

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

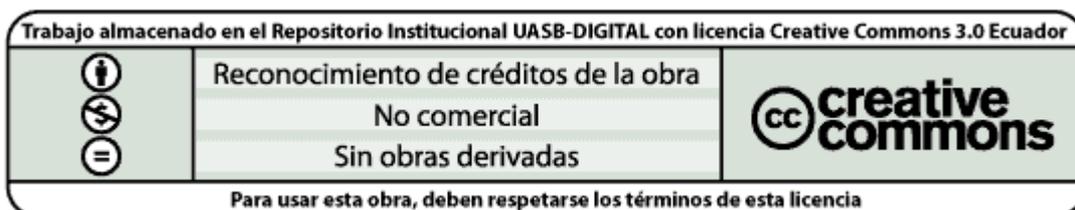
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos

Leonardo Javier Suárez Serrano

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Leonardo Javier Suárez Serrano, autor de la tesis intitulada LA DESACERTADA DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO EXORBITANTES Y SUS EFECTOS JURÍDICOS, 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 Magíster 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.

Quito, 05 de enero de 2015

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

**“LA DESACERTADA DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL
CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO EXORBITANTES Y SUS
EFECTOS JURÍDICOS”**

AUTOR: LEONARDO JAVIER SUÁREZ SERRANO

TUTOR: Dr. CÉSAR MONTAÑO GALARZA

QUITO, ECUADOR

2015

ABSTRACT

El objetivo central de este trabajo es analizar los efectos de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo con el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En el primer capítulo se desarrollan criterios doctrinarios sobre el contrato administrativo, analizando sus principios, elementos, formación y características, entre éstas, las cláusulas exorbitantes. Así mismo, en este apartado analizamos desde el punto de vista doctrinal a las principales cláusulas exorbitantes y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos en general.

En el segundo capítulo nos adentramos en los efectos de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo, y en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Concluimos el trabajo con un análisis que tiene el propósito de dilucidar que las cláusulas denominadas por la doctrina como exorbitantes, en el fondo obedecen a los acuerdos objetivos de las partes, por tanto con la estipulación de aquellas no se transgrede el principio de la autonomía de la voluntad.

DEDICATORIA

Primeramente, este trabajo lo dedico a mi familia, especialmente a mis hijos Leonardo y Damián, por la comprensión de todo el tiempo privado de mis cuidados y afectos; gracias a su existencia me he visto motivado para continuar mis estudios y poder aportar a la sociedad un trabajo ético, y que posiblemente servirá para muchos profesionales en su ámbito profesional.

Así mismo, extendiendo esta dedicatoria a todos los profesionales del derecho público, por ser parte de una carrera apasionada como es el derecho administrativo, y por aportar siempre en sus actividades laborales sus criterios valiosos, los mismos que contribuyen a la mejora de nuestro ordenamiento jurídico.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento total a nuestro Padre todo poderoso, por demostrarme tantas veces de su existencia, y manifestarse a través de sus bendiciones, lo que ha permitido transformarme en una mejor persona.

A mis Padres, por su ejemplo de perseverancia y honestidad, han logrado mi formación, más que un profesional, una persona al servicio de su sociedad, culminando con una visión de aporte social en cada etapa académica.

Un especial agradecimiento a mi tutor doctor César Montaña Galarza, por su guía y consejos académicos hemos conseguido un trabajo analítico que permitirá a muchos profesionales del derecho comprender de manera distinta al contrato administrativo, que simplemente es un instrumento legal para satisfacer las necesidades de la sociedad.

Finalmente, agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar por permitir que muchas personas como el suscrito cumplan con sus objetivos académicos, y así poder ser parte del desarrollo de nuestro país.

TABLA DE CONTENIDO

“LA DESACERTADA DEFINICIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO EXORBITANTES Y SUS EFECTOS JURÍDICOS”

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO PRIMERO	
1.1 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	
1.1.1 El Contrato	9
1.1.2 El Contrato Administrativo	11
1.1.3 Principios del Contrato Administrativo	13
1.1.4 Elementos del Contrato Administrativo	20
1.1.5 Características del Contrato Administrativo	23
1.1.6 Formación del Contrato Administrativo	31
1.2 LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	
1.2.1 Definición y características	36
1.2.2 Principales cláusulas exorbitantes	42
Continuidad	42
Ius Variandi	44
Dirección y control	46
Sanción	48
Rescisión	50
Interpretación unilateral del contrato	51

1.3	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	
1.3.1	Teoría de la Voluntad	53
1.3.2	Teoría de la Declaración de Voluntad	54
1.3.3	Formación de la voluntad en los Contratos en general	55

CAPITULO SEGUNDO

2.1	EFFECTOS DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ECUADOR	
2.1.1	Efectos de las cláusulas exorbitantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.	57
2.1.2	Efectos de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo al principio de la autonomía de la voluntad en la contratación administrativa en el régimen jurídico ecuatoriano.	71
3.1	CONCLUSIONES	73
4.1	BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

El Contrato es un instrumento legal muy importante para la relación jurídica de las personas, tiene por objeto crear derechos y obligaciones sobre sus negocios lícitos; no obstante, en el ámbito privado, los contratos se rigen bajo las normas del derecho común, lo que no ocurre en el ámbito público que tiene un régimen jurídico especial. Los instrumentos bilaterales celebrados en el ámbito público la doctrina los ha denominado contratos administrativos, identificándolos por sus estipulaciones exorbitantes, las que han suscitado un amplio debate sobre la transgresión del principio de la autonomía de voluntad, esencial para los contratos en general. A estas posiciones doctrinarias las vamos analizar en este trabajo de investigación.

CAPITULO PRIMERO

1.1 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1.1 El Contrato

El Contrato según Arturo Alessandri Rodríguez es un acto jurídico que genera el acuerdo de voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones¹. Así mismo, estiman que el instrumento contractual puede crear, extinguir o modificar las obligaciones contractuales².

Para Guillermo Cabanellas, “el contrato es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser producto de obligaciones”³.

¹ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Editorial Jurídica de Chile), 4.

² Enneccerus, Kipp y Wolf, *Derecho de las obligaciones*, 141, citado por Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Editorial Jurídica de Chile), 5.

³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico*.

Según el Diccionario de la lengua española cita que: “Contrato, es el pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”⁴.

Según la enciclopedia Jurídica Omeba, etimológicamente: “contrato, proviene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz se deriva de *contraho*, que entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir”⁵.

En la legislación civil ecuatoriana vigente, se define al contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa⁶. Norma legal que precisa al contrato como tal, sin exigir nada más, únicamente el acuerdo de las partes.

En tal virtud, podríamos definir al contrato como un instrumento jurídico bilateral que tiene por objeto crear obligaciones en base al acuerdo de voluntades de dos personas o más que concurren al mismo.

Es decir, en este instrumento los contratantes pueden acordar o estipular las obligaciones entre sí, sin limitaciones, las mismas que pueden extinguirse o modificarse, siempre prevaleciendo el exclusivo interés de las partes y el cumplimiento del objeto contractual.

En este sentido, es necesario precisar el objeto de estudio principal de la presente investigación, una vez que hemos analizado conceptualmente al contrato en general, instrumento muy importante no solo para la satisfacción de las necesidades de los particulares, y también del estado, el que a través de sus órganos de administración se vale de esta herramienta para satisfacer las necesidades

⁴ Real Academia Española, (Diccionario de la Lengua. Ed. Correspondiente al 2011).

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba, (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1967), 120.

⁶ Véase, artículo 1454 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

públicas,claro, bajo un régimen jurídico especial que lo denomina el contrato administrativo.

1.1.2 El Contrato Administrativo

Para la doctrina administrativista,el contrato administrativo o contrato público “es un acuerdo entre las partes que originan reacciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”⁷, o es una “declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁸

Cassagne, expresa que es “todo acuerdo de voluntades generadoras de obligaciones, celebradas por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros”⁹.

Marienhoff, aporta uno de los conceptos más claros y precisos de contrato administrativo: “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones celebrado entre un órgano del estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”¹⁰.

Escola, sostiene que los contratos administrativos “son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Público o que coloquen al

⁷ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ta. Ed.), 39.

⁸ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, (Buenos Aires 1997) 326.

⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, 66.

¹⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), Tomo III-A, 34.

contratante de la Administración Pública en esa situación de subordinación respecto a éste”¹¹

Hernán Jaramillo, realiza una explicación única en relación a las conceptualizaciones citadas en los párrafos precedentes, manifestando que “el contrato administrativo nace de un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa con respecto a otra persona también determinada”¹².

Lato sensu, el contrato administrativo posee la esencia jurídica del contrato civil, que como lo manifiesta el tratadista ecuatoriano desde la perspectiva de nuestra legislación civil, no deja de ser un contrato común, generador de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo posee una característica muy significativa, ya que una de las partes obligatoriamente debe ser el Estado a través de sus entidades u organismos, las que están dotadas de potestad para contratar de acuerdo a sus competencias para el cumplimiento de un fin común o público.

Existen varias posiciones respecto a la distinción de los contratos administrativos con los contratos privados, indudablemente es un problema de orden dogmático, pues hay varias teorías que defienden al contrato administrativo como un instrumento legal con régimen jurídico propio que faculta a la administración pública a hacer uso de prerrogativas orientadas a precautelare el interés general. Por otro lado, su distinción se origina a efectos jurisdiccionales y no sustantivos,¹³ como es el caso de nuestra legislación ecuatoriana en la que los conflictos que se derivan de los contratos administrativos se someten a la jurisdicción contencioso administrativa, mientras los contratos privados a la jurisdicción ordinaria civil, particularidades.

¹¹ Héctor Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, 1977), 127.

¹² Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, (Universidad Nacional de Loja, 1999), 216.

¹³ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 712.

1.1.3 Principios del Contrato Administrativo

El Contrato Administrativo al ser un instrumento jurídico se encuentra sometido a Principios Generales del Derecho. No obstante, el contrato administrativo en nuestra legislación adicionalmente debe observar ciertos principios específicos establecidos por la doctrina comparada y el derecho público ecuatoriano que nos rige en el sistema nacional de contratación pública¹⁴.

Los Principios Generales del Derecho de los contratos in genere, que también son aplicables a los contratos administrativos, son:

Buena Fe, este principio general del derecho, debe imperar en los contratos, in genere, civiles o administrativos deben ser interpretados y ejecutados conforme a la buena fe¹⁵.

Este principio es primordial, en razón de que impone a las partes un comportamiento objetivo, oportuno y diligente en la aplicación e interpretación de la voluntad de las partes ante cualquier situación imprevista o natural que se derive de la ejecución contractual, permitiendo a la administración decidir si es conveniente al interés público la continuidad de la ejecución ante la nueva situación, y al contratista del Estado la posibilidad de justificar la inejecución del contrato en ciertas situaciones, tales como la fuerza mayor o caso fortuito. Se trata pues de impedir las actuaciones abusivas de las partes, y precautelar su convicción para lograr honestamente sus objetivos.

¹⁴ Véase, artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada mediante Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

¹⁵ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 388.

La autonomía de la voluntad, es el principio básico del derecho contractual, que consiste en la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración¹⁶.

La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos administrativos se forma a través de varios actos administrativos y actos de simple administración que la doctrina administrativa los denominamos como actos separables, los cuales contienen condiciones establecidas por el régimen jurídico propio que rige para la administración, surgiendo el vínculo contractual en el momento que el contratista particular se adhiere a estas bases contractuales. No obstante, en ciertas circunstancias es permitida la modificación de las condiciones generales y particulares a petición de parte o por propia iniciativa de la administración, siempre y cuando esté plenamente justificada y convenga a los intereses generales.

Ergo, la doctrina comparada sostiene que el régimen jurídico propio de estos contratos establece mecanismos adecuados y motivados para la formación de este principio, alcanzando el consentimiento y mutuo acuerdo de las partes durante el proceso precontractual, es decir, por el lado de la administración sujeta a la normatividad y hacer cumplir su legalidad, y por otro el contratista privado perfeccionando su voluntad con la adhesión a las condiciones impuestas por la administración.

Igualdad Jurídica, este principio del derecho sostiene que las estipulaciones contractuales son ley para las partes; no obstante, junto a la *lex contractu* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general¹⁷.

En este sentido, hemos manifestado anteriormente que el contrato administrativo obedece a un régimen jurídico propio sometido al derecho público, el

¹⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Editorial Jurídica Chile), 10.

¹⁷ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 766.

cual brinda la seguridad jurídica a las partes, pues las normas que rigen son previas, claras, públicas y obligatorias, estipulaciones contractuales que no pueden contrariar el ordenamiento jurídico, de esta forma evitando el abuso de la administración frente al particular.

Los principios específicos de los contratos administrativos que la doctrina comparada del derecho público, son:

Principio de Legalidad, todo contrato en ejercicio de la función administrativa deben someterse a la legalidad administrativa, debiendo respetar irrestrictamente todo el orden jurídico, y los aspectos formales, ya que la administración no puede contratar con quien quiera, sino con el particular que reúna los requisitos de idoneidad técnica, moral y financiera¹⁸. Los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general¹⁹.

Para Garrido Fala y García de Enterría el principio de legalidad es el “sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el bloque de la legalidad o principio de juridicidad de la administración”²⁰.

Se ha evocado también la idea de una pirámide, similar a la de Kelsen, lo que resulta adecuado, en tanto resalta la necesaria jerarquía normativa existente entre las distintas fuentes del derecho que integran el ordenamiento jurídico administrativo y que consagran los diversos sistemas²¹.

¹⁸ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 389.

¹⁹ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid, 1980), 362.

²⁰ Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, (Madrid, 1980), 250; y, Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid, 1980), 364.

²¹ Jean Rivero, *Droit administratif*, (París, 1977), 79, en idea de inspiración en KELSEN y MERKL.

Este principio en nuestra opinión, es el más importante del derecho público, pues busca la seguridad jurídica a los particulares que podrían verse afectados por los actos discrecionales o abusos de facultades de los representantes de la administración pública, como lo veremos más adelante de esta investigación.

Principio de la libre concurrencia, “tiende a asegurar la participación en el procedimiento de contratación de un mayor número posible de oferentes, para permitir así una amplia selección, obteniendo mejores condiciones que las que el mercado pueda ofrecer, a través de la mayor cantidad posible de ofertas”²².

Cassagne, sobre este principio sostiene que tiene una justificación lógica en razón que procura que la Administración reciba el mayor número de ofertas, con el fin de obtener el precio menor (principio de eficiencia)²³.

Este principio al igual que los demás tiene también relevancia jurídica en los contratos administrativos, pues su objetivo es asegurar la mayor participación de oferentes idóneos en los procedimientos; sin embargo, la normativa también impone ciertas limitaciones a la administración, dado que el interés público exige un control sobre la capacidad de los concurrentes.

Principio de igualdad de tratamiento, se requiere la igualdad de tratamiento y trato justo de todos los oferentes que concurren a un procedimiento de contratación, permitiendo la competencia leal, evitando que el pliego contenga disposiciones limitativas²⁴.

En relación a este principio, Dromi, manifiesta que: “el trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes: 1) consideración de su oferta en competencia con los demás concurrentes; 2) respeto, dentro de lo posible,

²² Héctor Mairal, *Licitación pública*, (Buenos Aires, 1975), 4.

²³ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, (Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1999), 43.

²⁴ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 390.

de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; si es necesario modificar un plazo, el mismo debe ser igual para todos los concurrentes; 3) cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista; 4) inalterabilidad en lo esencial de los pliegos de condiciones; 5) respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas; 7) conocimiento de las demás ofertas después del acto de apertura; 8) indicación de las deficiencias formales subsanables que pueda contener la oferta, y 9) invitación a participar en los procesos que se promoviera ante el fracaso de otra anterior”²⁵.

El enunciado de Dromi, sin lugar a duda es valioso, puesto que se refiere al trato igualitario y justo que la administración debe tener en cuanto a los oferentes, del mismo modo éstos deben sujetarse al debido proceso que implica el participar en procesos de contratación pública y adherirse a los requerimientos previstos en el ordenamiento jurídico.

Este principio se encuentra enlazado con los principios de libre concurrencia y publicidad, pues trata de establecer criterios o parámetros de selección y evaluación con carácter objetivo y no discriminatorio en las diferentes etapas del proceso de contratación. Por ejemplo, la administración debe velar porque todos los oferentes reciban igual trato, y en particular, no facilitar acciones o información que pueda dar ventajas a determinado participante con respecto al resto, así como, debe brindar un trato igualitario a todos los oferentes; debe hacer público las modificaciones que realice de oficio o a petición de parte a las bases precontractuales, que servirán de sustento para la preparación y presentación de las ofertas, cuya objetividad contribuye obtener una oferta que convenga a los intereses generales.

²⁵Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 327.

Es importante que exista siempre equidad de condiciones para los oferentes que concurren a un procedimiento de contratación, promoviendo la competencia leal, objetiva y transparente a través de un proceso público, evitando que los pliegos contengan disposiciones limitativas o direccionadas, eliminando la discrecionalidad administrativa.

Principio de transparencia, trata de asegurar el uso de los recursos públicos más adecuado a la legalidad y a la eficiencia, además, permite que todos los oferentes reciban una información suficiente de las condiciones que van a regir en la ejecución contractual²⁶.

Para Dromi, este principio, abarca el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control²⁷.

Este principio se encuentra en conexión directa con todos los principios de la contratación administrativa, pues la inobservancia de uno de ellos, afectaría implícitamente el principio de transparencia, derivándose vicios en el procedimiento de contratación, originando su invalidación. En base a este principio surge el control a la actuación de la administración por parte de entidades públicas especializadas o veedurías ciudadanas que permitirán cuestionar ciertas decisiones subjetivas de funcionarios que no se caracterizan precisamente de las virtudes de la honestidad y razonabilidad, decisiones incorrectas que beneficien a los intereses particulares, perjudicando el interés general.

Nuestra legislación ecuatoriana²⁸, recoge los mismos principios que hemos tratado de la doctrina comparada, complementando con dos principios que atienden a

²⁶ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, (Madrid, 2011), 359.

²⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 486.

las políticas públicas del nuevo sistema nacional de contratación pública, la participación nacional y la vigencia tecnológica.

El principio de participación nacional se refiere a la prevalencia de las ofertas que se consideren de origen nacional, incorporando un componente ecuatoriano en las obras, bienes o servicios a contratar dentro de los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del ente rector de la materia.

El principio de vigencia tecnológica, tiene relación con la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la administración, aprovechando la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional.

La necesidad de prever de forma obligatoria la aplicación del principio de vigencia tecnológica en nuestra legislación, y promover su desarrollo local es parte del perfeccionamiento del sistema electrónico de compras públicas que está empleando la mayoría de los países sudamericanos, en busca de la calidad y eficiencia de la administración en el cumplimiento de sus obligaciones para satisfacer las necesidades públicas. La legislación de la República de Chile, prescribe como principio rector de su sistema de contratación pública a la vigencia tecnológica, en razón que también sus procesos precontractuales se desarrollan a través de un innovador sistema electrónico de compras públicas²⁹.

²⁸ Véase, artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prescribe: Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

²⁹ República de Chile, véase, artículo 56 del Reglamento de la Ley No. 19.886 aprobado mediante Decreto 250 de 09 de marzo de 2004 y publicado el 24 de septiembre de 2004.

Así mismo, la legislación de la República de Argentina prevé la aplicación de principios muy similares a nuestra legislación³⁰, con ello podremos deducir que existe afinidad de ideas y criterios de los legisladores de la región en la aplicación necesaria de estos principios de la doctrina comparada en los contratos administrativos, que ofrecen un eficiente y optimización de los recursos públicos, y obtener los mejores resultados en el cumplimiento de las obligaciones del estado ante las necesidades colectivas, principios que tienen el carácter de obligatorio por naturaleza del derecho público, régimen al cual se encuentran sometidas y son parte del mismo.

1.1.4 Elementos del Contrato Administrativo

Concordamos con la doctrina comparada en que los elementos del contrato administrativo son los mismos del contrato de derecho privado, pues en esencia es un contrato, consecuentemente, precisaremos cada uno de ellos:

El sujeto, respecto a este elemento, una de las partes necesariamente debe ser la administración pública, entendida en sentido amplio³¹, el cocontratante puede ser un particular, u otra entidad pública, en este último caso estaríamos frente a un contrato interadministrativo³².

Considerando lo manifestado anteriormente, en el sentido que el contrato administrativo por su esencia también se rige por principios del derecho común,

³⁰ República de Argentina, véase, artículo 3 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, expedida mediante Decreto No. 1023/2001

³¹ La administración pública en el Ecuador comprende los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos, tales como las empresas públicas. Véase, artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada mediante Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³² Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 412.

obviamente cada parte contractual debe tener capacidad y competencia para contraer las obligaciones, especialmente en los contratos administrativos, que conforme lo hemos definido, una de las partes necesariamente debe ser el estado, por tanto, por estar sujetos al derecho público, sus representantes legales deben estar debidamente acreditados y facultados para la suscripción de los contratos mediante el acto administrativo correspondiente, así como tener la capacidad civil, es decir, no podría celebrar un contrato administrativo por más que demuestre su competencia administrativa si se encuentra privado del pleno uso de sus atribuciones mentales, esta situación provocaría la nulidad del contrato.

El objeto, constituye en esta materia un elemento fundamental, en razón que el objeto de los contratos administrativos es satisfacer las necesidades públicas, lo cual se relaciona directamente con la actividad de la administración pública.

Según Bercaitz, que recoge un criterio de los contratos en general, manifiesta que “el objeto del contrato administrativo es, al igual que en todos los contratos, la prestación, que puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer”³³.

Este importante criterio, lo recoge la legislación civil ecuatoriana³⁴ al tratar sobre los contratos en general, los cuales son instrumentos necesarios para establecer las obligaciones entre las partes, y que lacónicamente su objeto es dar, hacer o no hacer.

La voluntad, es un elemento esencial a todo contrato, pues precisamente ese acuerdo de voluntades es el que permite distinguir al acto bilateral (contrato) del unilateral (acto administrativo)³⁵.

Concordamos con este criterio, este elemento es imprescindible para la validez del vínculo contractual, el cual confirma la autonomía de la voluntad de las

³³ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 276.

³⁴ Véase, artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano

³⁵ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 65-66

partes en el contrato administrativo, pues caso contrario, al vulnerar la voluntad originaria los vicios del consentimiento, por tanto, no tendrían ninguna validez el contrato, incluso los de carácter administrativo.

Así mismo, es importante recalcar que los contratos administrativos tienen un elemento de adhesión, que consiste en la aceptación de la parte particular de las condiciones previstas por la administración durante el proceso de contratación, proceso en el cual se va formando la autonomía de la voluntad de las partes, y una de ellas se somete objetivamente, sin menoscabar su consentimiento. La voluntad de las partes debe ser siempre expresa, estipuladas en los contratos administrativos, no caben acuerdos tácitos en el derecho público contractual.

Forma, la doctrina comparada ha considerado que este elemento ofrece un doble significado, el primero hace referencia a la forma de exteriorización de la voluntad de los sujetos intervinientes en el contrato, y el otro que refiere a la manera como se cumplen en la administración las etapas que dan origen al contrato.

Bercaitz, siguiendo a Sayagués Laso, otorga el nombre de forma solo al primero de aquellos conceptos (modo en que se exterioriza la voluntad de los sujetos), asignando al segundo concepto la denominación de “formalidades”, y desde ese punto de vista critica a Marienhoff y Cassagne, puesto que éstos consideran que los elementos anteriores, los coetáneos y los posteriores al acto administrativo que concretamente expresan la voluntad de la Administración revisten el carácter de forma esencial, y su ausencia determina la nulidad del contrato. Desde la óptica de Bercaitz ello es erróneo, y la licitación, por ejemplo no es un elemento esencial, sino una formalidad³⁶.

³⁶ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 295-296.

Valiosa la posición de Bercaitz, sin embargo, su criterio es muy restringido, no valora los demás principios que rigen para la contratación administrativa, no aprecia en su conjunto como debería hacerlo, pues la “forma”, es la exteriorización de la voluntad de los sujetos de manera expresa o escrita, actos administrativos o de simple administración que son parte del proceso de formación del contrato administrativo, garantizando los principios de transparencia, concurrencia, publicidad y legalidad que hemos analizado anteriormente.

Por tanto, a nuestro juicio no es procedente tratar este elemento desde su concepción literal y formal de la palabra, el análisis se lo debe realizar desde la perspectiva de la doctrina administrativista de fondo, considerando todos los principios que rigen para el contrato administrativo en razón que todos tienen una vinculación al momento de su aplicación.

1.1.5 Características del Contrato Administrativo

Para Bercaitz, los contratos privados presentan características diametralmente diferentes a los contratos administrativos, tales como libertad de contratación e igualdad de las partes, inmutabilidad de lo pactado y limitación de los efectos derivados del contrato para los celebrantes³⁷; al respecto, sin duda alguna los contratos administrativos poseen características propias, pues su proceso de formación se encuentra puntualmente reglamentado por las normas del derecho público que rigen de manera obligatoria en esta materia, no obstante, estas características también son parte del contrato en general, por ello, es necesario analizarlas:

Formalismo, conforme hemos analizado la formación del instrumento contractual se origina de una serie de recaudos que exteriorizan la voluntad de las partes, forzosamente escrita o expresa durante el desarrollo del proceso de

³⁷ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 343.

contratación, esto conlleva a una clara y sucinta explicación, que el contrato administrativo se caracteriza por ser estrictamente “formal”.

En este sentido, deben cumplirse una serie de requisitos previstos en la normativa legal, sin los cuales el contrato será inválido, cuya omisión, en la mayoría de los casos, no es susceptible de subsanación³⁸.

La Administración está limitada en cuanto a las posibilidades de contratar, es decir; no tiene libertad para decidir qué y con quién contratar, existe un procedimiento previsto en la ley que determinará la oferta más ventajosa que satisfaga la necesidad pública, en sujeción a los principios que anteriormente analizamos.

Dromi, considera que esta característica es acertada y en la que pocos reparan, y afirma que “el rigor y sentido formalista de los contratos administrativos frente a los contratos civiles, es una nota particularizante de aquéllos. Recordemos que para el Código Civil, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a alguna cosa o prestar algún servicio y que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. En otros términos, en el contrato privado predomina un criterio informalista. No ocurre así en los contratos de la Administración en que se supedita la validez y eficacia de ellos al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes, en cuanto a forma y procedimiento de la contratación”³⁹.

No concordamos necesariamente con ese criterio, en razón de que ciertos contratos privados también se perfeccionan observando formalidades tales como la escritura pública, siendo obligación la presentación de varios requisitos

³⁸ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 428.

³⁹ Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Privado*, (Depalma, Buenos Aires, 1973), 380

documentales y la formalidad de las partes en acudir ante una autoridad competente para que sea válido y surtan los efectos jurídicos.

Ergo, esta característica no es propia del contrato administrativo tal como trata el derecho administrativo, por el contrario el formalismo es imprescindible en los contratos en general para su efectiva legalidad.

Desigualdad Jurídica, la administración pública junto con los derechos y obligaciones que naturalmente surgen del contrato (exigir el cumplimiento de lo prometido, en cantidad, calidad, tiempo y forma, etc.), 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 el contrato administrativo⁴⁰.

Dromi, Sarmiento García y Farrando⁴¹, tienen un criterio concordante al mantener su posición de que los contratos administrativos otorgan una serie de prerrogativas a la administración a través de sus cláusulas exorbitantes, las que consideran estipulaciones que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas en el derecho común; por tanto, conforme a esta posición doctrinaria nos diría que el contrato administrativo tiene características de subordinación, con existencia de cláusulas que son exorbitantes al derecho privado.

Ahora bien, la corriente crítica contra la teoría del contrato administrativo, sostiene que ésta es peligrosa en razón que parte de una definición imprecisa, cuyos límites no se han podido determinar en ningún derecho y pretende sujetar a los contratos bajo un régimen también impreciso. La consecuencia es introducir un alto

⁴⁰ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 429.

⁴¹ Roberto Dormi, *Derecho Administrativo*, (Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 2001), 219; Jorge Sarmiento García, *Concesión de Servicios Públicos*, (Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1996), 102; Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 429.

riesgo en la contratación estatal al impedir conocer de antemano, con certeza, cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, para definir la tesis debería entonces demostrarse que la definición es precisa y que también lo son las consecuencias⁴².

En este punto, es importante analizar la postura crítica a esta teoría, pues es evidente que no se cuestiona las características del contrato administrativo, por el contrario, exige que las reglas que regirán en la relación contractual sean objetivas, claras y precisas a través del ordenamiento jurídico, con la finalidad de evitar la discrecionalidad y el abuso de poder por parte de la administración.

En respuesta a esta posición, Barra afirma que en todos los países del mundo, más o menos relacionados con el derecho francés, o con el common law, se percibe indudablemente la presencia clara de un sistema jurídico distinto que no es exorbitante porque se trata de otra naturaleza⁴³; así mismo, en estricta concordancia, Cassagne cuestiona la existencia de la cláusula exorbitante, inclinándose en la distinción que debe hacerse sobre la cláusula de régimen exorbitante⁴⁴, que es diferente a lo que sostiene la posición crítica.

En este contexto, coincidimos que los contratos administrativos se rigen bajo un régimen jurídico propio, estrictamente reglamentado, sujetos al principio de legalidad que es la expresión más clara de seguridad jurídica⁴⁵ para las partes, descartando la posición de Mairal, pues existe un ordenamiento jurídico que faculta a la administración a exigir no solo el cumplimiento de la obligación contractual, sino también todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar su debida ejecución.

⁴² Héctor Mairal, *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, 2, citado por Ismael Farrando en *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 444.

⁴³ Rodolfo Barra, *La sustantividad del contrato administrativo*, 1/2.

⁴⁴ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 3.

⁴⁵ La seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Véase artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Este ordenamiento jurídico propio de los contratos administrativos no únicamente genera obligaciones al contratista particular, también obliga a la administración a indemnizar a su cocontratante cuando lo irroge perjuicios en virtud de la ejecución contractual, brindando el equilibrio jurídico económico a las partes contractuales.

Ergo, como lo veremos más adelante sobre la formación del contrato administrativo, existen etapas reguladas por normas legales que obedecen a los principios de la materia, mediante los cuales se forma la voluntad de las partes, por un lado la administración con una participación limitada por normas del derecho, y por otro, el particular adhiriéndose a las condiciones previstas para el cumplimiento del objeto contractual, por tanto, es equívoco hablar de subordinación de una de las partes en este tipo de contrato, pues está sujeto a un régimen jurídico propio, que la doctrina comparada la reconoce, así como ha sido recogido en varias legislaciones.

Intuito Personae, consiste en la selección del proveedor o contratista mediante un riguroso procedimiento precontractual en el cual se establecen requisitos y condiciones para asegurar la objetividad en la elección y la idoneidad del contratista particular para el cumplimiento de la necesidad pública que se está comprometiendo a realizar (solventía económica y moral, capacidad legal y técnica, etc.).

Al respecto, Marienhoff señala que: “los contratos administrativos tienen el carácter de *intuitu personae* en la mayoría de casos, derivando de ahí la prohibición de ceder o subcontratar sin autorización de la administración, pues la administración solo puede contratar con personas no afectadas de tachas éticas”⁴⁶.

⁴⁶ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), 315.

Precisamente por estas circunstancias, el contratista particularno puede ceder ni subcontratar la prestación principal a la cual se ha comprometido, salvo autorización expresa de la administración, pues el contrato administrativo tiene carácter personalísimo⁴⁷, en razón del procedimiento desarrollado para identificar de la persona el contratista más idóneo en el sentido más amplio, técnico, económico y jurídicamente para cumplir con las obligaciones contractuales, y así satisfacer las necesidades públicas.

En consecuencia, esta característica nace del propio régimen jurídico que rige para los contratos administrativos, por las delicadas obligaciones que encargan contractualmente al socio de la administración, el particular debidamente escogido a través de un proceso público, el cual se convierte en el único responsable de cumplir las obligaciones que deriven del instrumento contractual. Por esta razón, su compromiso contractuales indelegable.

Mutabilidad del contrato,el fundamento de esta mutabilidad deriva de la naturaleza administrativa del contrato y de la consecuente necesidad de adaptarlo a las conveniencias generales de la colectividad.

Bercaitz, manifiesta que la mutabilidad en los contratos administrativos (el interés público) surge cuando las circunstancias vigentes al momento de celebrarlo han cambiado en la ejecución contractual, con lo cual la administración tiene que contar con la posibilidad de modificar el contrato según los cambios que sufra ese interés público, ya que contrariamente quedaría atado éste a la voluntad del particular contratante, obligando a la comunidad a ceñirse a una prestación que ha dejado de satisfacer sus necesidades⁴⁸.

⁴⁷ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, (Madrid, 2011), 445.

⁴⁸ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 347.

Esta potestad de modificar el contrato que tiene la administración, no constituye un derecho sino una prerrogativa en función de su régimen jurídico propio como lo hemos comprobado, por tanto, no se podría renunciar en forma alguna a su ejercicio, ya que las prerrogativas son irrenunciables, pero es obligación primordial de la administración precautelar el interés público.

Farrando, denomina a esta característica como la *flexibilidad del contrato administrativo*⁴⁹, en razón de que a diferencia del contrato privado flexibiliza su contenido, permitiendo que una de las partes, en este caso la administración introduzca alteraciones o modificaciones que se adaptan a las nuevas necesidades; no obstante, esta atribución obviamente tiene límites en su aplicación, por ejemplo, la administración no puede introducir modificaciones que alteren lo esencial del contrato, es decir no puede obligar al particular contratado a algo totalmente diferente al objeto contractual, la mutabilidad incide sobre diversos aspectos del objeto contractual, tales como el volumen o cantidad de la prestación, o la modificación de las condiciones técnicas.

Respecto a los derechos que asisten al particular contratado, en consecuencia de esta característica modificatoria unilateral, es resarcido económicamente, así como, en caso que la administración incumpla con los límites que el derecho impone para evitar el abuso o desviación de poder⁵⁰, el particular puede solicitar la rescisión del contrato y la indemnización que le corresponda.

⁴⁹ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 425.

⁵⁰ Las modificaciones que la administración realice en los contratos administrativos deben estar debidamente motivadas o justificadas de acuerdo a los límites que impone el ordenamiento jurídico, por ejemplo, que obedezcan a situaciones que no pudieron preverse al momento de la celebración del contrato, sean técnicas o jurídicas, así como observar los porcentajes económicos permitidos en referencia al monto total del contrato con la finalidad de controlar las decisiones subjetivas de la administración sobre los recursos públicos. En sentido concordante, Alejandro Pérez Hualde, *Contratos Administrativos II*, Capítulo XIII, en Farrando Ismael – Martínez Patricia, *Manual del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, reimpresión 2000, p. 324, señala que “La facultad de modificación deberá ser utilizada en forma razonable...”.

La doctrina del derecho privado sobre los contratos, radica en el principio de la inmutabilidad de las estipulaciones contractuales; sin embargo, en este punto es necesario profundizar, esto no quiere decir que las partes en el contrato privado obligatoriamente no puedan modificar las condiciones contractuales; por el contrario, es permitido introducir alteraciones o modificaciones siempre y cuando exista acuerdo común de ambas partes.

Por tanto, en esencia la modificación en los contratos en general es viable jurídicamente, puesto que en el derecho común también es aplicable. No obstante, la diferencia en el derecho público es que la modificación se realiza unilateralmente, pero esto tiene una explicación debidamente fundamentada, que los contratos administrativos tiene un régimen propio dota a la administración de prerrogativas que son irrenunciables, facultades regladas y no discrecionales, con la finalidad de anteponer el interés público que subyuga al interés particular.

Cláusulas exorbitantes, para Bercaitz, son aquellas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público⁵¹.

En relación concordante, Marienhoff destaca que estas cláusulas son exorbitantes porque son inusuales a los contratos de derecho común o porque su inclusión en uno de ellos sería ilícita por contrariar normas de orden público, las cuales el estado no puede prescindir de su carácter de poder aún en las relaciones contractuales⁵².

⁵¹ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 209.

⁵² Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), Tomo III-A, 46 y 78.

Los criterios que anteceden, a nuestro juicio son acertados en cierta medida pues coincidimos en que el origen de estas cláusulas son el poder público que atribuye a la administración prerrogativas con la finalidad de precautelar el bien común. Sin embargo, disiento de que el Estado se coloque en una posición de superioridad frente al particular dando a comprender que esta situación es una suerte de aprovechamiento, transgrediendo las normas del derecho común a los contratos; al respecto, es necesario insistir en la posición de Barra y Cassagne, quienes sostienen que las cláusulas no son exorbitantes, sino que indudablemente existe un régimen jurídico distinto, de otra naturaleza⁵³.

La doctrina comparada, ha señalado que las cláusulas exorbitantes son una característica esencial del contrato administrativo, son expresas o implícitas, las primeras son las condiciones que necesitan estar estipuladas en el contrato, las segundas no necesariamente en razón que surgen de los principios jurídicos y no requiere de esta solemnidad para su efectiva aplicación; éstas cláusulas facultan de poder a la administración sobre el contratista particular, para modificar unilateralmente las condiciones contractuales, controlar su ejecución contractual, imponer sanciones pecuniarias por incumplimientos de las obligaciones contractuales y declarar terminado unilateralmente la relación contractual, prerrogativas éstas, como lo llama la doctrina, que profundizaremos en el acápite denominado las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo de la presente investigación.

1.1.6 Formación del Contrato Administrativo

El proceso de formación de la voluntad de la Administración es complejo, comprende una operación que se descompone en varias fases, en las cuales el acto de

⁵³ Rodolfo Barra, *La sustantividad del contrato administrativo*, 1/2; y, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 3.

conclusión de un contrato va frecuentemente precedido con medidas previas como la autorización y posteriores como la aprobación que lo complementan y condicionan su entrada en vigencia⁵⁴.

Para la doctrina comparada, los contratos administrativos requieren por un lado, la expresión de voluntad de la administración, que es uno de los sujetos imprescindibles, y por otro, de una persona de derecho público o un particular, a los que se suman actos y hechos jurídicos producidos por los oferentes y particulares interesados, como la presentación de ofertas⁵⁵.

Para Escola, en la formación de los contratos administrativos es posible distinguir dos etapas diferentes, la primera relativa al orden interno de la administración pública, que refiere a la formación de la voluntad administrativa, la decisión de contratar en sí misma, la forma y condiciones de esa contratación; la segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la administración con los particulares, y se vincula con la formación del contrato como tal, y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato⁵⁶.

En la formación de los contratos administrativos la doctrina ha previsto dos fases, la preparatoria y el procedimiento de selección del cocontratante particular; la primera, consiste en la obligación que tiene la administración de justificar la necesidad de la contratación que va a satisfacer el fin público, confirmar la disponibilidad presupuestaria, elaborar los estudios de factibilidad y los pliegos de condiciones básicamente ; la segunda, comprende las diferentes modalidades o

⁵⁴ Manuel Diez, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1979), 71.

⁵⁵ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 311.

⁵⁶ Héctor Escola, *Compendio de derecho administrativo*, (Buenos Aires, 1990), 642.

procedimientos que el derecho público impone para seleccionar a la mejor oferta y al contratista idóneo para el cumplimiento del objeto de contratación.

En este sentido, es preciso referir la opinión de Pérez Hualde sobre la fase preparatoria quien manifiesta que esta constituye en una etapa de habilitaciones previas⁵⁷, como acreditar la disponibilidad de recursos y partida presupuestaria, disponibilidad de los estudios de factibilidad y especificaciones definitivas, criterio que ha sido recogido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuyas habilitaciones previas son las siguientes:

Identificación de la necesidad y estudios previos de factibilidad, esta habilitación previa consiste en la obligación que tiene la administración pública de justificar la importancia de la contratación y colaboración de particulares idóneos en la gestión para satisfacer las necesidades públicas, cuya demostración debe ser objetiva a través de estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, los que deberán contener todas las especificaciones técnicas que deberán ser aprobadas por las autoridades competentes⁵⁸.

Disponibilidad Presupuestaria, la doctrina coincide en que los contratos administrativos que supongan gastos a cargo de la administración requieren de la existencia de créditos presupuestarios⁵⁹; así mismo, esta habilitación es obligatoria previo al inicio del procedimiento de contratación, pues es indispensable disponer de fondos necesarios para llevar a cabo el objeto de la contratación.⁶⁰

⁵⁷ Alejandro Pérez Hualde, *Contratos Administrativos II*, 298.

⁵⁸ Véase, artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador, que prescribe: “Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes (...).”

⁵⁹ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 41.

⁶⁰ Véase, artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador, que prescribe: “Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.”; norma legal concordante con el artículo 115 del

Elaboración de Pliegos, son documentos precontractuales con relevancia jurídica, que son elaborados por la administración y aprobados por la autoridad competente, los que contienen las condiciones generales y particulares, así como las especificaciones técnicas, jurídicas y económicas que regirán el proceso de selección del cocontratante particular, y formarán parte del instrumento contractual.

Las modalidades o procedimientos de selección del cocontratante particular se rigen a las normas legales que debe observar obligatoriamente la administración, que tienen una doble finalidad, primero, asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y, segundo, evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación⁶¹.

En estricta relación, Boquera expresa que el sistema o procedimiento de selección del contratista es el conjunto de trámites que la administración pública debe llevar a cabo para encontrar a la persona más idónea con quien celebrar un contrato⁶².

En este sentido, la doctrina prevé diversos procedimientos de selección o contratación, siendo el ordenamiento jurídico el que determina cuál es el procedimiento adecuado, según la naturaleza del objeto contractual, los que están integrados por un conjunto de actos administrativos, actos de simple administración, y hechos administrativos, cuyos actos precontractuales gozan de autonomía, independencia e individualidad jurídica propia, a los que la doctrina los ha denominado “actos separables”.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que literalmente dice: “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

⁶¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), Tomo III-A, 155.

⁶² José Boquera Oliver, *Valoración de los distintos sistemas de selección del contratista*, (Mendoza, 1980), 171.

La doctrina comparada ha adoptado esta postura trascendente en razón de las consecuencias jurídicas sobre la impugnación de la actuación administrativa en la etapa precontractual, sosteniendo la individualidad jurídica de cada acto para viabilizar la objeción a través de los medios que la ley permita, para que los oferentes se encuentren en igualdad de condiciones respecto a la defensa de sus derechos e intereses en la formación de la voluntad administrativa.

Farrando explica que a la teoría de los actos separables se suma la teoría del acto coligado de la doctrina italiana, la cual consiste en que si bien es cierto que estos actos son autónomos con individualidad jurídica propia, también están ligados, conectados y destinados a un único resultado, la elección del cocontratante⁶³, de igual forma, Barra manifiesta que la importancia de la coligación es que cada uno de los actos tiene vida y efectos propios, es decir, pueden ser separadamente considerados, pero a la vez, se encuentran incorporados al contrato, con el que forman una unidad inescindible⁶⁴.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe un cuerpo legal que sistematice el derecho administrativo, sin embargo, se encuentra en vigencia un cuerpo normativo cuya aplicación no tiene gran relevancia conforme al orden jerárquico de las normas legales⁶⁵, y su ámbito de obligatoriedad es limitado a una de las funciones del estado, el cual recoge la teoría de los actos separables como

⁶³ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 82-83.

⁶⁴ Rodolfo Barra, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, (Buenos Aires, 1989), 103.

⁶⁵ Véase, artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas legales, así: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

mecanismo de formación de los contratos administrativos, y por tanto, la exteriorización de la voluntad de las partes⁶⁶.

En este sentido, podemos apreciar de la doctrina comparada que las fases de preparación y selección no se limitan únicamente a la formación del contrato administrativo *per se*, también incorpora los actos que exteriorizan la autonomía de la voluntad de las partes, sin quebrantar este principio de los contratos del derecho común, además garantizando los derechos del oferente particular con la posibilidad de impugnar individualmente los actos jurídicos que hubiere expedido la administración durante el proceso precontractual sin la debida motivación o sustento.

Es importante avanzar con la investigación, una vez que hemos analizado el proceso de formación del contrato administrativo, por ello es preciso profundizar su contenido, que la doctrina comparada la ha denominado las “cláusulas exorbitantes”.

1.2 LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.2.1 Definición y características

Para Bercaitz, las cláusulas exorbitantes son “aquellas demostrativas del carácter del poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo

⁶⁶ Véase, artículo 76 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002, que señala: “En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas. Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación”.

frente a su contratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público”⁶⁷.

Mareinhoff, por su parte manifiesta que “la presencia efectiva del Estado en la contratación es un presupuesto esencial para calificar al contrato de administrativo, destaca que esas cláusulas son exorbitantes porque son inusuales a los contratos de derecho común o porque su inclusión en uno de ellos sería ilícita por contrariar normas de orden público.”⁶⁸; y, sostiene que: “la existencia de estas cláusulas exorbitantes es encontrada en el hecho de que el Estado no puede prescindir de su carácter de poder aún en las relaciones contractuales, y si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese poder”⁶⁹.

En este contexto, podríamos definir a las cláusulas exorbitantes como estipulaciones contractuales obligatorias reguladas por el ordenamiento jurídico, que salvaguardan el interés común o público, las que gozan de absoluta legitimidad, simplemente porque son facultades propias de autoridad otorgada por la ley.

Las cláusulas exorbitantes son de naturaleza estrictamente administrativa, en razón de que se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico del derecho público, además, son una característica esencial del contrato administrativo, y pueden ser explícitas o implícitas. Son explícitas, cuando se requiere obligatoriamente de estipulación expresa en el contrato; y, son implícitas, cuando no es necesario que estén escritas en el instrumento contractual, en razón de que se trata de una cuestión de principios jurídicos y no requiere de esta solemnidad, puesto que la ley faculta a la Administración Pública a imponer sanciones administrativas o pecuniarias al

⁶⁷ Miguel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, (Buenos Aires, 1980), 209.

⁶⁸ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), 46.

⁶⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), 78.

particular contratado en caso de incumplimientos de sus obligaciones contractuales con la finalidad de salvaguardar el interés público.

En la doctrina comparada existen diferentes criterios sobre la sustantividad de las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo, por un lado afirman que la presencia de estas cláusulas son el factor distintivo y sustancial de los contratos administrativos; por otro lado, deducen que la administración celebra contratos calificados de administrativos, pero también celebra contratos privados que no están sujetos al régimen propio de los primeros⁷⁰; es decir, que la administración no solamente celebra contratos administrativos, también suscribe contratos privados que se rigen bajo las normas del derecho común, no obstante, a nuestro criterio éstos son esencialmente instrumentos contractuales de naturaleza administrativa, pues considerando la concepción del contrato administrativo según la doctrina, bastaría que una de las partes necesariamente sea la administración pública o el Estado.

Por tanto, la existencia u origen de los contratos administrativos no está supeditada a la aplicación de las cláusulas exorbitantes, las cuáles son importantes para precautelar los intereses públicos, pero existen contratos cuya naturaleza no necesita de sus estipulaciones, por ejemplo, los contratos civiles de arrendamiento de bienes inmuebles en los cuales se rigen bajo normas de derecho común que regulan las relaciones de inquilinato, y de igual forma estaríamos frente a un contrato administrativo.

El origen de estas cláusulas proviene del poder público, que atribuye a la administración prerrogativas con la finalidad de precautelar el fin común, bajo un régimen jurídico propio, distinto, de otra naturaleza, un régimen que no es

⁷⁰ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 442.

exorbitante, por tanto la estipulación de sus cláusulas simplemente obedece al cumplimiento de su régimen jurídico⁷¹.

Al respecto, Canasi reconoce la existencia de un régimen jurídico especial que rige para los contratos administrativos, surtiendo efectos jurídicos que salen de la órbita del derecho civil común, al cual lo denomina un régimen de derecho público especial.⁷²

Concordantemente, otros tratadistas del derecho administrativo concluyen que existe un régimen especial de contratos de la administración, que no puede negarse.

Acogiendo estos valiosos criterios, y una vez estudiado a los contratos administrativos en el capítulo precedente, se corrobora que existe un régimen jurídico propio del derecho público, el cual se aplica literalmente.

Este régimen jurídico especial otorga a la administración pública poderes con la finalidad de precautelar el interés público como lo hemos manifestado en varias ocasiones, los que se encuentran recogidos en las cláusulas contractuales, cuyos efectos para la posición crítica las califican de exorbitantes, que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Para García de Enterría, el efecto general que producen las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos, “es que obligan no solo al

⁷¹ Esta posición es muy clara, si la doctrina manifiesta que las prerrogativas de la administración nacen del derecho público, y que tienen el carácter de irrenunciables a este poder, entonces estamos frente a un régimen jurídico propio, que no es exorbitante, ya que tiene sus propias normas que facultan al Estado un poder de imperio con la finalidad de proteger el interés público y satisfacer las necesidades colectivas, en síntesis las cláusulas simplemente son estipulaciones que obligatoriamente obedecen a un principio de legalidad, exorbitancia sería si no existiera un régimen propio, y transgrediera las normas de derecho común. Véase, Rodolfo Barra, *La sustantividad del contrato administrativo*, 1/2; y, Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, 3.

⁷² José Canasi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1974, Tomo II, p. 441.

cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”⁷³.

En este sentido, es importante aclarar que los efectos que surgen de estas cláusulas exorbitantes tienen el origen de un régimen jurídico especial, por tanto no es aceptable relacionar con las libertades contractuales del régimen jurídico general.

Es también importante mencionar que la posición crítica que hemos analizado anteriormente encabezada por Mairal, admite las prerrogativas de la administración únicamente cuando estén previstas en forma expresa en el contrato, así como también estén fundamentadas en la ley. Estamos de acuerdo con este criterio en razón de que uno de los principios que rigen los contratos administrativos es el de legalidad, por tanto, las facultades deben ser expresas u objetivas, de esta forma escatimando cualquier intento de discrecionalidad o subjetividad en las decisiones administrativas.

Conforme al análisis que hemos realizado sobre las cláusulas exorbitantes, podemos caracterizarlas de la siguiente manera:

- Regladas;
- Obligatorias;
- Objetivas;
- Sancionadoras.

Estas cláusulas exorbitantes que se estipulan en los contratos administrativos son estrictamente regladas, esto obedece al principio de legalidad que la administración está obligada a observar y aplicar. En el derecho público se resume a su aplicación estricta y textual, no caben interpretaciones extensivas; por ello, en materia de contratación pública, los contratos administrativos y su contenido encuentran debidamente reglados en la ley.

⁷³Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 715.

Todas las facultades que la ley otorga a la Administración Pública, son obligatorias y se encuentran en los contratos administrativos, puesto que se trata de una cuestión de principio y no requiere de estipulación cuando por ley se encuentran prescritas. No obstante, algunas son de estipulación obligatoria como por ejemplo en la legislación ecuatoriana, la cláusula de multas es obligatoria, la falta de su estipulación acarrearía la nulidad absoluta del instrumento contractual.⁷⁴

Las estipulaciones de las cláusulas exorbitantes son rigurosamente objetivas, sus obligaciones contractuales son claras y precisas, las que han alcanzado un acuerdo y exteriorización de la voluntad de las partes a través de un proceso precontractual reglado, sujeto a la normativa específica que deriva en la suscripción del instrumento contractual.

Con la finalidad de precautelar el interés común, y exigir el debido cumplimiento del objeto contractual que satisfaga la necesidad pública, la ley ha otorgado a la Administración Pública una potestad sancionadora, dentro del criterio jurídico y económico, cuya ejecución se encuentra relacionada con causales previstos en la ley que determinará la continuidad de la ejecución contractual o su terminación unilateral sujeta a las sanciones pecuniarias y administrativas contra el contratista incumplido.

Los contratos administrativos, como todo contrato, surten efectos, en especial entre las partes, por más características propias que se traduzcan en cláusulas exorbitantes a favor de la administración pública, no dejan de ser acuerdos, como lo sostiene el derecho común, el contrato y sus cláusulas son ley para las partes⁷⁵. Este principio es fundamental en los efectos de las cláusulas exorbitantes, pues caso contrario no podríamos hablar de un contrato.

⁷⁴ Véase, artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁷⁵ Véase, artículo 1561 de la Codificación del Código Civil, vigente.

Las cláusulas exorbitantes de los contratos administrativos otorgan a la administración pública el derecho a exigir del cocontratante la continuidad en la ejecución contractual en toda circunstancia, a excepción de las causas imprevistas debidamente justificadas como fuerza mayor o caso fortuito que analizaremos más adelante, así mismo le facultan el derecho de dirección y control, potestad limitada de modificar las cláusulas del contrato administrativo, poder de rescindir el contrato administrativo, sea unilateral o de común acuerdo, y poder de aplicar sanciones, sean éstas pecuniarias o administrativas; por ello, en el siguiente acápite vamos a desarrollar sucintamente las principales cláusulas exorbitantes según la doctrina comparada.

1.2.2 Principales cláusulas exorbitantes

Continuidad

La esencia de todo contrato es el principio *pacta sunt servanda*, es decir que es un derecho de todo cocontratante exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas contractualmente; inclusive, con más justificación en los contratos administrativos considerando su obligación de satisfacer las necesidades públicas, su régimen jurídico permite a la administración exigir al contratista la ejecución contractual continuada bajo toda circunstancia sin interrupción alguna⁷⁶.

La doctrina sostiene que esta facultad de exigir la ejecución considerada como cláusula exorbitante no puede ser confundida con la facultad de todo contratante público o privado de exigir el cumplimiento de la prestación a su contraparte, se trata más que eso: la administración tiene la

⁷⁶ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 447.

potestad legal de exigir el cumplimiento aun cuando no tenga razón. No obstante, no concordamos literalmente esta posición, pues como hemos manifestado anteriormente la administración tiene facultades que le otorga la ley con la finalidad de precautelar el bien común, actos que deben estar plenamente justificados y motivados para su ejecución, mas no a su libre albedrío.

Por otro lado, en antítesis de la posición referida en el párrafo que antecede, la doctrina francesa manifiesta que estas facultades son propias del poder que no nacen del contrato, ni siquiera del contrato administrativo, son competencias propias de autoridad, el contrato no puede ser obstáculo para el ejercicio normal de las competencias administrativas⁷⁷.

En síntesis, la administración tiene el derecho de exigir a su contratista la no interrupción de la ejecución del contrato, de modo que, en principio, no se vea interrumpida o suspendida por causa alguna⁷⁸.

La aplicación de esta cláusula se fundamenta en la prevalencia del interés general sobre el particular, presupuestoque es considerado por la doctrina comparada una suerte de subordinación jurídica en que se encuentra el contratista frente a la administración; no obstante, es preciso acotar a criterio personal que esta cláusula de continuidad en esencia no es como la doctrina la presenta, por el contrario, existen excepciones que limitan su extrema interpretación.

La administración pública tiene la potestad de exigir al contratista la continuación o ejecución del objeto contractual, pues el contrato sigue siendo ley para las partes, adicionalmente, recogiendo que el interés general

⁷⁷ Frank Moderne, *Las transformaciones contemporáneas del contrato administrativo en el derecho francés*, 274/275.

⁷⁸ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, (Buenos Aires 1997) 347.

prevalece sobre el interés particular, y lo que trata de salvaguardar este régimen jurídico especial es el fin común; sin embargo, es preciso acotar que esta potestad tiene excepciones, el contratista queda liberado del cumplimiento de sus obligaciones contractuales total o parcialmente, si las circunstancias obedecen a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, las mismas que deben ser justificadas como tal.

Así mismo como hemos manifestado anteriormente⁷⁹, el contrato administrativo se rige por el principio de la buena fe, en consecuencia, esto significa que las partes contractuales tienen derecho a exigir el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a las estipulaciones contractuales, no obstante, la excepción de la ejecución forzada por parte de la administración obedecería a situaciones imprevistas que no son posibles de resistir, tales como la fuerza mayor o caso fortuito, que volverían al objeto inejecutable, por tanto, razonablemente la administración tiene la obligación de valorar la continuidad de la ejecución del contrato, o en su efecto, resciliar el instrumento contractual de común acuerdo, obviamente atendiendo el interés público, pero también aplicando criterio jurídico en las decisiones que tome la administración y que podrían afectar en la vía jurisdiccional.

Ius Variandi

Las partes en cualquier instrumento contractual, sea privado o público, parten de diferentes intereses, por un lado está la obligación de cumplir el objeto contractual aplicando su arte u oficio con la finalidad que cuyo esfuerzo sea reconocido económicamente, y por otro recibir satisfactoriamente lo contratado; en el mismo sentido, en lo concerniente al

⁷⁹ Véase, numeral 1.1.3, *Principios del Contrato Administrativo*, de la presente investigación.

contrato administrativo a la administración pública persigue el cumplimiento del objeto de contratación que tiene como finalidad satisfacer las necesidades públicas, y por el lado de su contratista particular su exclusivo beneficio es el reconocimiento económico.

El llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual el *pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*⁸⁰.

Es preciso acotar que la atribución para modificar el contrato administrativo no constituye un “derecho” de la administración pública, sino una “potestad” o “prerrogativa” de la misma; por tanto, la administración no podría renunciar en forma alguna al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las potestades, contrariamente a lo que ocurre con los derechos, no son renunciables⁸¹.

En este punto, cabe recordar a Mairal quien sostiene la peligrosidad de la estipulación de estas cláusulas sin sustento en norma legal alguna, criterio que compartimos, y que guarda conformidad con el principio de legalidad y al hecho que esta prerrogativa del *ius variandi* tiene límites al momento de su ejercicio, lo cual supone una garantía para el contratista privado, impidiendo un abuso por parte de la administración al imponer modificaciones ilimitadas.

Los límites a esta prerrogativa que la posición crítica sostiene que deberá estar sustentada en la ley, obedecen a que la administración está obligada a justificar técnica y jurídicamente las nuevas necesidades o causas

⁸⁰ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 768/769

⁸¹ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 474.

imprevistas que ocasionen la modificación a ciertas especificaciones técnicas para el cumplimiento de la ejecución contractual, mas es imposible e ilegal la reforma a la esencia del objeto contractual, tal como equívocamente explica García de Enterría⁸², así mismo, otro límite es la compensación económica a las modificaciones que el contratista privado deba realizar en la ejecución contractual, en aras de mantener el equilibrio financiero del contrato y precautelar los recursos públicos.

En tal virtud, estas prerrogativas de la administración pública tienen fundamento en el derecho, por tanto no se altera en forma alguna los principios bases de la contratación en general como el *pacta sunt servanda*, por el contrario, estas cláusulas prevén las obligaciones de las partes que deben ser cumplidas conforme a estos presupuestos básicos, potestad ejercida por la administración pública en atención al interés público de manera razonable, aplicando objetivamente los límites que establezca cada ordenamiento jurídico especial.

Dirección y Control

El Estado celebra el contrato administrativo para cumplir una finalidad que le es propia, el interés común, del cual es responsable, por ello debe asumir la dirección y control del contrato, a los fines de asegurarse que el contratista particular no sólo cumpla las obligaciones asumidas del modo convenido, sino también para que lo haga del modo que resulte más satisfactorio a la consecución del interés público⁸³.

Esta prerrogativa es un medio que contribuye a una administración pública eficaz para la consecución de los objetivos públicos de satisfacción

⁸² Véase cita 80 del presente estudio.

⁸³ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 505.

del interés público, exigiendo al cocontratante particular el cumplimiento de lo convenido; es decir, conforme hemos estudiado la formación del contrato administrativo, podemos apreciar que los acuerdos alcanzados obedecen a la propuesta de un servicio por parte del particular que satisficiera las necesidades públicas, y que por su adhesión a los términos y condiciones previstos en las bases precontractuales se consideró su oferta como la más idónea y conveniente a los intereses del Estado. En resumen, la dirección y control trata de precautelar que lo convenido sea cumplido a cabalidad conforme a los aspectos técnicos y económicos estipulados.

Escola, señala que los poderes de dirección y control abarcan tres aspectos distintos de la actividad del cocontratante particular, técnico, económico y legal⁸⁴.

Al respecto, concordamos con Escola, son los aspectos esenciales en los objetos contractuales de la administración pública, por ejemplo, sobre el aspecto técnico cuyo contenido es las especificaciones de este orden que se deberá observar estrictamente para el cumplimiento del objeto, así mismo, el aspecto económico, el cual está sujeto a un presupuesto determinado por la administración y ofertado a través de una lista de precios unitarios por cada rubro que deberá ser aplicado objetivamente con la finalidad de precautelar los recursos públicos previo a los pagos respectivos de avance del servicio u obra, y, el aspecto legal, pues es obligación de la administración ejercer el control sobre el contratista para el cumplimiento del ordenamiento jurídico que rige para estos contratos, atendiendo el principio de legalidad.

⁸⁴ Héctor Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, 1977), 389.

En este sentido, la doctrina comparada sostiene que esta cláusula de dirección y control ubica al contratista particular en una posición de subordinación frente a la administración pública, en razón que debe cumplir las órdenes que ésta última disponga para el cumplimiento cabal del objeto contractual, a nuestro juicio discrepamos absolutamente, pues estas facultades surgen del ordenamiento jurídico, ósea son debidamente reglamentadas, objetivas, no cabe discrecionalidad por parte de la administración evitando el abuso de poder, igual sentido ocurre en los contratos de carácter privado, el cual también permite fiscalizar por una parte el cumplimiento cabal de las obligaciones estipuladas dentro el plazo acordado a la otra; por ello, considero que no se trata de subordinación, simplemente vigilar el cumplimiento cabal de lo acordado, más aún precautelar los recursos públicos, conforme a la obligación que tiene la administración pública prevista en el ordenamiento jurídico, actuaciones y decisiones que estarán posteriormente sujetos a control por parte de los entes de control que examinarán la debida aplicación del principio de legalidad.

Sanción

Esta prerrogativa tiene estrecha relación con la potestad de dirección y control, pues la existencia de esta potestad sancionadora surge ante los incumplimientos de las obligaciones contractuales y de las directrices impartidas por parte de la administración.

La doctrina sostiene que esta cláusula opera como principio, es decir que operaría aun cuando no se encuentre estipulada en forma expresa en el contrato⁸⁵, lo cual tiene sentido, pues existen distintas sanciones que el

⁸⁵ Héctor Escola, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, 1977), 409.

ordenamiento jurídico faculta a la administración, entre las cuales podríamos analizar las pecuniarias y rescisorias.

Las sanciones pecuniarias obedecen a la estipulación de multas razonablemente adecuadas a la gravedad de la falta, que consisten en el pago de una suma cuantificable en el caso de que el contratista particular incurra en incumplimientos parciales que provoquen la demora o retardo injustificado en la entrega del servicio u obra.

Las sanciones rescisorias responden a graves, irreversibles incumplimientos que tornan inejecutable al contrato, y conducen a la decisión por parte de la administración en dar por terminado unilateralmente el contrato, incluyendo en este procedimiento el resarcimiento económico a favor del Estado por los perjuicios causados.

Para algunos estas sanciones son una amenaza que pesa el contratista frente a su eventual incumplimiento; otros la definen como un mal que pesará sobre el causante de aquella⁸⁶; no obstante, esta prerrogativa es un derecho de sanción que posee la administración pública, la cual es indispensable y admitida por la ciencia jurídica como medio efectivo para asegurar la debida ejecución del objeto contractual, así como de las directrices impartidas por parte de la administración que busca exclusivamente satisfacer el interés público.

En esencia, podemos deducir que esta potestad no busca sancionar discrecional o subjetivamente, sino asegurar la realización del contrato que es lo que le interesa al ente público, para satisfacer las necesidades públicas. En este contexto, es preciso destacar lo que dice Sayagués Laso: “En la

⁸⁶ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 568; Miguel Montoro, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, (Nauta, Barcelona) 336.

contratación administrativa lo fundamental es que el particular (cocontratante) cumpla, por ello las sanciones se inspiran en esa finalidad”⁸⁷.

Por esta razón, consideramos que es importante la estipulación expresa de la sanción pecuniaria en el contrato, como medida objetiva para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, en razón de que al estar los contratos administrativos subordinados al principio de legalidad, la aplicación de sanciones, sean pecuniarias o rescisorias, debe ser plenamente objetiva y expresa.

Rescisión

Hay que diferenciar la rescisión unilateral con la rescisión en general, en síntesis, la potestad de rescisión unilateral opera exclusivamente como sanción por la culpa o negligencia cometida por el cocontratista particular; y, la rescisión o revocación es la vía jurídica para lograr la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con todas las consecuencias derivadas de ello, entre las cuales, es el derecho del cocontratante a ser resarcido⁸⁸.

La rescisión es un término que se utiliza como sinónimo de nulidad, utilizado también en el ámbito civil, como una pena o sanción establecida por la ley para los que ejecutan o celebran un contrato contraviniendo ciertas disposiciones legales.

En los contratos administrativos existe la posibilidad de que la administración efectúe una rescisión unilateral de las obligaciones contractuales, pero: “la rescisión unilateral también puede proceder a pedido del contratante, a raíz de actos o comportamientos de la administración

⁸⁷ Sayagués Laso, citado por Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 570.

⁸⁸ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), Tomo III-A, 406.

pública. Pero mientras la rescisión unilateral por culpa del cocontratante la dispone directamente la Administración Pública, cuando se trata de la rescisión unilateral por culpa de esta última, dicha rescisión debe ser pedida por el contratante a la autoridad judicial competente”⁸⁹.

En este contexto, tal facultad es exclusiva de la entidad pública que la puede hacer vía administrativa en ejercicio del *ius imperium*, pero por otro lado, el contratista particular también puede solicitar la rescisión del contrato, pero únicamente por vía judicial.

Interpretación Unilateral del contrato

Esta prerrogativa autoriza a la administración pública contratante a practicar la primera interpretación de los textos contractuales frente a un conflicto de intereses con el contratista particular, y disponer la ejecución contractual inmediatamente.

Parada manifiesta que esta prerrogativa puede llegar al extremo de invertir un principio del derecho civil que impide que aquel que redactó una cláusula pueda beneficiarse con su oscuridad⁹⁰.

La doctrina comparada reiteradamente sostiene que estas prerrogativas gozan de una exorbitancia en comparación al derecho común; no obstante, en varias ocasiones hemos citado a uno de los críticos del contrato administrativo, Héctor Mairal, cuya posición se concentra en el espíritu del principio de legalidad, ya que exige que las prerrogativas estén reguladas en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de limitar el poder y evitar la discrecionalidad de la administración pública.

⁸⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), 404.

⁹⁰ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, (Madrid, 1992), 273.

En este sentido es preciso acotar que en la actualidad varios países de Sudamérica⁹¹ implícitamente han acogido esta posición, puesto que han previsto estas potestades en su régimen jurídico, regulando la actuación del poder estatal desde el punto objetivo y legal, siendo por hoy la interpretación unilateral del contrato la aclaración de un texto que resulte oscuro, pero en ningún momento desvirtuar el texto estipulado en la esencia en que las partes pactaron.

En consecuencia, en nuestro criterio esta prerrogativa como la denomina la doctrina comparada, es limitada, sujeta al principio de legalidad, por tanto, disentimos con la posición de Parada, pues no pone en riesgo ningún principio del derecho civil, ámbito en el cual también las partes de común acuerdo interpretan sus acuerdos contractuales. No obstante, en los contratos administrativos aplican la interpretación unilateral, en razón del principio de celeridad en la ejecución contractual con la finalidad de atender las necesidades públicas, la que no puede ser extensiva en base al principio del derecho público que obliga a la administración a ejercer sus potestades previstas en la ley, caso contrario, estaríamos en un escenario de abuso de poder por parte del Estado frente al contratista particular, éste último garantizado con los mecanismos de defensa que la ley prevé.

⁹¹ Véase, Reglamento de la Ley No. 19.886 aprobado mediante Decreto 250 de 09 de marzo de 2004 y publicado el 24 de septiembre de 2004 (Chile); Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, expedida mediante Decreto No. 1023/2001 (Argentina); Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ecuador); Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Colombia), link:<http://sintesis.colombiacompra.gov.co/>.

1.3 EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como lo manifestamos anteriormente en el acápite de los principios de los contratos administrativos, en materia contractual la autonomía de la voluntad es la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración⁹².

La doctrina comparada chilena manifiesta que la piedra angular sobre la que descansa el contrato es el consentimiento, esto es, el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico, acuerdo destinado a crear obligaciones, si él no lo hay⁹³.

En este contexto el consentimiento es el acuerdo de voluntades de las partes sobre un objeto jurídico lícito, por tanto partiendo de que el contrato es un acuerdo bilateral, el acuerdo constituye elemento sustancial para su existencia como tal.

La doctrina ha manifestado para que la voluntad de las partes genere un contrato es necesario que ella sea seria y que se exteriorice; es decir, voluntad seria es la intención de producir un vínculo obligatorio que cree derechos y obligaciones jurídicamente exigibles; y, que esta voluntad se exteriorice, que sea una manifestación expresa, declarada⁹⁴.

Para Alessandri existe un conflicto entre la voluntad real y la voluntad declarada, pues la primera por imprecisión del lenguaje, por no ser seria, por error o por cualquier otra causa voluntaria o involuntaria, no concuerde con la voluntad declarada, mientras ésta muestra expresamente lo querido por su autor, cuando lo

⁹² Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Editorial Jurídica de Chile), 10.

⁹³ Arturo Alessandri Rodríguez, *obra citada*, (Editorial Jurídica de Chile), 6.

⁹⁴ Arturo Alessandri Rodríguez, *obra citada*, (Editorial Jurídica de Chile), 68-69.

realmente querido haya sido otra cosa muy diversa; al respecto, existen dos teorías, *la de la voluntad, y la de la declaración de voluntad.*

1.3.1 Teoría de la voluntad

En síntesis, para esta teoría en caso de desacuerdo entre ambas voluntades, debe prevalecer la real. Demogue, considera que si la fuente del contrato es la voluntad de las partes, si su elemento esencial es esta voluntad, y no la forma como ésta se manifiesta, el contrato no puede producir otros efectos ni tener otras consecuencias que los realmente deseados por sus autores, garantizando la plena libertad de las partes⁹⁵.

Esta teoría prescinde en absoluto de una característica esencial de todo contrato, el formalismo que obedece al sentido formal que se requiere para la expresión de la voluntad de las partes. Ajustándonos a la teoría en análisis, para nuestro criterio no tiene sentido jurídico esta posición, el acuerdo entre dos o más personas para que genere derechos y obligaciones vinculados con un objeto jurídico, es imperioso que su voluntad debe ser expresa, escrita en el instrumento contractual.

1.3.2 Teoría de la declaración de voluntad

En una posición totalmente contraria a la teoría anterior, ésta sostiene que en caso de desacuerdo de ambas voluntades, debe prevalecer la declarada. Para Coviello, el Derecho protege a la voluntad declarada, pero no el simple acto material de la declaración⁹⁶.

Concordamos con esta teoría, pues desde el punto de vista lógico, para que la voluntad exista es indispensable que conste expresamente en un documento que garantice el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, que

⁹⁵ Demogue, *Traité des obligations en general*, (Tomo I), 86.

⁹⁶ Coviello, *Doctrina General de Derecho Civil*, (Versión Española Cuarta Edición Italiana), 399.

incluso evite que las decisiones judiciales sean discrecionales, manteniendo un criterio objetivo, brindando a las partes seguridad jurídica.

En razón de esta teoría de la declaración de voluntad, las partes pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley, esta libertad de contratación resulta legítima en el ámbito privado, lo que no sucede en el ámbito público en que la ley prescribe varias clases de contratos atendiendo el objeto de contratación; no obstante, esto no quiere decir que se afecta la autonomía de la voluntad de las partes, simplemente es un tema de juridicidad.

Generalmente, en los contratos públicos o administrativos una de las partes, el Estado, impone las condiciones del contrato, a las cuales el otro, el particular, se limita a adherir. La doctrina ha denominado a los contratos administrativos como instrumentos de adhesión, ya que como hemos analizado la formación de estos contratos en el desarrollo de sus etapas deriva en la formación de la voluntad de las partes, la que siempre será expresa, o declarada.

1.3.3 Formación de la voluntad de los Contratos en general

Para que el contrato se forme no basta la voluntad de cada parte manifestada en alguna de las formas que hemos señalado. Es menester que ambas voluntades concurren en un mismo momento y sean concordantes. En otros términos, que haya consentimiento, esto es, acuerdo de voluntades sobre un objeto jurídico. Lo que constituye el contrato es este acuerdo⁹⁷.

Conforme lo sostiene la doctrina comparada chilena, también existen etapas previas a la formación de la voluntad de las partes en los contratos del derecho común, existiendo acuerdos instantáneos los cuales simplemente se resumen en la proposición de una parte y la aceptación de la otra; sin embargo, en otras la

⁹⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Editorial Jurídica de Chile), 83.

celebración del contrato supone un periodo más largo, durante el cual las partes cambian opiniones, discuten, negocian. A este período coincidentemente lo denominan precontractual, cuyas fases son similares a las previstas para la formación del contrato administrativo, tales como acuerdos preparatorios, oferta y aceptación.

En este sentido, si bien los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes necesariamente es el Estado; que su objeto está constituido por un fin público y que llevan insertas cláusulas exorbitantes, dichas circunstancias no obstan para que en los contratos administrativos también se apliquen principios y normas generales del derecho común, pues en esencia es un contrato.

El principio *pacta sunt servanda* es propio en los contratos privados, incluso en los administrativos, pues brinda la seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, atendiendo desde su concepción “lo pactado debe ser cumplido”, lo cual obedece a que el contrato es ley para las partes, rescatando la igualdad jurídica que primordialmente debe existir entre las partes.

A nuestro juicio la igualdad de las partes en el contrato administrativo no es un mito, por el contrario se aplica en todo su contexto, lo que le diferencia del contrato privado es el régimen jurídico especial que rige para el contrato público, el imperio de la juridicidad que impide que la administración pueda decidir libremente, por tanto, podemos entender que la libertad contractual más bien es regulada por el ordenamiento jurídico que obligatoriamente la administración debe observar, mas no libremente por ésta, siendo el contratista particular quien se adhiere a todas las condiciones previstas durante un proceso precontractual que formó y exteriorizó la voluntad de éste último.

Una vez que hemos desarrollado doctrinariamente al contrato administrativo y sus cláusulas exorbitantes, determinando nuestra posición en base de ciertos criterios, y discutiendo otros, es necesario desarrollar sus efectos frente al ordenamiento jurídico de nuestro país, con la finalidad de aclarar la perspectiva referida en el párrafo que antecede.

CAPITULO SEGUNDO

2.1 EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ECUADOR

Como hemos analizado en el capítulo precedente, existen varias potestades de la administración pública que para la doctrina comparada gozan de exorbitancia frente al derecho común, las cuales en el presente apartado las analizaremos desde el punto de vista de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano.

2.1.1 Efectos de las cláusulas exorbitantes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para comprender objetivamente sobre las potestades que otorga la ley a la administración sobre los contratistas particulares en los contratos administrativos, es necesario hacer un breve comentario sobre los antecedentes de la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico.

Las primeras normas legales que regularon la materia contractual de obras públicas en el Ecuador, tienen su origen desde su nacimiento como república, tales como la Ley de Concesiones, Ley de reparación de puentes y caminos, Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas⁹⁸, cuerpos legales cuyo cometido era regular relativamente las contrataciones de obras del Estado. Sin embargo, la falta de disposiciones legales objetivas, permitían abusos de poder en las actuaciones administrativas, tales como contrataciones directas sin motivación alguna,

⁹⁸ Ecuador, Ley expedida mediante Decreto Supremo 679 y publicada en el Registro Oficial número 159 del 27 de agosto de 1976.

inexistencia de un procedimiento para la formación de voluntades, falta de suscripción de contratos, prórrogas arbitrarias sin justificación, etc.

En 1990, se promulga la Ley de Contratación Pública⁹⁹, acogiendo varios principios del derecho administrativo imprescindibles para la formación del contrato público, orientadas a evitar la discrecionalidad del poder administrativo, previendo un control por parte de entidades de este ámbito; no obstante, este sistema se burocratizó en el peor sentido de la palabra, y surgieron abusos por parte de los entes de control que incomprensiblemente no cumplieron con su obligación de supervisar el estricto cumplimiento de las normas de la contratación pública, por el contrario, obedecían a intereses particulares, transgrediendo los principios de legalidad y celeridad administrativa para la satisfacción de las necesidades públicas.

La doctrina comparada en materia contractual administrativa ha permitido que nuestro ordenamiento jurídico se reforme positivamente. En la actualidad, se ha creado el nuevo sistema nacional de contratación pública a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁰⁰, cuerpo legal que recoge todos los principios¹⁰¹ estudiados en la presente investigación, y que en este capítulo los analizaremos desde su regulación en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La continuidad, es una de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo que como lo hemos manifestado, consiste en la facultad que tiene la administración pública de exigir al contratista privado la continuación de la ejecución

⁹⁹ Ecuador, Ley publicada en Registro Oficial 501 del 16 de agosto de 1990, necesaria para contar con un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la contratación pública en el Ecuador, conforme al desarrollo económico y técnico vigente, eliminando los casos de duda o los vacíos de las normas legales anteriores.

¹⁰⁰ Ley citada en el anterior capítulo de la presente investigación.

¹⁰¹ Véase, artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prescribe: "Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional".

contractual, en cualquier circunstancia¹⁰², de modo que no se vea afectada o suspendida por causa alguna el desarrollo del objeto contractual.

Esta prerrogativa ha sido regulada por el ente rector de la materia en estudio¹⁰³, que ha expedido mediante actos administrativos los modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales¹⁰⁴ que regirán obligatoriamente para todos los procedimientos de contratación que prevé la ley. En estos documentos ha tratado de suplir un vacío legal respecto a esta prerrogativa, estableciendo cláusulas de adhesión en las cuales el contratista se obliga a cumplir con la ejecución contractual ante cualquier circunstancia que se derive natural y legalmente del objeto del contrato y sea exigible por constar en cualquier documento del mismo o en norma legal específicamente aplicable, lo cual permite a la administración la aplicación de esta potestad; no obstante, nuestro ordenamiento jurídico impone una excepción a esta prerrogativa estatal, posibilitando al contratista justificar las situaciones que obedezcan a fuerza mayor o caso fortuito¹⁰⁵ con la finalidad de obtener prórrogas de plazo para el efectivo cumplimiento de sus obligaciones, estableciendo un pleno equilibrio en la voluntad de las partes.

Respecto a la fuerza mayor o caso fortuito, existe jurisprudencia¹⁰⁶ que coadyuva a la interpretación y aplicación de la definición amplia que nuestro ordenamiento jurídico prescribe, señalando que hay que considerar dos factores que

¹⁰² Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, 1983), Tomo III-A, 376.

¹⁰³ El ente rector del sistema nacional de contratación pública es el Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP, quien está facultada en dictar normas que regulen los procedimientos de contratación en sujeción a las normas legales de la materia.

¹⁰⁴ Véase, http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/cat_normativas/modelos_de_pliegos.

¹⁰⁵ Considerase causas de fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc., véase, artículo 30 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁰⁶ Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, [Resolución de Recurso de Casación de la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio verbal sumario que sigue Compañía E. CUABA S.A. en contra de la Compañía El Dorado C. A. de Seguros y Reaseguros], en Gaceta Judicial 8 de 13 de diciembre de 2001.

conforman la fuerza mayor o caso fortuito: la imprevisibilidad (no la imprevisión) y la irresistibilidad del acontecimiento, que juntándose en el ámbito contractual producen el efecto de que el contrato sea imposible de cumplir. Como dice Alberto Spota: *"El caso fortuito significa la imposibilidad jurídica o física de ejecutar la prestación debida, ello no ocurre en la imprevisión contractual: la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso del derecho"*¹⁰⁷.

En este contexto, es evidente que esta cláusula no es de ejecución forzada por parte de la administración, por el contrario, garantiza jurídicamente al contratista para justificar su retraso debido a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, con la consiguiente exención de responsabilidad, precautelando el interés público para que la ejecución contractual no sea suspendida sin justificación alguna.

Otra cláusula exorbitante analizada por la doctrina comparada, y que nuestro ordenamiento jurídico lo ha recogido como tal, es la potestad de control y dirección que tiene la administración pública frente al contratista. Potestad que pretende asegurar el fiel cumplimiento de la ejecución contractual, pues la satisfacción de la necesidad pública es obligación del Estado, de ahí, el poder de vigilar a los particulares que actúan contractualmente como colaboradores suyos en el cumplimiento de sus objetivos institucionales.

Esta potestad tiene íntima relación con varias prerrogativas como la de la continuidad, la de interpretación unilateral del contrato, la sancionadora, pues, ésta permite a la administración exigir al contratista el cumplimiento de lo convenido, so

¹⁰⁷ Alberto Spota, *Instituciones del Derecho Civil, Contratos*, (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975), 358 y 539.

pena del régimen sancionatorio previsto en el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una de las facultades más importantes del Estado por su relación con las demás prerrogativas, así mismo, en nuestra opinión la más peligrosa en la caso de ser forzada por el desconocimiento o la mala fe, como lo indicaré a continuación.

Esta prerrogativa tiene un grado de responsabilidad muy alto, ya que la administración pública a través de sus personeros(administrador del contrato) es responsable no solo de velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista, sino también de coadyuvar para que el objeto contractual se lo realice del modo más satisfactorio a la consecución del interés público.

En la práctica esta potestad tan importante se ha visto afectada por pésimos funcionarios que en su calidad de administradores tergiversan su objetivo, adoptando acciones innecesarias que conllevan la aplicación de sanciones pecuniarias, en muchos de los casos la terminación unilateral del contrato, sin justificación alguna, transgrediendo la obligación constitucional de motivar las resoluciones de los poderes públicos¹⁰⁸, cuando el designio de la administración por un principio de responsabilidad frente al interés público es la consecución del objeto contractual mas no la imposición de sanciones; además frente a la obligación de la motivación por parte del Estado, a falta de ésta, jurídicamente el contratista afectado estaría en su derecho de defensa y ciertamente a obtener un fallo favorable, afectando así los recursos públicos para enmendar el daño causado. Por esta razón, es importante regular detalladamente las funciones y responsabilidades de los administradores del

¹⁰⁸ Véase, artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República, que dice: Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

contrato, con el objetivo de observar al contratista como un socio colaborador de la gestión del Estado, para que éste último cumpla también con sus obligaciones frente a la sociedad.

Otro efecto de las cláusulas exorbitantes es el de modificar el contrato administrativo, que comprende la atención o satisfacción en la mejor forma las pertinentes necesidades públicas que pueden ser alteradas durante la ejecución contractual por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas. Ciertamente como hemos analizado tales modificaciones unilaterales serían imposibles en los contratos de derecho privado, en razón del principio de la inmutabilidad que tiene imperio en ese ámbito del derecho. No ocurre lo mismo en el derecho público, donde la necesidad de adaptar el contrato a las conveniencias generales produce un quebrantamiento de este principio de inmutabilidad, siendo la mutabilidad la consecuencia del carácter administrativo del contrato, carácter que se deriva de una serie de cláusulas exorbitantes.

En nuestra legislación, esta facultad se encuentra debidamente limitada, pues partiendo de lo que manifestamos anteriormente, el contrato administrativo es un contrato, por tanto sus estipulaciones son ley para las partes. Ahora bien, indiscutiblemente la administración pública tiene esta potestad modificatoria, así como el contratista particular tiene la obligación de aceptar las modificaciones, sin embargo no puede ser obligado por la administración pública a realizar una prestación que exceda de su capacidad técnica y económica. Esta potestad se traduce en las figuras jurídicas de contrato complementario, diferencia en cantidades de obra y ordenes de trabajo¹⁰⁹, siendo la primera un acuerdo bilateral entre las partes debido a circunstancias imprevistas, lo cual como hemos manifestado debe ser motivado por

¹⁰⁹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, véase artículo 85 y siguientes, que establecen las figuras jurídicas que permiten a la administración pública la aplicación de la prerrogativa *ius variandi* conforme a la definición determinada por la doctrina comparada.

parte de la administración, las otras figuras se manifiestan en decisiones unilaterales, con los límites previstos en la ley.

Los límites impuestos por la normativa legal obedecen a la objetividad que caracteriza al derecho público, evitando la desviación de poder de la administración pública que podría provocar la nulidad o rescisión del contrato, incluso con la finalidad de controlar el gasto público y mantener el equilibrio financiero a favor del contratista en las modificaciones contractuales. Por esta razón la administración pública debe motivar sus decisiones, previo a la modificación de las estipulaciones contractuales.

El poder de rescindir el contrato administrativo, es otro efecto de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo, obviamente consideramos como prerrogativa a la terminación unilateral por parte exclusivamente de la administración pública, mas no a la rescisión de común acuerdo entre las partes. La rescisión unilateral se vincula a razones de sanción por culpa, falta o incumplimiento de las obligaciones contractuales cometidas por el contratista particular, que no son susceptibles de justificación o remediación alguna.

En la legislación ecuatoriana esta potestad se encuentra regulada desde el punto de vista sustantivo y adjetivo; la aplicación de la primera se sujeta a las causas previstas en el ordenamiento jurídico en las cuales el contratista debe hallarse inmerso para que tenga efectos legales esta prerrogativa, no obstante, como lo manifestamos anteriormente, existe un procedimiento¹¹⁰ que garantiza el derecho a la defensa al contratista para que pueda justificar el incumplimiento de sus obligaciones, sea debido a causas de fuerza mayor o caso fortuito, o simplemente desvío de poder por parte de la administración, debido proceso reconocido

¹¹⁰ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, véase artículo 95; y, su Reglamento General expedido mediante Decreto Ejecutivo 1700 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, artículo 146.

constitucionalmente para el ámbito administrativo¹¹¹ que obligatoriamente debe observar la entidad contratante. La facultad decisoria de terminación unilateral del contrato administrativo por parte de la administración pública surte efectos una vez cumplido el procedimiento prescrito, acto administrativo que necesariamente para su validez debe ser motivado¹¹², y es susceptible de impugnación vía judicial por parte del contratista, sin que esta impugnación suspenda la ejecutoria de la decisión administrativa por parte de la administración pública, causando efectos jurídicos directos.

Es importante en esta potestad administrativa analizar el principio "exceptio non adimpleti contractus"¹¹³, ya que la doctrina comparada¹¹⁴ ha sostenido que esta excepción puede tener cabida en el contrato administrativo siempre y cuando el incumplimiento en que incurra la administración pública como parte contractual fuera de tal magnitud que generase la imposibilidad absoluta a su contratante para el cumplimiento de sus obligaciones, asimilando a las situaciones de fuerza mayor.

La jurisprudencia internacional ha mantenido la posición doctrinaria, señalando que la exceptio non adimpleti contractus puede ser opuesta por el contratista si existen pruebas de una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales, frente al incumplimiento de pago de la administración. La falta de pago o mora por parte de la administración no habilitaba por sí la ruptura,

¹¹¹ Ecuador, Constitución de la República, artículo 76.

¹¹² El ordenamiento jurídico de la República del Ecuador considera a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funda y se debe explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Véase, Constitución de la República, artículo 76, numeral 7, literal l).

¹¹³ La excepción de inejecución, excepción de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus es una excepción especial para los contratos bilaterales, por la que una de las partes contractuales puede lícitamente abstenerse de cumplir con su obligación en razón del incumplimiento de la otra parte.

¹¹⁴ Teorías de Escola, Bercaitz, Marienhoff, Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), 461 – 463.

no constituye objetivamente la razonable imposibilidad de cumplir con el compromiso contractual, no justifica la rescisión del contrato por la falta de pago¹¹⁵.

Esta posición doctrinaria y jurisprudencial internacional no es acogida en nuestro país, en razón de que nuestro derecho positivo desde 1990¹¹⁶ prescribe que la entidad contratante no podrá ejercer el derecho de terminación unilateral del contrato si se encontrare en la situación prevista en el artículo 1595 del Código Civil Ecuatoriano, (actual artículo 1568 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano)¹¹⁷. No obstante, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se ha reformado parcialmente tal disposición legal, en el sentido que el contratista podrá aducir mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la Entidad Contratante, únicamente cuando hubiere amortizado totalmente el anticipo que le fuere entregado y la entidad mantuviera obligaciones económicas pendientes de pago.

En este punto, es preciso acotar con jurisprudencia nacional respecto a este tema trascendental para la ejecución de esta prerrogativa, cuya inobservancia podría acarrear sendas demandas a la administración pública por la indebida aplicación; al respecto, en el caso judicial que el Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCVCía. Ltda. y Asociados, interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, dentro del juicio especial que por contratación pública sigue en contra del Ilustre Municipio de Cuenca, el mismo que elevado el proceso a la Corte Suprema de Justicia, por el sorteo legal correspondió su conocimiento a esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil,

¹¹⁵ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, [Fallos 316: 312 Cinplast IAPSA v. Entel s/ordinario], del 02 de marzo de 1993.

¹¹⁶ Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, [1990], artículo 110; *Ley de Contratación Pública, Codificación*, [2001], artículo 105. Leyes derogadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente en la actualidad.

¹¹⁷ 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 cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

recurrente que fundamentó incumplimientos por parte de la entidad contratante, los cuales no fueron observados previo a la aplicación y ejecución de la terminación unilateral del contrato, pese a la vigencia de norma legal que regía en el ámbito de la materia específica, resolviéndose jurisdiccionalmente de la siguiente manera:

“Uno de los artículos del mismo Título XXXIII, que el actor no citó en su demanda, es el 1595, que dice: "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 cumplirlo en la forma y tiempo debidos", regla que consagra el principio "exceptio non adimpleti contractus" (excepción de contrato no cumplido), comúnmente conocido en nuestro medio como "la mora purga la mora". Este mismo principio es recogido precisamente por la Ley de Contratación Pública, cuyo artículo 105 (antes 110), establece que la entidad pública contratante no podrá ejercer el derecho de declarar terminado el contrato anticipado y unilateralmente, si se encontrare en la situación prevista en el artículo 1595 del Código Civil, es decir si estuviere en mora en el cumplimiento de sus obligaciones con el contratista. La cuestión que cabe plantear en este punto es si, en cualquier contrato, administrativo o no, uno de los contratantes podrá fundar una demanda alegando el incumplimiento del otro, si él a su vez también ha incumplido el contrato. La respuesta aparece de la clara disposición del artículo 1595: si los dos contratantes han incumplido sus obligaciones contractuales, ninguno de ellos está en mora y por tanto ninguno de ellos puede demandar al otro. Este punto es crucial en este caso, pues la demanda del actor se fundamenta en el incumplimiento en que habría incurrido la Municipalidad de Cuenca y los artículos que cita en apoyo de su pretensión son precisamente los que se refieren a la mora en que podría estar incurso la entidad; pero a su vez la demandada, al contestar la demanda, afirma que los incumplimientos en que ha incurrido el consorcio contratista le llevaron a declarar la terminación anticipada y unilateral tanto del contrato principal como de los contratos complementarios y esos incumplimientos son expresamente señalados en la

resolución municipal. Y como se ha señalado ya, en la etapa probatoria se demostró que esta declaración de terminación se había llevado adelante con todos los requisitos legales, es decir la Municipalidad notificó al contratista sobre su decisión de terminar el contrato anticipadamente, con el señalamiento de los incumplimientos establecidos y la advertencia de que, de no justificarlos o remediarlos, se procederá a dicha terminación. Al no haberse producido la justificación ni la remediación por parte del contratista, se lo constituyó en mora, y en tal situación no podía demandar el incumplimiento de la entidad contratante, sin que previamente hubiese impugnado en la vía contencioso administrativa la resolución administrativa y obtenido una resolución favorable. Ahora bien, también se incorporó al proceso una copia de la resolución del Tribunal Constitucional, mediante la cual se rechaza la acción de amparo propuesto por el actor en contra de esta declaración de terminación. El Tribunal rechaza la acción porque considera que las discrepancias surgidas alrededor de la ejecución de contratos públicos no son susceptibles de ser conocidas y resueltas en una acción de amparo. En efecto, la decisión de la entidad de dar por terminado el contrato en forma anticipada y unilateral debía haber sido impugnada, no a través de la vía del amparo, sino con un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción. No se lo hizo oportunamente y el acto de la Municipalidad, no sólo que ha causado estado, sino que además no se ha desvirtuado la presunción de autenticidad y legitimidad de que gozan los actos de la administración. De tal manera que se concluye que desde un punto estrictamente jurídico, ha quedado definitivamente comprobado el incumplimiento del consorcio contratista, por lo cual, aun cuando la Municipalidad de Cuenca hubiese incumplido también con sus obligaciones contractuales, la mora del contratista purgaba la mora de la entidad y le enervaba el derecho de plantear judicialmente su reclamo de indemnizaciones. Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Cuenca y, por las razones expresadas en este fallo, rechaza la demanda propuesta por el Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados,

dentro del juicio especial que por contratación pública sigue en contra del Ilustre Municipio de Cuenca.”¹¹⁸.

Respecto a esta decisión judicial, cabe acotar que si bien el recurrente cometió un error al haber tratado de interponer un recurso constitucional por razones de incumplimientos contractuales los que obedecen a los acuerdos voluntarios de los contratantes mas no la vulneración de derechos constitucionales, lo cual era improcedente, no estamos de acuerdo con la valoración de los jueces sobre el principio *exceptio non adimpleti contractus* recogido por la ley vigente en ese momento, pues objetivamente la norma legal establece el impedimento a la administración pública del ejercicio de esta prerrogativa en el caso de que se hallare en mora del cumplimiento de sus obligaciones. En este caso en particular la entidad contratante se encontraba incurso en incumplimientos contractuales, lo que la ubicaba en situación de mora frente al contratista, por tanto, era improcedente la ejecución del procedimiento de rescisión unilateral del contrato administrativo. Sin embargo, los jueces no consideran el fondo de este punto trascendental para hacer justicia, por el contrario se limitan a aceptar el breve fundamento de la administración que se resume en los incumplimientos por parte de la contratista, no siendo éste el fondo de la cuestión, el debido proceso inobservado.

En la actualidad, conforme lo hemos manifestado, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha regulado la aplicación de esta prerrogativa de una forma muy particular, alejada a la doctrina comparada en general, siendo muy precisa en limitar al incumplimiento por parte de la administración pública en caso de mora,

¹¹⁸ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, [Juicio especial No. 7-2003 que por contratación pública sigue Juan Vivar Idrovo, en representación del Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca], en Expediente de Casación 40, publicado en Registro Oficial 414 de 06 de septiembre de 2004.

exclusivamente en los contratos que se ha previsto de un anticipo económico, y no conforme solo con esta particularidad, exige que el anticipo entregado este amortizado en su totalidad, es decir, que se encuentre plenamente justificado su gasto total; por tanto, solo en este caso el contratista podrá aducir incumplimiento por parte de la entidad contratante por mora, y ésta a su vez no podría iniciar el procedimiento de terminación unilateral del contrato público, reservándose el contratista el derecho a demandar la resolución del contrato.

En consecuencia, podremos manifestar que esta prerrogativa se encuentra debidamente regulada por el derecho positivo y adjetivo, pues para su aplicación la administración debe observar si su colaborador particular se encuentra incurso en las causales previstas en el ordenamiento jurídico¹¹⁹, y posteriormente, ejecutar el procedimiento establecido para este caso, lo cual conllevará la motivación adecuada para el acto administrativo que sustentará la decisión de terminación anticipada y unilateral del contrato administrativo, así como, la aplicación obligatoria del principio de legalidad que garantiza el ejercicio de la función administrativa.

Otro efecto de las cláusulas exorbitantes es la cláusula obligatoria de multas, la cual faculta a la administración pública a sancionar a su contratista particular, en caso de incumplimientos y tiende a conseguir la ejecución efectiva del contrato, a excepción en los casos de falta o incumplimiento se debieron a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. Estas sanciones son pecuniarias, y en caso de una falta grave

¹¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 94, causales de terminación unilateral del contrato administrativo: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. 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, 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.

es administrativa. En la legislación ecuatoriana, la estipulación de esta cláusula es obligatoria, en razón de que es necesario establecer el mecanismo que permita cuantificar el monto económico de ese incumplimiento, la falta de su estipulación acarreará la nulidad del instrumento contractual.

Con la finalidad de prevenir un desequilibrio económico del contrato, el legislador ecuatoriano ha regulado en la ley como causal de terminación unilateral el hecho de que las multas sobrepasen el cinco por ciento del monto contractual; no obstante es preciso aclarar que esta decisión es facultativa ya que se encuentra sujeta al análisis por parte de la administración de cada caso en particular siempre en función de la conveniencia del interés público; es decir, si conviene la continuidad de la ejecución contractual así haya el contratista sobrepasado el porcentaje referido por concepto de multas por incumplimientos. Por supuesto, si la decisión es continuar con el contrato, en la liquidación económica financiera se deberá deducir los valores que por concepto de multa se haya impuesto.

En este contexto, hemos analizado cada una de las cláusulas exorbitantes que conforman el contrato administrativo, así como sus efectos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las cuales están debida y objetivamente regladas, constituyendo una obligación de la administración pública el observar los presupuestos legales previos a la aplicación de las potestades estipuladas en las referidas cláusulas, lo que garantiza la seguridad jurídica para las partes, incluyendo obviamente al contratista, accediendo éste último a ciertos derechos, tales como exigir a la administración pública cumplir con sus obligaciones pactadas, el derecho a suspender la ejecución contractual con la debida justificación, el derecho a mantener el equilibrio o ecuación económica financiera del contrato.

2.1.2 Efectos de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo al principio de la autonomía de la voluntad en la contratación administrativa en el régimen jurídico ecuatoriano.

Como hemos explicado anteriormente, la autonomía de la voluntad en la contratación administrativa se forma a través de un proceso de varias etapas en las cuales cada una de las partes exterioriza y se adhiere a las condiciones previstas por el ordenamiento jurídico.

La doctrina comparada denomina a las resoluciones administrativas que ponen fin a cada etapa del procedimiento precontractual como actos separables, que exteriorizan la voluntad de las partes, teoría recogida en el sistema nacional de contratación pública ecuatoriano. En nuestro ordenamiento jurídico no existe cuerpo legal alguno que regule el derecho administrativo; no obstante, existe una normativa legal ecuatoriana, que si bien es cierto no tiene la jerarquía de ley, ni de reglamento, sin embargo es reconocida por el orden jerárquico de aplicación de normas prevista en nuestra Constitución de la República del Ecuador¹²⁰, aunque su ámbito de aplicación se limita a la administración pública central¹²¹, esta normativa es el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva – ERJAFE.

El ERJAFE establece que la formación de la voluntad de las partes en los contratos administrativos se prepara a través de los actos, hechos administrativos y los actos de simple administración, derivados de las etapas de la fase precontractual,

¹²⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, artículo 425: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

¹²¹ Considerase a la administración pública central a las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva de un Estado.

considerándose incorporados unitariamente, aunque son producidos de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad¹²².

Las entidades contratantes que no forman parte de la función ejecutiva, podrían aplicar esta normativa legal de forma supletoria, con la finalidad de resolver ciertos conflictos que surgen durante el proceso de formación de la voluntad de las partes, garantizando el espíritu de la teoría de los actos separables y la seguridad jurídica¹²³ en el proceso de formación de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato administrativo.

En este sentido, una vez que se ha formado la voluntad de las partes exteriorizadas en las estipulaciones de las cláusulas exorbitantes, cuyos efectos hemos analizado en el subcapítulo precedente, podremos decir que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra garantizado en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues en cada etapa de la fase precontractual previo a la formación del contrato administrativo existen las reglas legales objetivas y públicas a las cuales voluntariamente el oferente particular conoce y se adhiere a las mismas.

Finalmente es importante reiterar que los contratos administrativos se rigen a una normativa especial, a diferencia del contrato privado que también tiene su regulación jurídica que permite una amplia libertad de contratación, no ocurre lo

¹²² Ecuador, *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, publicado en Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002, artículo 76: “FORMACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- DE LOS ACTOS SEPARABLES.- En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas. Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación”.

¹²³ Consideremos a la seguridad jurídica como la obligación de toda autoridad y funcionario público de respetar la existencia de normas y disposiciones previas, claras y públicas, y aplicarlas, en orden de mantener el efectivo cumplimiento del sistema jurídico nacional. Véase, *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 82.

mismo con la administración pública que está obligada a observar y aplicar las normas jurídicas que regulan las relaciones contractuales con los particulares, quienes se convierten en los colaboradores de gestión del Estado, para el cumplimiento de las necesidades públicas.

En tal virtud, los efectos de las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo no vician el consentimiento como base fundamental de la autonomía de la voluntad, en razón del principio de legalidad que regula su formación y garantiza la seguridad jurídica para las partes.

3.1 CONCLUSIONES

El derecho común en los contratos privados permite la estipulación de obligaciones contractuales sin límites, simplemente el elemento sustancial es el acuerdo de las partes, en los cuales se pueden también pactar penalidades; estipulaciones que en el contrato administrativo se denominan “exorbitantes”; en consecuencia, tanto en el ámbito privado, como en el público, se establecen cláusulas de la misma naturaleza sin transgredir el principio de autonomía de la voluntad de las partes, únicamente con la diferencia de que en el primero se atiende al aforismo jurídico de que se puede hacer todo lo que permite y lo que no está prohibido por la ley; opuesto al segundo, que solo se puede hacer lo que se encuentra previsto en la ley, y lo que no está previsto se entenderá prohibido, en atención al principio de legalidad.

En razón de este principio de legalidad, las cláusulas exorbitantes nacen del ordenamiento jurídico especial que rige para los contratos administrativos, cuyas

normas son de aplicación estricta por parte de la administración pública, lo cual garantiza la seguridad jurídica en estos contratos, reglando la exorbitancia de estas estipulaciones contractuales, otorgándoles como característica el ser objetivas.

La objetividad se manifiesta en la motivación que es trascendental para la aplicación de estas cláusulas, y su ejecución sujeta a un debido proceso administrativo debidamente reglado, garantizando el derecho a la defensa del contratista particular, quien tiene alternativas legales para impugnar los actos que afecten sus intereses, sea en vía administrativa o judicial, incluso, los medios alternativos de solución de conflictos de mediación y arbitraje.

En síntesis, la autonomía de la voluntad en la fase precontractual del contrato administrativo en ningún momento es transgredida, o afectada, pues como lo hemos sustentado, el régimen jurídico para esta clase de contratos prevé su formación conforme a los principios legales, que brindan una adecuada seguridad jurídica a las partes, tanto a la administración pública como al particular, que a nuestro criterio es un importante colaborador del Estado para la consecución de sus fines, cumplir con sus obligaciones frente a las necesidades de la colectividad, por ello precautela sus intereses con mecanismo de defensa en caso de situaciones de abuso de poder por malos funcionarios de la administración pública, los cuáles han puesto en posición de crítica a la teoría del contrato administrativo.

4.1 BIBLIOGRAFÍA

4.1.1 Publicación

- Alessandri Rodríguez Arturo, De los Contratos, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- Bercaitz Miguel, Teoría general de los contratos administrativos, Buenos Aires, 1980, s.e.
- Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ta. Ed.
- Cabanellas Guillermo, Diccionario enciclopédico del Derecho usual, Buenos Aires, Editorial Eliasta, 1997.
- Canasi José, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1974, Tomo II.
- Cassagne Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Tomo I editorial Abeledo Perrot, 1999 - 2002.
- Coviello, Doctrina General de Derecho Civil, versión Española de la Cuarta Edición Italiana, Editorial Hispano – Americana, México, 1938.
- Diez Manuel, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1979.
- Dromi Roberto, Instituciones de Derecho Privado, Depalma, Buenos Aires, 1973.
- Dromi Roberto, Derecho administrativo, Buenos Aires 1997, s.e.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1967.
- Escola Héctor, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, 1977, s.e.
- Farrando Ismael, Contratos Administrativos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.
- García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial CIVITAS, Madrid, 2004.
- Garrido Falla Fernando, Tratado de derecho administrativo, Madrid, 1980, s.e.

- Jaramillo Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Loja, 1999.
- Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, 1983.
- Mairal Héctor, Licitación pública, Buenos Aires, 1975.
- Muñoz Machado Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Madrid, 2011.
- Pérez Hualde Alejandro, Contratos Administrativos II, Capítulo XIII, en Farrando Ismael – Martínez Patricia, Manual del Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, reimpresión 2000.
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua. Ed. correspondiente al 2011.
- Spota Alberto, Instituciones del Derecho Civil, Contratos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

4.1.2 Normativa Nacional e Internacional

- Ecuador, Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ecuador, Código Civil ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.
- Ecuador, Constitución de la República, publicada mediante Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada mediante Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.
- Chile, Reglamento de la Ley No. 19.886 aprobado mediante Decreto 250 de 09 de marzo de 2004 y publicado el 24 de septiembre de 2004.

- Argentina, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, expedida mediante Decreto No. 1023/2001.
- Colombia, Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

4.1.3 Jurisprudencia Nacional e Internacional

- Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, [Resolución de Recurso de Casación de la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio verbal sumario que sigue Compañía ECUABA S.A. en contra de la Compañía El Dorado C. A. de Seguros y Reaseguros], en Gaceta Judicial 8 de 13 de diciembre de 2001.
- Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, [Juicio especial No. 7-2003 que por contratación pública sigue Juan Vivar Idrovo, en representación del Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca], en Expediente de Casación 40, publicado en Registro Oficial 414 de 06 de septiembre de 2004.
- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, [Fallos 316: 312 Cinplast IAPSA v. Entel s/ordinario], del 02 de marzo de 1993.