deudor de las obligaciones adquiridas por el acreedor.

SEGUNDO EFECTO: Extinguir las obligaciones a cargo del deudor incumplido en forma concomitante a la extinción de las obligaciones del acreedor perjudicado, como una consecuencia ineludible de la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones de un contrato sinalagmático.

TECER EFECTO: Resarcir el deudor incumplido al acreedor perjudicado de los daños y perjuicios causados con el hecho ilícito del incumplimiento. La indemnización de daños y perjuicios podrían también comprender los frutos que hubiera producido la cosa entregada por el acreedor que ha

cumplido al deudor incumplido así como el deterioro o demérito experimentado por dicha cosa...”⁶⁸

En cambio en el ámbito administrativo los efectos de la resolución del derecho civil mencionados por el autor, se aplicaría en el sentido de que también se extinguirían las prestaciones recíprocas, y surgiría el pago de la indemnización de daños y perjuicios derivadas por tal incumplimiento.

La resolución deja sin efecto el contrato sobre el cual recae, asemejándose a la nulidad en que retrotrae las cosas al estado anterior a su celebración de allí que el contrato resuelto vale tanto como decir contrato desprovisto de valor legal, y bajo este tema es indivisible pues no cabe que se pueda solicitar en parte la resolución y en parte su cumplimiento es decir dos cosas contrarias e incompatibles.

En cuanto a lo mencionado en el párrafo anterior, en el contrato de obra pública, no podría retrotraerse las cosas al estado anterior debido a que ya existió una construcción por ejemplo de una parte del puente, por lo que no podría derrumbarse el tramo ya realizado.

Cuando el deudor está en mora dentro del ámbito civil:

- a) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley exija requerimiento.
- b) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo y se ha dejado pasar sin darla o ejecutarla

Dentro del Derecho Administrativo, según Dromi los efectos para la rescisión o resolución del contrato por incumplimiento del contratista, produce los siguientes efectos:

- a) “...PERJUICIO POR NUEVO CONTRATO. El contratista debe responder por los perjuicios que cause a la Administración la celebración de un nuevo contrato que ésta se vea obligada a celebrar para continuación de las obras o por la ejecución de éstas directamente,
- b) El contratista responde por los probables mayores precios que tenga que pagar el comitente

⁶⁸ (José Sánchez-Medal Urquiza, 1998: 119)

administrativo con motivo de la nueva contratación, siempre que ésta no se atrase inmotivadamente. El contratista perderá la fianza. Si la administración resulta beneficiada en relación con la anterior contratación, el ex contratista no participará de dicho beneficio, pues pertenece exclusivamente a la Administración.

- c) **EQUIPOS Y MATERIALES** La administración podrá tomar los equipos y materiales necesarios para la continuación de la obra previa valuación convencional. La Administración puede disponer de los equipos por un tiempo razonable para la terminación de los trabajos, responsabilizándose por su uso y mantenimiento así como el exceso injustificado de tiempo.
- d) El avalúo de los materiales se hace de conformidad con sus costos. El valor puede asignarse, salvo disposición especial en los pliegos, al momento de la incautación.
- e) **RETENCIÓN DE CRÉDITOS DEL CONTRATISTA:** Los créditos resultantes a favor del contratista por materiales, certificaciones de obras realizadas, de obras inconclusas que sean de recibo, por variaciones de costo y quedarán retenidos en espera de la liquidación final.
- f) **VARIACIÓN DEL PROYECTO DESPUÉS DE RESCINDIDO EL CONTRATO.** En caso de que después de rescindido el contrato por culpa del contratista, la Administración resolviera modificar o variar el proyecto originario, la rescisión determinará únicamente la pérdida de la fianza, y se liquidarán los trabajos realizados hasta la fecha de cesación de ellos. La solución es adecuada, la infracción justifica la rescisión y la fianza del contrato responde a fin de garantizar su cumplimiento. Luego si la administración cambia su proyecto ya no se trata de continuación de las obras, sino de obras distintas y por lo tanto, no sería legítimo responsabilizar al contratista por los prejuicios resultantes de la mayor onerosidad de la obra en medida de la variación del proyecto.
- g) **RESCISIÓN POR FALTA DE ACUERDO PARA RENEGOCIAR EL CONTRATO:** el problema de la paralización total o parcial de las obras públicas por distorsión en el mercado a causa de hechos imprevisibles de pública notoriedad, se soluciona aunque excepcionalmente con la renegociación de los contratos. Ante la imprevisión se podrán renegociar precios, condiciones técnicas y financieras, plazos de terminación y pago, y sistema de variación de costos, para toda o parte de la obra que falta ejecutar a la fecha del acuerdo de la renegociación. El acuerdo tiene el carácter de transacción e incluye la determinación de los gastos improductivos por la

paralización de la obra.

- h) Cuando no hay acuerdo entre las partes se produce la resolución del contrato y a la devolución de los depósitos de garantía y fianza...”⁶⁹

Como efectos adicionales al incumplimiento contractual tenemos:

- a) Multas
- b) Indemnización de daños y perjuicios
- c) Sometimiento de los conflictos en vía judicial
- d) Falta de satisfacción de las necesidades de la comunidad

Las sanciones que se imponen al contratista, en caso de terminación anticipada y unilateral del contrato, que se encuentran descritas en la Ley, por ejemplo:

- a) Ser declarado contratista incumplido
- b) Ejecución de las garantías que hubiera entregado el contratista La garantía de fiel cumplimiento se deberá ejecutar de manera inmediata. a) Cuando la CONTRATANTE declare anticipada y unilateralmente terminado el contrato por causas imputables al CONTRATISTA; y, b) Si la CONTRATISTA no la renovare cinco días antes de su vencimiento. La garantía de anticipo deberá ejecutarse a) Si el CONTRATISTA no la renovare cinco días antes de su vencimiento; y, b) En caso de terminación unilateral del contrato y que el CONTRATISTA no pague a la CONTRATANTE el saldo adeudado del anticipo, después de diez días de notificado con la liquidación del contrato.

La Entidad podrá demandar la indemnización por daños y perjuicios causados por el contratista incumplido.

La Entidad, una vez declarada la terminación unilateral, podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa.

Si se produce la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, acarrearía los siguientes efectos:

Para establecerlos, es pertinente acudir a lo que enseña Dromi para los casos de resolución del contrato por causas atribuibles a la Administración:

“...MODIFICACIONES O ERRORES QUE ALTEREN EL PROYECTO: La Administración puede incluir modificaciones en el proyecto (aumento o reducciones de costos o trabajos) que el contratista debe aceptarlas si esos valores no exceden el 20%, Pasado ese monto el contratista puede resolver el contrato. Esta facultad puede renunciarla el contratista, una vez producida la modificación.

SUSPENSIÓN DE TRABAJOS: Sin perjuicio del resarcimiento por gastos improductivos, cuando por actos o hechos de la Administración la ejecución de la obra se vea interrumpida por más tiempo que el legalmente fijado, el contratista puede resolver el contrato. La administración no puede evitar las consecuencias del transcurso de los plazos. Sin embargo, su término se suspende con la orden de reanudación de los trabajos. En cualquiera de los casos la paralización excedida del plazo real, o que el ritmo del plan de trabajos haya sido inferior al 50% en dicho período por culpa de la Administración, procede la rescisión como derecho del contratista.

CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR Y HECHO DE LA ADMINISTRACIÓN: El contratista cuando se produce un hecho de la administración, caso fortuito o fuerza mayor que le impide la ejecución del contrato puede resolver el contrato...”⁷⁰

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone artículo 96.-

“...Terminación por causas imputables a la entidad contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante:

1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;
2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;

⁶⁹ (Dromi, 1996:457)

⁷⁰ (Dromi, 1998:459)

3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,

4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato...”⁷¹

Es decir que las causas señaladas por Dromi para terminar el contrato son iguales a las determinadas en nuestra Ley pero con ciertas variaciones.

Algo similar ocurre si la administración demora la entrega de los terrenos o no realiza el replanteo de la obra dentro del plazo estipulado, el contratista podrá rescindir el contrato.

“Efectos de la rescisión, por culpa de la Administración pueden ser:

- A) Liquidación en su favor del importe de equipos, herramientas, instalaciones, útiles y demás enseres necesarios para la obra que éste voluntariamente quiera dejar en obra.
- B) Liquidación del precio de los materiales acopiados y los contratados
- C) Transferencia de los contratos celebrados para la ejecución de las obras a cargo de la Administración.
- D) Recepción provisional de los trabajos ejecutados. La resolución deja subsistente el plazo de garantía en el sentido de que la recepción definitiva se hará una vez vencido el plazo, por ello en esta etapa la recepción de lo ejecutado es solo provisional.
- E) Liquidación de gastos improductivos que probare el contratista haber tenido a causa de la resolución del contrato, excepto en caso de resolución por fuerza mayor...”⁷²

⁷¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

⁷² (Dromi, 1996: 407)

CAPÍTULO TERCERO

3. RESPONSABILIDAD QUE TIENE EL ESTADO EN EL RETARDO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA

A pesar de que el Estado incumpla con el contrato, la obra o el servicio debe ejecutarse, pero esto obviamente provoca el retardo de la ejecución afectando el bienestar social y al contratista cumplido; el poder del Estado no puede ser omnímodo, su incumplimiento acarrea responsabilidades frente a la comunidad y la contraparte contractual.

La responsabilidad contractual surge del acoplamiento de dos principios antagónicos: por un lado el principio de la igualdad de las partes en los contratos, que caracteriza al derecho privado, y por otro lado el principio de la prevalencia del interés general sobre el particular, que caracteriza al derecho público.

La regulación de estos dos principios se la realiza a través de la institución de la responsabilidad, cuya naturaleza es tanto del derecho público como del derecho privado. La aplicación de la responsabilidad dentro de la contratación administrativa, se traduce en que siempre que el Estado vulnere la igualdad que ha de existir entre las partes contratantes, debe indemnizar al particular contratante.

Se pretendió separar la responsabilidad pública de la privada, con la finalidad de determinar elementos propios del derecho público a la responsabilidad estatal, sin embargo se sigue manteniendo la institución como un género.

Por lo expuesto, los elementos de la responsabilidad son compartidos tanto por el derecho público como por el privado.

Según Luisa Fernández Mejía, los elementos de la responsabilidad de la administración "...se limitan a un daño, una actuación que le sea imputable al Estado y una relación de causalidad entre uno y otra.

El daño debe ser individual para poder ser indemnizable. Quiere decir que no se puede reclamar perjuicios cuando el desmedro patrimonial producido por el estado ha recaído sobre un grupo tan numeroso de personas, que se convierte por este hecho en una carga colectiva.

La administración responde ya sea por los daños derivados de la actuación de sus funcionarios de cualquier rango, incluidos aquí los producidos por la indebida ejecución de sus funciones o por las actuaciones cumplidas en el ejercicio aparente de sus funciones, o por las actuaciones cumplidas en el ejercicio de sus funciones, o por las actuaciones cumplidas en el ejercicio aparente de sus funciones; esta última situación sucede cuando falta orden expresa de autoridad competente, se contraría una orden de autoridad superior, o cuando el funcionario se vale de sus atribuciones para obtener un beneficio particular.

El daño ocasionado debe ser imputable a la administración de manera directa, además deberá derivarse de actuaciones lícitas como ilícitas.

La relación de causalidad resulta quebrantada siempre que el Estado logre demostrar que el daño ocurrió como consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima, el acaecimiento de caso fortuito o fuerza mayor, o el hecho de un tercero. Si llega a presentarse este último supuesto, habrá responsabilidad solidaria entre el estado y el funcionario, lo cual le evita al perjudicado el tener que acudir a dos jurisdicciones distintas, la contencioso administrativa y la ordinaria, por causa de una misma ofensa y se le da a la vez mayor seguridad de lograr una reparación integral del daño...”⁷³

De lo expuesto se deduce que para que exista responsabilidad estatal, debe existir un daño imputable directamente al Estado, y deben ser actuaciones ilícitas o lícitas. Además se señala que la Administración responde por la actuación de sus funcionarios de cualquier rango que hayan causado daño.

La Responsabilidad del Estado se divide en responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual es aquella derivada del contrato a diferencia del derecho privado en el que se admite como contractual toda responsabilidad surgida de una relación jurídica

⁷³Luisa Fernández Mejía, en su libro La Responsabilidad Contractual del Estado, Jurídica Radar, Actualidad Jurídica, Bogotá 1987, pg 44-45

preexistente, incurriendo así en un error de terminología.

Dentro del campo contractual la responsabilidad se la puede definir como la obligación de reparar el daño causado por no cumplir en forma debida las obligaciones surgidas del contrato por no mantener el equilibrio prestacional inicialmente pactado, cuando motivos de interés público se lo impidan, subordinando el cumplimiento del contrato al bien común.

Dromi, cita los principios fundamentales de la responsabilidad estatal:

“...Sacrificio especial e igualdad ante las cargas públicas. Señala que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se establece un sacrificio especial por un acto legítimo o no a cargo del estado deberá restablecerse la igualdad mediante la igualdad de todos los habitantes mediante una indemnización a cargo del estado que generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado.

Garantía del derecho a la propiedad. El derecho a la propiedad. Nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado, por lo que es responsabilidad del estado brindar esa indemnización.

Derechos adquiridos. Los derechos individuales reconocidos constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones frente al estado. Por eso no se los puede desconocer sin indemnización, cuando se vulneran los límites reglamentarios...”⁷⁴

La Constitución es la que va a señalar los fundamentos jurídicos para declarar la responsabilidad estatal, es decir cuando cualquier órgano cause un perjuicio a un administrado, en violación a los derechos consagrados en la Constitución.

La responsabilidad extracontractual existe, actúe o no el agente estatal con o sin culpa, y aunque nazca de un acto legítimo, pues su antijuricidad surgiría de la vulneración a la Constitución.

Es decir que la responsabilidad del estado existe pese a que un agente estatal haya actuado sin culpa y en base a un acto legítimo, aunque Dromi señala que de “ese acto legítimo surja su antijuricidad y vulnere a la Constitución. Señala un ejemplo importante “...si un acto legislativo

⁷⁴ (Dromi, 1998: 816)

constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional, (ley que establezca un monopolio), dicho acto estatal será legítimo y válido. Pero toda vez que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlo. Otro ejemplo señala que cuando el Estado expropia revestido de una potestad legal deberá indemnizar al propietario a quien se le expropia...”⁷⁵

La actividad del estado puede generar responsabilidad en su accionar previo a la celebración de un contrato (responsabilidad precontractual), en la ejecución o extinción de un contrato (responsabilidad contractual) y en la relación con los administrados, es decir que cuando no exista relación precontractual o contractual surgiendo así la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual puede surgir de una conducta de los órganos del Estado, y puede surgir de un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo.

No todo acto o hecho legislativo o judicial conlleva una responsabilidad judicial o legislativa.

La responsabilidad legislativa se traduce en el daño causado por una ley de la Asamblea. Cualquier daño emanado de un órgano de la Asamblea que no se derive de una ley, generar una responsabilidad administrativa y no legislativa.

Dromi también señala la responsabilidad por acto legislativo en la cual determina que si “...el acto se sujeta a la Constitución, aunque su aplicación ocasione daños a los particulares, no implica responsabilidad para el Estado...”⁷⁶

Sin embargo señala con relación a la norma legal que determine un daño o lesión jurídica dice al administrado, se pueden dar tres situaciones:

Ley que reconoce derecho a indemnización. En este caso se reconoce un resarcimiento al daño efectivamente irrogado, y el juez aplicará la ley referente a la indemnización, si ésta fuera menor deberá cuestionarse la constitucionalidad de la ley y ofrecerse pruebas del mayor valor reparatorio. Ausencia de ley que se pronuncie acerca de la indemnización

⁷⁵ (Dromi, 1998:818)

Se puede decir que la falta de servicio se presenta cuando el estado como administrador de los servicios públicos tiene que prestarlos eficaz y satisfactoriamente, no los presta o no lo hace de manera satisfactoria.

Por ello hay un funcionamiento anormal del servicio público que hace responsable al estado por el incumplimiento de una obligación preexistente, el incumplimiento de una obligación preexistente adquirida por el estado y consagrada en la constitución.

La responsabilidad por falta de servicio, o inactividad de la Administración o cuando la administración no actúa de manera lícita, ésta debe de indemnizar al particular.

Es decir que la responsabilidad patrimonial del estado tiene como antecedente el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Cualquier violación de estos derechos lo vuelve imputable. Con la noción de servicio público u obra pública descubrimos la finalidad social del estado, cuya razón de ser es el servicio a la comunidad, la satisfacción de las necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Como un medio para su realización, el Estado ha asumido el compromiso de la gestión de la obra pública, directa o indirectamente a través de los particulares.

Si el estado no cumple con proporcionar un servicio público a través de la realización de una obra pública se convierte en responsable frente a los particulares por los daños provocados por la falta de servicio.

La responsabilidad se da siempre que alguien soporta un daño que no está jurídicamente obligado a sufrir.

Se requiere probar el perjuicio o daño efectivamente provocado, la omisión de una conducta exigible del Estado, bajo las consideraciones planteadas, así como el nexo de causalidad entre ambos.

El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, sobre cualquier otro sujeto jurídico como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.

⁷⁶ Dromi, 1998:820)

Se ha analizado lo que es la responsabilidad extracontractual, sin embargo para el caso que nos ocupa se debe analizar la responsabilidad del Estado en la actividad contractual.

El Estado para poder cumplir con los fines públicos, utiliza un medio que es la celebración de los contratos, siendo éste parte de la esencia de un Estado.

Para el cumplimiento de los fines, según Luis Eduardo Mesa Nieves "...el Estado debe tener parámetros que permitan el logro de resultados que brinden satisfacción a los asociados. Esos parámetros son los que orientarán la actividad administrativa del Estado y dentro de ella la de la contratación..."⁷⁷

En el Ecuador, la Constitución vigente en el artículo 227 dispone: "...La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación..."⁷⁸

Esta disposición señala que para perseguir el fin del Estado que es el servicio a la colectividad deberá regirse por los principios señalados, además en el artículo 226 del mismo cuerpo legal señala que las Administración Pública deberá hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

La buena fe dentro de la actividad contractual permite que se determine si la conducta estuvo adecuada a las normas éticas que rigen en un momento dado a un grupo social, es decir normas éticas recogidas en un ordenamiento jurídico.

Si dentro del juicio de imputación no se advirtió que esa conducta estaba enmarcada dentro de esa conducta ética, entonces surge la responsabilidad del Estado de indemnizar el menoscabo del patrimonio ocasionado al contratista, esa conducta se torna antijurídica.

De conformidad a Hutchinson las normas éticas son aquellas que enseñan a observar una conducta ejemplar en las relaciones recíprocas, como la honestidad, la lealtad, la cooperación y la

⁷⁷Luis Eduardo, Mesa Nieves, *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, Bogotá. pg 51

⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador

solidaridad.

Es decir que el principio de buena fe se encuentra dentro de la relación de los sujetos contractuales, ya que se toma como una regla de conducta que tienen que observar los sujetos que intervienen en el contrato, no solo en el ejercicio de los derechos y potestades sino en el cumplimiento de las obligaciones.

Cuando existe una violación a la conducta de buena fe, se produce un daño, que deberá ser determinado incluso su cuantía dentro de la relación de causalidad entre el servicio público y la actuación que lo ocasionó.

Los contratos que celebra el Estado con los particulares son un acuerdo de voluntades que producen efectos jurídicos, los cuales al basarse en el principio de buena fe garantiza la seguridad jurídica respecto del cumplimiento de lo pactado y la satisfacción de las prestaciones acordadas.

Hutchinson señala "...En los contratos administrativos, el Derecho le confiere a aquella una posición de *potentior personae*, en su calidad de gestora del interés público, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo e interpretarlo, mediante una decisión unilateral y ejecutiva, sino también en otros poderes y privilegios, tales como la dirección inspección, y control de la ejecución del objeto del contrato, la inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativa (*exceptio non adimpleti, compensatio morae* etc). En razón de esta característica, que es común a todas las relaciones jurídicas en que es para la administración pública, el principio de buena fe tiene una mayor aplicación que en la esfera puramente del Derecho privado como regla de conducta para el ejercicio de las potestades y de los derechos y para el cumplimiento de los deberes y de las obligaciones..."⁷⁹

La Administración no solo debe acatar que el contrato es ley para las partes, sino que también debe respetar la confianza dispensada por el contratista a la Administración, y viceversa, lo que obliga a las partes a actuar con diligencia, lealtad cooperación para el cumplimiento del objeto

⁷⁹ (Hutchinson, 2002: 227)

principal de la contratación y en función del interés público.

El principio de buena fe constituye un criterio normativo de imputación ya que la lesión al crédito del contratista, es causada por una infracción por parte de la Administración de las exigencias éticas mutuas, surge así una antijuricidad la cual justifica que la Administración tenga que pagar el daño causado.

Si la Administración o el contratista atentan contra el principio de buena fe, la conducta es antijurídica y resulta comprometida su responsabilidad patrimonial.

El efecto jurídico de actuar dentro de la ejecución del contrato sin que prevalezca el principio de buena fe es el resarcimiento del daño y perjuicio producido.

La reciprocidad de las prestaciones económicas como criterio de imputación normativa, señala que el contrato administrativo al ser un contrato bilateral, las partes adquieren obligaciones mutuas. El contrato bilateral es oneroso, por regla general. Esta cláusula conduce a otra que es la equivalencia de las prestaciones o contenido de las obligaciones de cada parte, es decir que al momento de suscribir el contrato las partes consienten y entienden que las obligaciones del otro satisfacen su interés y lo coloca en plano de igualdad o equivalencia en la relación contractual.

Dentro de este contexto la reciprocidad de prestaciones se encuentra a lo largo de todo el contrato desde su iniciación hasta su terminación.

El cumplimiento mutuo debe darse dentro de lo que la doctrina menciona como “equivalencia del contrato”, el cual debe mantenerse durante toda la vida del contrato, si se rompe ese equilibrio genera responsabilidad para el estado y para el servidor público, y también para el contratista particular.

Marienhoff respecto a este aspecto señala: “...El cocontratante, al celebrar su contrato con la administración pública lo hace con el objeto de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no solo sobre la índole de la prestación que se realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc.) sino también sobre el capital para invertir en maquinarias útiles, combustibles, jornales, etc...El contrato celebrado con el compromiso recíproco de ambas partes le

asegura al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, ese es el motivo que determinó al cocontratante a contratar. Cuando ese beneficio sea por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a esta, sobrevinientes e impredecibles en el momento de contratar, sufra un menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido...”⁸⁰

Es decir que tanto la administración como el contratista a través del contrato se obligan a cumplir sus obligaciones, que cuando no son cumplidas por alguna de las partes surge el resarcimiento del daño, el cual constituye una obligación subsidiaria a la obligación primaria de la prestación.

La responsabilidad contractual halla su origen en la obligación principal que en caso de incumplimiento, se convierte en una prestación resarcitoria, la cual establece el equilibrio de las partes originario.

La revisión de precios en los contratos administrativos es aceptada para lograr conseguir una armonía y proporción entre las prestaciones de las partes.

Hutchinson señala que el contrato de obra pública “...es un contrato de resultado que se realiza a riesgo y ventura del contratista. Al ser el contratista el dueño de la obra debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro, excepto cuando estos tienen su causa en la ocurrencia de uno de los supuestos de fuerza mayor. En este caso el contratista no sólo queda exonerado de responsabilidad, sino que está legitimado para solicitar de la Administración la indemnización de los daños sufridos, fórmula sin paralelo en el Derecho Privado, en el que todos los riesgos (aún por fuerza mayor) los asume el dueño de la obra conforme a la antigua regla *res petit domino*. Por esa vía el Derecho público rompe la rígida regla del riesgo y ventura del contrato de obra en aras de una mayor reciprocidad de prestaciones y de la equivalencia económica...”⁸¹

La responsabilidad está limitada por lo señalado en el contrato, siendo el objeto de la

⁸⁰ Miguel, Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Abeledo Perrot Tomo III, Buenos Aires, 1974, pg 469

obligación la prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer, en el cual el deudor deberá obligarse para con el acreedor a través del principio de buena fe a cumplir con lo estipulado en el contrato.

La responsabilidad contractual tiene como fin último garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es decir el cumplimiento recíproco de las obligaciones asumidas.

El quebrantamiento de las obligaciones Estatales, produce la responsabilidad Estatal frente a ese incumplimiento de las obligaciones.

Tomás Hutchinson, señala que los elementos de la responsabilidad contractual son: "...a) autoría del acto, hecho u omisión que produjo el daño; b) la antijuricidad, c) lesión a un interés jurídicamente protegido, d) la relación de causalidad, adecuada, y e) la concurrencia de algún factor de atribución..."⁸²

Para que exista responsabilidad contractual, debe existir el daño antijurídico por parte de la administración la cual puede considerarse como un acto jurídico, en la medida en que "...sea un acontecimiento voluntario capaz de poner en movimiento el ordenamiento jurídico, para generar los efectos consistentes en la obligación que nace a cargo del Estado de soportar en su patrimonio las consecuencias de la lesión.

La responsabilidad contractual de la Administración Pública, se produce cuando existe una inexecución de las obligaciones, lo cual deriva en "...a) del incumplimiento de la obligación a cargo de la Administración que causa una lesión en el derecho de crédito del contratista, y por otro, b) de la revocación por razones de oportunidad del contrato, que también genera la obligación de indemnizar..."⁸³

En el primer caso el incumplimiento de la Administración produce un daño al crédito del contratista, y en el segundo punto se produce cuando la Administración da por terminada la relación contractual por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

⁸¹ (Hutchinson, 2002: 237)

⁸² (Hutchinson, 2002: 214)

⁸³ (Hutchinson, 2002:214.215)

El autor citado señala que no debe confundirse entre ilicitud con antijuricidad, señala como conducta antijurídica es la que viola el deber jurídico de no causar daño, y no debe ser jurídicamente soportado.

La responsabilidad contractual de la Administración conlleva por un lado el principio de responsabilidad por los daños causados y por otro el criterio normativo de imputación que justifica el daño sufrido injustamente por el otro sujeto contractual.

En este sentido siguiendo nuevamente a Tomas Hutchinson "...el obligado responde hasta el límite de la imposibilidad sobrevenida entre otras formas: a) como impedimento no previsible ni superable con la diligencia debida, b) que la imposibilidad es comprendida en sentido objetivo y subjetivo; c) que la causa no imputable está constituida no ya como un factor extraño que determinó la imposibilidad de ejecutarlo exactamente, pero solo de aquellos factores que no sean reconducibles a la falta de diligencia y, del otro que sean tales que como consecuencia, el deudor no pueda igual diligencia intentar reparo..."⁸⁴

La responsabilidad contractual siempre es subjetiva.

La causa de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, ya sea de manera total, inexacta o tardía de la obligación.

La imputabilidad del incumplimiento deriva del principio por el cual el deudor que no cumple con la prestación debida tiene la obligación de resarcir el daño si no prueba que el incumplimiento o retardo fue producto de una imposibilidad de cumplir con la prestación por causas que no le son imputables.

Para que exista incumplimiento deben existir los siguientes presupuestos: "...a) la existencia de una obligación cierta y b) la actualidad del compromiso referida al tiempo de la prestación.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales, producen: a) por parte del contratante incumplidor, la responsabilidad por daños y perjuicios y b) el derecho del contratante cumplidor de exigir judicialmente dicha responsabilidad. Esto surge de la aplicaciones de los principios

fundamentales del ordenamiento jurídico...”⁸⁵

El contrato es ley para las partes por lo que las partes que intervienen deben someterse a las cláusulas determinadas, cuando existe vulneración de los intereses derivados del contrato, se produce un daño antijurídico que el contratista no está obligado a soportarlo en su patrimonio.

Los factores de imputación de la responsabilidad extracontractual no se aplican a la responsabilidad contractual como son el riesgo, ya que la responsabilidad por riesgo implica según Hutchinson “imponer al que domina una fuente de peligros, representada por una empresa o explotación permitida en interés propio, las consecuencias derivadas de tal empresa o explotación.”⁸⁶

El contrato administrativo no produce un riesgo que califique como peligrosa la obligación de la Administración de pagar el precio por una ejecución de obra.

En la responsabilidad del Estado por rescisión del contrato por razones de interés público no necesariamente requiere que exista un elemento ilícito para que exista una antijuricidad, ya que ésta se produce por una actuación de la administración considerada lícita aunque antijurídica.

El particular debe soportar la conducta lícita del Estado pero no necesariamente todos los daños, excepto los que sean considerados como tolerables. No sería justo que el contratista tenga que soportar todo el perjuicio en beneficio de los intereses públicos, en base a los principios de igualdad ante la ley y la carga pública.

3.2. EFECTOS DEL RETARDO EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA

El plazo de entrega es limitado de acuerdo al objeto del contrato de obra pública, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal, esto es cumplir con la planificación realizada, y también satisfacer el interés público.

⁸⁴ Hutchinson, 2002: 216

⁸⁵ Hutchinson, 2002:217

⁸⁶ Hutchinson, 2002:220

Sin embargo cuando se produce un incumplimiento por parte de la Administración o del contratista, surge la terminación del contrato, lo que conlleva el retardo en el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades de la colectividad, en este caso de entregar terminada una obra como por ejemplo una carretera que permita el uso y goce de la colectividad.

Como hemos indicado en el capítulo anterior, para que la Administración Pública realice su gestión y cumpla con el fin último que es la satisfacción del interés público tiene que realizar contrataciones que permitan que la gestión de la administración sea eficiente, eficaz con calidad y transparencia. Estas contrataciones tienen que estar dentro de criterios de buena fe y reciprocidad de las prestaciones. La reciprocidad de las prestaciones se da dentro de los contratos administrativos por ser bilaterales porque adquieren obligaciones mutuas, lo cual mantiene el equilibrio contractual durante la vida jurídica del mismo. Por lo que, cuando existe incumplimiento, surge la responsabilidad contractual cuya finalidad principal es responder o compensar al contratista frente a cualquier modificación del equilibrio económico financiero por la actuación unilateral de la Administración.

La imputabilidad del incumplimiento produce el resarcir el daño con el pago de indemnización de daños y perjuicios.

Cuando el Estado actúa de manera diferente a la obligación adquirida que derivada del contrato estamos frente a una conducta antijurídica, que causa daño y que el contratista no está obligado a soportar en detrimento de sus intereses particulares.

El daño antijurídico es un elemento objetivo, que dentro de la técnica jurídica se denomina lesión, y ocurre cuando el Estado infringe una norma positiva en detrimento del interés del contratista. Si el incumplimiento no afecta el interés del acreedor o no tiene una consecuencia jurídica, no se llamaría incumplimiento.

Por lo expuesto, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista produce retardo en la entrega del objeto contractual, y por lo tanto retraso en la entrega de esa prestación a la colectividad, haciendo exigible la indemnización por daños y perjuicios a la parte cumplidora.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El contrato de ejecución de obra pública, es un contrato administrativo, bilateral, que va a cumplir un fin último que es la satisfacción del interés público, que implica la realización de una obra material ya sea bien mueble o inmueble incluso intelectual a través de terceros que se obligan para con el Estado a la ejecución de ese objeto contractual.
2. Los principios de continuidad y mutabilidad son fundamentales en la ejecución del contrato de una obra pública, ya que en el de continuidad la Administración tiene la potestad de obligar al contratista de una obra a que cumpla con la realización del objeto contractual de manera continuada, sin interrupciones de ninguna naturaleza. Y la mutabilidad permite a la Administración que para el cumplimiento o ejecución del objeto contractual, pueda cambiar las prestaciones o condiciones impuestas al contratista, siempre y cuando “no infrinja los límites reglados y/o discrecionales del *ius variandi*”, este principio obedece a la responsabilidad que tiene la administración de satisfacer los intereses públicos.
3. El incumplimiento se traduce en la no realización de las prestaciones asumidas en el contrato. El incumplimiento se puede dar por parte de la Administración como del contratista. En caso que se produzca el incumplimiento por parte de la administración, el contratista puede demandar la resolución del contrato; mientras ante el incumplimiento grave del contratista que torne imposible su ejecución, la Administración podrá dar por terminado unilateralmente el contrato.
4. Algunos autores señalan que la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable dentro del derecho público, puesto que se va en contra del fin último que persigue el contrato administrativo, que es el interés público, señalando que el cocontratante no es un simple contratista particular sino un verdadero colaborador de la Administración Pública por lo que

la excepción citada es contradictoria al derecho público.

Sin embargo, el contratista al asimilarlo como un colaborador de la Administración, la colaboración no debe ser entendida en que el particular debe satisfacer un interés público sino que éste se encuentra movido por un interés particular y contractual. Por ello si el cocontratista cumple con los plazos y la ejecución de la obra, y no obstante ello, no satisface la necesidad colectiva, la responsabilidad recaerá únicamente en la Administración.

5. Consideramos que es aplicable dentro del derecho público lo señalado en el artículo 1595 del Código Civil, en el sentido de que el contratista no podrá demandar a la Administración si a su vez no está al día en el cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando en un contrato bilateral se produce el incumplimiento de una de las partes nace en ese momento a favor de la otra dos acciones: la acción para pedir la ejecución forzada del contrato y la acción de resolución del contrato.

6. Cuando se produce el incumplimiento por parte del Estado, surge la responsabilidad contractual cuya finalidad principal es responder o compensar al contratista por la alteración del contrato; particularmente de la ecuación financiera.

BIBLIOGRAFIA

1. Héctor Jorge, Escola, *Tratado integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977
2. Miguel Ángel, Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da edición, Depalma, 1980
3. Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 7ª Edición, Buenos Aires, 1998
4. William René, Parra Gutiérrez, *Los Contratos Estatales*, Bogotá
5. Tomás Hutchinson y Horacio Daniel Rosatti, “*Contratos administrativos-II*”, revista de derecho público, 1er Edición, Editores Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2007
6. Ismael, Farrando, *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002
7. Claudia, Miranda Londoño, *La Condición Resolutoria Tácita y la Excepción de Contrato No Cumplido en los Contratos Administrativos*, Bogotá, 1987
8. Miguel Ángel, Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma Buenos Aires, 1980.
9. Miguel Marienhoff, , *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, tercera Edición, Buenos Aires, 1983
10. Escola, Héctor, *Tratado Integral de los contratos administrativos*, T.I, Depalma, Buenos Aires, 1977
11. Emilio, Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981
12. Roberto, Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1973
13. Galo, Torres Gallegos, *Terminación Unilateral de Contratos Administrativos*, Procuraduría del Distrito Metropolitano de Quito, 1995
14. José Ramón, Sánchez Medal, *La Resolución de los contratos por incumplimiento*, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
15. Miguel, Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª Ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t III-A, Contratos Administrativos.
16. Armando Héctor, Martínez, *¿Continuidad o suspensión de la ejecución?*, Contratos Administrativos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot-Lexis Nexis, 2002.
17. Agustín, García Sanz. *El contrato administrativo en la actualidad*, Ley, mayo 2004
18. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1983.

19. Luisa Fernández Mejía, en su libro *La Responsabilidad Contractual del Estado*, Jurídica Radar, Actualidad Jurídica, Bogotá 1987
20. Luis Eduardo, Mesa Nieves, *La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública*, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, Bogota.
21. Emilio, Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
22. Felipe, Rodríguez, *Los Contratos Administrativos Aspectos Jurídicos Conceptos y Elementos del Contrato Público*, Web www.feliperodriguez.com.arg
23. Julio Pablo, Comadira, *La excepción del Incumplimiento contractual en el Derecho Argentino*, www.bibliojuridica.org/libros
24. Álvaro, Vidal Olivares, Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil, revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 1, pp. 41 - 59 [2007] <http://www.scielo.cl/scielo.php>.
25. Concepción, Barrero Rodríguez, Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, Primera Edición, Junio del 2007, Editorial Lex Nova S.A, <http://books.google.com.ec/books>
26. Diccionario Jurídico www.diccionariojuridico.mx
27. GACETA JUDICIAL 19-IX-45 (G.J. S. VII, No. 1, p. 35-6)
28. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Libro IV, Págs. 206- 207. 9-II-99 (Exp. 60-99, R.O. 182, 3-V-99), Fiel Magister
29. G.J. S. VI, No. 10, p. 24-25, 18-II-42, Fiel Magister
30. Constitución de la República del Ecuador
31. Código Civil
32. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
33. Ley Notarial