

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

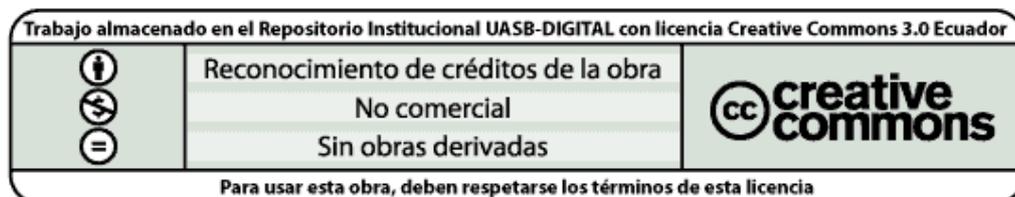
Mención en Derecho Administrativo

La responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de ejecución de obra

Autora: Karina Paola Castro Andrango

Tutor: José Luis Aguirre Márquez

Quito, 2016



Cesión de derechos

Yo, KARINA PAOLA CASTRO ANDRANGO, autora de la tesis intitulada *LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO Y EL ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:... 27 de junio del 2016.....

Firma.....

Resumen

Esta tesis estudia la situación de los contratos de particulares con el Estado, parte de las dos posiciones que existen en la relación contratante-contratista, una estará bajo principios de derecho público como es el de la prevalencia del interés general sobre el particular, y la otra bajo el principio de igualdad de las partes que, fundamentalmente, rige al derecho privado. Diversos factores han hecho que los contratistas padezcan inseguridad jurídica en los contratos administrativos, pues frente a un Estado que ostenta poderes omnímodos, este acude el principio de mutabilidad aplicable a los contratos de la Administración, lo que significa que esta se encuentra facultada para producir cambios que resulten necesarios en función del bien público; es decir, durante la ejecución contractual se podrán generar actos, hechos o conductas que el contratista no previó al momento de la suscripción del contrato. El denominado *ius variandi* y el hecho del príncipe son conceptos que llevarán a definir aquella potestad que tiene el Estado de modificar las reglas de juego; sin embargo, los cambios que se logran en el contrato administrativo deben llevar a sostener la obligación que tiene la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato de manera íntegra. No obstante, esto no puede ser posible si en el proceso precontractual y contractual no se establecen reglas y procedimientos claros de los que tanto oferente como contratista puedan hacer uso; es así que en los mecanismos que deberá utilizar la administración para restablecer el equilibrio económico están las potestades discrecionales, la inalterabilidad de las condiciones tanto precontractuales como contractuales, eliminación de la renuncia al reajuste de precios, que queda a discreción de la administración, cláusulas de renegociación e instrumentos de reclamación directa para que la administración reconozca el perjuicio económico. Todas aquellas modificaciones que alteran lo inicialmente pactado deberán ser resarcidas económicamente por la Administración.

Palabras clave: contratos administrativos; equilibrio económico; derecho administrativo; potestades discrecionales; responsabilidad contractual.

ÍNDICE

Introducción.....	6
Capítulo primero.....	9
La responsabilidad contractual	9
1.1. Contrato administrativo de obra	9
1.1.1. La responsabilidad contractual del Estado	14
1.2. Teorías de la responsabilidad contractual.....	17
1.2.1. El hecho del príncipe	18
1.2.2. Ius variandi	20
1.2.3. Teoría de la imprevisión.....	23
1.3. Elementos de la responsabilidad administrativa.....	28
1.3.1. Modificaciones contractuales previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	29
1.3.2. Modificaciones permitidas en los pliegos precontractuales	33
Capítulo segundo	39
Restablecimiento del desequilibrio económico contractual	39
2.1. Equilibrio económico en los contratos de obra	39
2.1.1. Causas del desequilibrio económico	43
2.2. Mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico.....	49
2.2.1. Teoría de la imprevisión como restablecimiento del equilibrio económico.....	49
2.2.2. Potestades discrecionales de la administración pública	51
2.3. Límites	54
2.3.1. Límite técnico	59
2.4. Eliminación de la renuncia al reajuste de precios en los contratos de obra	59
2.5. Inalterabilidad de las condiciones establecidas en los pliegos	60
2.6. Cláusulas de renegociación de contrato	61

Conclusiones.....	63
Bibliografía.....	66

Introducción

La contratación administrativa en los últimos años ha sido en el Ecuador uno de los ejes de la política del Estado, pues el auge petrolero llevó a una incesante y desmesurada ejecución de obras públicas. Las Instituciones del Estado, en su afán de cumplir con los objetivos del Estado constitucionalista de derechos, instituyó la importancia de la construcción de infraestructura como escuelas, unidades médicas, unidades judiciales, viviendas fiscales, entre otras.

Debido a la imperiosa necesidad de cumplir con los objetivos antes mencionados, aparecen los procesos precontractuales y contractuales, los cuales conducen a un contrato administrativo. Este es un acuerdo de voluntades entre un particular y la Administración, que tiende a producir obligaciones y que tiene como finalidad el interés público, que es lo que lo hace distinto de los demás, ya que dentro de él se hallan las denominadas prerrogativas estatales que son necesarias a la hora de hacer lo que se denomina la contratación administrativa; pero estas prerrogativas estatales también se fundamentan en principios como el *ius variandi*, hecho del príncipe y teoría de la imprevisión, que son paraguas que usa la administración para tomar decisiones unilaterales.

Con este antecedente, se puede decir que dicho contrato, como mira por el interés general, ve sacrificadas la igualdad y el equilibrio que priman en el derecho privado. Hay que tener presente que como hay un fin social y de correcta prestación de servicios, el contrato se rige bajo principios de continuidad, regularidad y colaboración; correlativamente, esto conduce a las potestades de dirección y control, sancionatoria, modificatoria, de interpretación, de modificación y ejecutoriedad de los acuerdos que tiene la administración. Sin embargo, dichas potestades no deben ser absolutas sino que deberán limitarse a causas legales.

Después de haber analizado lo que implica la celebración de un contrato con la administración, es decir, someterse a un régimen distinto al del derecho privado, se puede decir que no por ello el particular debe estar en inferioridad de condiciones en dicha relación contractual, por cuanto este tiene derecho a que se cumpla con las obligaciones asumidas por el contratante. Esto necesariamente lleva al concepto de responsabilidad contractual que tiene el Estado por todo aquello que los funcionarios en ejercicio de sus funciones ejecuten, es decir, todo lo que sus órganos realice será

imputable al Estado, exista o no una ilicitud, pues si sus efectos son injustos o provocan un daño es obligación el resarcimiento económico.

Es así entonces que surge la responsabilidad de la administración que, como se dijo en el párrafo precedente, es la obligación de reparar el daño por no cumplir en la forma debida lo acordado contractualmente, pero no solo en lo que respecta a las obligaciones sino también cuando se ha roto el equilibrio económico del contrato por el no acatamiento a cláusulas inicialmente pactadas y que, como es lógico, traen consecuencias extremadamente onerosas para el contratista. En efecto, si se habla de un rompimiento del equilibrio económico, es importante hablar de lo que constituye dicho equilibrio, que el profesor Libardo Rodríguez, en su trabajo sobre el *Equilibrio económico en los contratos administrativos*, manifiesta que es un principio de los contratos administrativos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si la administración rompe dicha equivalencia nace para el afectado en este caso el contratista, el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.¹

Como puede verse, el rompimiento del equilibrio económico ocasionado por decisiones unilaterales durante la ejecución contractual trae como consecuencia la obligación que debe tener la administración de reconocer un perjuicio, no obstante, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existen cláusulas que permitan dicho reconocimiento, ya que únicamente la administración se ha centrado en justificar sus decisiones unilaterales en las teorías sobre el *ius variandi*, hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión.

Ahora bien, una vez que se ha planteado la problemática en la que puede incurrir un contratista al celebrar un instrumento denominado contrato, es importante determinar que el riesgo y ventura al cual se somete desde la etapa precontractual no se vea inmensamente alterado, si bien es cierto que al participar en un proceso precontractual el oferente se somete a las reglas de juego y bajo su propio riesgo acepta las condiciones de participación y posterior ejecución contractual; es importante, establecer mecanismos que velen por el mantenimiento del equilibrio económico para

¹ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2012), 36.

que, en lo posterior, no se vean tanto contratante como contratista inmersos en situaciones de desequilibrio e inequidad que seguro traerán perjuicios al contratista.

Dichos instrumentos deberán ser los medios que permitan disminuir o mitigar los efectos de los hechos o circunstancias que puedan afectar lo inicialmente pactado; puesto que en el contrato se debe respetar la voluntad de las partes, es así que la administración y el particular tienen la posibilidad de incluir cláusulas que protejan a las partes de eventuales actos que sucedan en el devenir contractual. Dentro de esta lógica se encuentra la revisión o reajuste de precios, que constituye un mecanismo de resarcimiento al cocontratante que ha sufrido un perjuicio económico. En la legislación ecuatoriana sí se considera el reajuste de precios, pero en algunos contratos se ha estipulado su renuncia y el mecanismo se ha desvanecido. Por lo tanto, en este trabajo se tratará el tema de que en nuestra legislación se suprima la renuncia al reajuste contemplado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 31.

Por otra parte, también está la inclusión de cláusulas de renegociación que contengan causas por las cuales se llegue a reconocer un valor determinado por el rompimiento del equilibrio económico, analizando íntegramente las causas que lo deberán motivar para su revisión, de tal manera que se puedan ajustar las condiciones contractuales a la realidad. En fin, si la inalterabilidad de las condiciones establecidas tanto en la etapa precontractual como contractual se mantuviesen, la ruptura del equilibrio económico no estaría afectada, pero dadas las circunstancias de la ejecución contractual esto no ocurre. Por lo tanto, es necesario que la administración por esos cambios, que se pueden dar, está en la obligación de reconocerlos porque el derecho del contratista a reclamar lo que le ha sido perjudicado no debe ser discrecional para la Administración, sino más bien mandatorio en todos aquellos contratos que celebre.

En consecuencia, por ser una potestad de la Administración en los contratos administrativos la de modificar las cláusulas por motivos de interés público y si se sacrifica la igualdad y derechos que debe tener el contratista en la ejecución contractual, es obligación reparar el daño y este debe ser pecuniario, ya que el sacrificio de lo inicialmente pactado para el contratista rompe la ecuación financiera que es la igualdad entre las obligaciones y derechos que tiene el contratista, de conformidad a lo aceptado tanto en la etapa precontractual como de ejecución.

Capítulo primero

La responsabilidad contractual

1.1. Contrato administrativo de obra

El Estado dentro de sus fines tiene como prioridad el interés general, y este lo logra a través de los particulares que, sujetándose a las condiciones de la Administración, sirven como instrumentos de consecución de ese fin; es decir, a través del particular el Estado cumple sus objetivos de satisfacer el bienestar de la población. La obra pública es un modo de concreción a través de los cuales la Administración puede cumplir su fin de utilidad general, una vez establecido esto, para desarrollar el presente trabajo de investigación, hay que abordar al contrato de ejecución de obra.

Respecto del contrato de obra, algunos autores que han dicho lo siguiente:

La esencia del procedimiento contractual se encuentra fundamentalmente en las dos siguientes notas: 1. Por acuerdo de voluntades (de la Administración y del particular) se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes, 2. Estas relaciones jurídicas son de carácter bilateral: las partes quedan ligadas recíprocamente.²

Entonces, es un acuerdo de voluntades que obliga a ambas partes a asumir obligaciones. Sobre el tema continúan exponiendo los mismos autores:

El contrato es administrativo porque versa sobre un objeto peculiar, el servicio público, y de aquí la justificación de su régimen especial. (...), la cuestión está en saber si basta la referencia al servicio público, en cuanto posible objeto de un contrato celebrado por la Administración, para que dicho contrato sea calificado de administrativo. Mientras que para algunos es, desde luego tal referencia, otros entienden que debe ser completada mediante el criterio del régimen especial típicos de los contratos administrativos y que se manifiesta en la existencia de cláusulas exorbitantes, que le configuran como algo totalmente distinto de un contrato civil. (...). En efecto, estamos ante dos elementos distintos del contrato (el servicio público es el objeto, mientras que la cláusula exorbitante hace referencia al régimen jurídico) que cabalmente están ligados entre sí en relación de causa a efecto; las cláusulas exorbitantes son la consecuencia de que el contrato versa sobre un servicio público, y

² Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 2 (Madrid: Tecnos, 2012), 60.

porque se contrata sobre un servicio público el régimen es exorbitante del Derecho Civil.³

Respecto al contrato administrativo, Agustín Gordillo manifiesta que: “El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aún en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de ‘cláusulas exorbitantes’ al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado”.⁴ Esto significa que contratante y contratista tienen que estar de acuerdo, no puede hacerse de manera unilateral. Si la administración contrata:

Bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral;

Incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);

Se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;

Excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;

De carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvio: El contrato ha quedado sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.⁵

Siguiendo con el análisis de las definiciones sobre el contrato de obra pública hechas por algunos autores, Sayagués Laso establece:

El contrato de obra pública: Puede definirse como el contrato que la administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio.

Para que se configure este contrato debe existir necesariamente una administración pública como parte principal. La otra parte, denominada contratista, que toma a su cargo la ejecución de la obra, es generalmente una empresa particular.

Para que exista obra pública se requiere un trabajo o labor de construcción, modificación, reparación, o mantenimiento de un bien inmueble.

La obra ha de ser realizada por una entidad estatal. Se cumple el requisito cualquiera sea aquélla: Estado, gobiernos departamentales, entes autónomos o

³ *Ibíd.*, 65

⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 489-490.

⁵ *Ibíd.*

servicios descentralizados y la obra ha de realizarse en cumplimiento de los fines propios de la entidad estatal.⁶

Una vez analizado el concepto de contrato administrativo, es importante tratar los elementos del mismo, que son, a saber: subjetivo, material, objetivo y teleológico.

En el elemento subjetivo se requiere la existencia del Estado dentro de la relación contractual. El elemento material se refiere al origen de los recursos que necesariamente deberán ser o pertenecer al Estado. Para el elemento objetivo el objeto del contrato puede tratar sobre inmuebles, muebles y objetos inmateriales, por ejemplo el transporte de materiales destinados a la obra, los trabajos de estudios. El elemento teleológico, finalmente, se refiere a la finalidad que persigue la ejecución de la obra; es decir, esta tiene que ser realizada para la satisfacción de un interés general o colectivo.⁷

Ahora bien, una vez que se ha definido al contrato de obra que es objeto del presente acápite, se concluye que lo principal en dicho contrato es la finalidad que persigue el Estado con la ejecución de una obra pública, y esto precisamente se debe a que los habitantes de un Estado están a la espera de que sus representantes satisfagan el interés general. Andrea J. Lara señala que:

El contrato administrativo de obra pública es uno donde la potestad de dirección y control se pone de manifiesto con mayor intensidad. Esto es así porque, independientemente del riesgo asumido por el empresario, la obra es del Estado y se ejecuta para satisfacer una finalidad o interés público. (...). En el ejercicio de esta potestad, en este contrato se ven claramente dos consecuencias de la finalidad estatal, la subordinación jurídica del particular y su carácter de colaborador de la Administración.⁸

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro de los considerandos del Decreto Ejecutivo 1700 expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se expide el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se sostiene que “el sistema pretende que los recursos públicos

⁶ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed. (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 75-77.

⁷ El profesor Roberto Dromi manifiesta que “el elemento objetivo no necesariamente infiere en una obra, pues puede resultar accesorio a la ejecución de una obra, tal es el caso de los estudios, fiscalización, etc.”. *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004), 383.

⁸ Andrea Lara, *Dirección y control. La prerrogativa de dirección y control*. vol. 2 (Bogotá: Tecnos, 2012), 510.

que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, sirvan como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas”⁹.

En suma, puede decirse que uno de los objetivos fundamentales que tiene el Estado es la contratación de obras, ya que sirve como elemento que dinamiza la economía local y nacional y esto se debe a que si el Estado no ejecuta obras no se puede realizarse, por ejemplo, la comunicación entre una provincia y otra en el tema del mercado; por otro lado, también está la calidad de servicio público, pues sin obras la Función Judicial no habría cumplido con el nuevo modelo de gestión para acelerar el despacho de causas brindando un mejor servicio en edificios que ofrezcan una infraestructura adecuada.

En lo que a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se refiere, es importante resaltar que una vez cumplido el proceso precontractual la máxima autoridad de una institución adjudica el contrato que, para efectos de la ley, constituye “acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”;¹⁰ es decir, con la adjudicación nace el derecho y la obligación de la entidad contratante y del contratista de suscribir el contrato.

Respecto al contrato, la misma ley -en su Art. 60- determina: “Carácter de los contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley, celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”. Es así que, además de determinar la obligación de suscripción, la ley manda a que todas aquellas entidades que han concluido la etapa precontractual y han cumplido con los requisitos necesarios para la adjudicación, celebren contratos administrativos, siendo las instituciones las que constan en el siguiente listado:

1. Los organismos y dependencias de las funciones del Estado.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.

⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008. En adelante se citará como LOSNCP.

¹⁰ *Ibíd.*, Art.6, numeral 1.

5. 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.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.¹¹

El profesor Luis José Béjar Rivera expone que:

Lucero Espinoza explica que la adjudicación conlleva los siguientes efectos:

1.- Libera a los licitadores, cuyas ofertas hayan sido desestimadas, de cualquier obligación, así como a retirar documentos y garantías.

2.- Notificada la adjudicación al beneficiario, queda concertada la contratación, con independencia de su formalización en el instrumento respectivo; por ello, nace el derecho del adjudicatario de ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le ocasionen por la negativa del órgano convocante a la realización del contrato respectivo.

3.- Constituye un punto de partida conforme al cual comienzan a generarse los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.

4.- Obliga a la administración pública a mantener inalterables las bases de la licitación. (...).¹²

Con tales circunstancias y para efectos del presente estudio, se puede definir al contrato de obra pública como aquel que nace de la voluntad de las partes

¹¹ *Ibíd.*, Art. 60.

¹² Luis José Béjar Rivera, *Curso de derecho administrativo* (México, D.F: Novum, 2012), 301.

(Administración -Administrado), pues es una expresión típica de un acto bilateral cuyo objeto es la ejecución de una obra para satisfacer un interés general y cuyo contenido o naturaleza es distinta a la del derecho civil, pues se manejan cláusulas exorbitantes que únicamente pueden ser concebidas en el ámbito del contrato administrativo.

1.1.1. La responsabilidad contractual del Estado

Cuando la entidad contratante y el contratista suscriben un instrumento que contiene un acuerdo de voluntades que se denomina ‘contrato’, en el cual se han generado obligaciones que precisan qué es lo que cada uno está obligado a cumplir durante la etapa de ejecución; sin embargo, durante dicha fase pueden ocurrir eventos que impidan que el objeto contractual se concrete, pues el no cumplimiento por una de las partes no solo acarrea que la obra no se concluya, sino también a que todo aquello que la Administración había planificado inicialmente quedara afectado por la no realización de un contrato en particular.

Dichas circunstancias o eventos que afectan la ejecución del contrato son de naturaleza variada, ya que pueden originarse igualmente en el Estado o el contratista; no obstante, el presente estudio se centrará en el concepto de responsabilidad contractual del Estado, teniendo como base fundamental que la obra es del Estado y el contratista es un colaborador de la Administración. Este concepto lleva inmediatamente a determinar que la irresponsabilidad del Estado, que incluso se mantuvo durante la Edad Media, desde el siglo XIX se dejó de aceptar, pues era importante que la actuación del Estado se fundamentase en la legalidad; pero al inicio de esa responsabilidad se hizo hincapié únicamente en actos de gestión, regidos por el derecho privado y no por los actos de autoridad. “Era una responsabilidad asimilada a la de las personas jurídicas, o sea indirecta derivada de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Además, el Estado respondía en forma subsidiaria con el funcionario”.¹³ En la actualidad, en pleno siglo XXI, la responsabilidad mencionada ha tenido que cambiar de concepción toda vez que la administración responde de manera directa por las actuaciones de sus funcionarios, pues ahora si un funcionario no actúa

¹³ Luisa Fernández Mejía, *La responsabilidad contractual del Estado* (Bogotá: Jurídica Radar, 1987) 38.

responsablemente se entiende que el Estado es responsable, sin tener en cuenta si hubo o no culpa.

Siguiendo con el análisis, la Administración al ejecutar obras, adquirir bienes y prestación de servicios para satisfacer sus necesidades y los de la colectividad, recurre a los particulares para que estos, libremente, oferten lo requerido por esta. No obstante esa libertad de participación de los particulares, la Administración, para poder formalizar esa voluntad del particular para prestar una obra, bien o servicio, suscribe un contrato administrativo que, Ismael Farrando en su libro de Contratos administrativos, considera:

(...) los contratos administrativos son aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica.¹⁴

De lo expuesto por Farrando se puede inferir que en un contrato administrativo una de las partes se encuentra subordinada a la otra, pues en el contrato administrativo, aunque sea una declaración de voluntad bilateral, no significa que se encuentren en una relación de igualdad de condiciones, sino más bien de subordinación; una de ellas se halla en ejercicio de funciones administrativas. Sin embargo, la relación jurídica contratante-contratista que nace con la suscripción de un contrato administrativo no se puede centrar en una subordinación, ya que el particular, por el hecho de no ser público, no debe perder los derechos que le asisten. Y si este incurre en incumplimiento deberá responder por ellos, de igual manera la administración, que no se deberá amparar en sus potestades discrecionales para dejar de responder por los actos de sus funcionarios.

Dentro de la relación Estado-contratista es posible que ocurran eventos o circunstancias que dificulten o impidan que las obligaciones contractuales sean ejecutadas a cabalidad por las partes, llevándonos a un incumplimiento que no puede recaer exclusivamente sobre el contratista sino también sobre la Administración, y no porque esta, en ejercicio de sus potestades atribuidas lo realice sino porque dentro de un contrato pueden ocurrir situaciones que afecten el cumplimiento de una obligación

¹⁴ Ismael Farrando, *Contratos administrativos* (Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002), 411.

que se encuentra plasmada en el contrato y ha sido asumida por el Estado. Con estos antecedentes, la responsabilidad contractual del Estado es aquella que proviene de las relaciones contractuales establecidas entre las partes (administración-contratista) por los daños originados en la ejecución del contrato.¹⁵

Al comienzo del siglo XIX las circunstancias que modificaban las condiciones contractuales entre administración y administrado eran vistas como casos de fuerza mayor. El Consejo de Estado francés imponía a la Administración la obligación de reparar los daños causados por la pérdida de objetos del contratista, por la obstrucción de rutas debido a casos fortuitos o de fuerza mayor que impedían temporalmente la ejecución de la obra, los cuales conllevaban costos exorbitantes. A causa de estos antecedentes, en la primera mitad del siglo XX se desarrolló la teoría del contrato administrativo y la determinación de prerrogativas y responsabilidades de la administración pública.¹⁶

Sin embargo, para determinar la responsabilidad contractual del Estado existe la doctrina administrativa, que discute sobre las reglas que aplican a la responsabilidad en el contrato administrativo, especialmente en su relación con el Derecho Civil. Dicha doctrina, sostenida por los franceses, se fundamenta en que la responsabilidad administrativa no se encuentra investida de falta alguna por cuanto la Administración siempre tiene un interés común; en cambio en el Derecho Civil las partes, si bien se someten a unas reglas de juego y el contrato que lo suscriben es ley para cada una de ellas si se incumple una obligación, son responsables por ese incumplimiento.

En la actualidad se dice que la responsabilidad de la administración se limita a un daño que le es imputable y por el que deberá responder solo si se rompe el nexo de causalidad como la fuerza mayor, el caso fortuito o la teoría de la imprevisión se verá afectada la responsabilidad del Estado.

En la doctrina se manifiesta el siguiente enunciado:

El interés general inherente al contrato administrativo impone a la administración la responsabilidad de llevar a cabo la gestión administrativa relacionada con el contrato. Por consiguiente, debe adaptar los términos contractuales cuando aparecen nuevas condiciones y aunque éstas impongan gastos suplementarios. La rentabilidad pública del contrato sobrepasa su rentabilidad económica, lo cual la

¹⁵ Efraín Pérez, *Derecho administrativo*, vol. 2 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2009), 896.

¹⁶ José Luis Benavides, *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 134.

distancia de la lógica fundamental de la lógica privada, marcada por el éxito esencialmente económico del contrato, frente a la lógica administrativa, impregnada de la función pública inherente al contrato.

La estabilidad de las condiciones contractuales iniciales, fundamental en el contrato privado, es relativa en el contrato administrativo. Los intereses de la administración se revelan superiores a los intereses individuales del contratista.¹⁷

Lo antes expuesto lleva a concluir que el acuerdo de las partes inicialmente pactado con la Administración no es de carácter absoluto, por cuanto siempre existirá un interés general que limite el accionar de la misma y en miras a lograr ese interés deberá adaptar el contrato a la situación que más convenga. Pero la no estabilidad de las condiciones contractuales no queda ahí, sino más bien traerá como consecuencia la reparación de la Administración al contratista, la misma que deberá ser razonada conforme el cambio o modificación de lo inicialmente convenido; pues habrá que valorar el perjuicio que recae sobre el contratista, específicamente en las prestaciones contractuales inicialmente pactadas. La imputación del daño a la Administración o a alguno de sus órganos que lo conforman, tiene su causa en un incumplimiento contractual.

1.2. Teorías de la responsabilidad contractual

Dentro de la teoría novedosa del contrato administrativo que es sostenida por los franceses, aparecen las teorías de la responsabilidad contractual que tiene la Administración, las mismas señalan que:

Si las modificaciones imprevistas tienen por origen una acción lícita de la administración contratante, la teoría del hecho del príncipe debe aplicarse; si se trata de consecuencias de las condiciones físicas del terreno, es la teoría de las sujeciones imprevistas la pertinente, y si las alteraciones son fruto de modificaciones económicas inesperadas, el Consejo de Estado hace intervenir la teoría de la imprevisión". (...). Al álea administrativa corresponde el hecho del príncipe; al álea física, las sujeciones imprevistas, y al álea económica, la imprevisión.¹⁸

Es decir, la responsabilidad contractual sí ha sido prevista desde épocas anteriores porque, como se puede colegir de la cita, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y las sujeciones imprevistas vienen a dar un giro al contrato; puesto que

¹⁷ *Ibíd.*, 134-5.

¹⁸ *Ibíd.*

si bien no se espera que suceda algo concreto y definido en la ejecución contractual, se deben prever circunstancias ajenas al contratista por modificaciones hechas de parte de la Administración.

1.2.1. El hecho del príncipe

La doctrina ha definido al hecho del príncipe en los siguientes términos: “Acto o hecho emanado de la Administración, actuando en su carácter y condición de autoridad pública, que produzca un perjuicio real y cierto al cocontratante particular, que este no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y afecte de manera anormal o extraordinaria la ecuación económico-financiera del mismo”.¹⁹

Asimismo, se define al hecho del príncipe *stricto sensu* y *lato sensu* de la siguiente manera:

La expresión genérica incluye entonces todo acto, administrativo o legislativo, que afecta la ejecución de un contrato administrativo. Hecho del príncipe *lato sensu*. En un sentido amplio el hecho del príncipe designa toda medida emanada de cualquier órgano del Estado (legislador, Gobierno, autoridad administrativa, colectividad territorial, etc.) que afecta de cualquier manera la ejecución del contrato, bien sea directa o indirecta.

Hecho del príncipe *stricto sensu* el tratado de los contratos administrativos restringe la noción a los actos de la administración contratante que afectan la ejecución del contrato específico.²⁰

Se entiende entonces que el hecho del príncipe, en sentido *lato*, se refiere a la intervención de los poderes públicos, es decir, si cualquier órgano del Estado dicta una medida y esta recae sobre un contrato, ya sea de manera directa o indirecta y por ende incide en la ejecución, esta decisión constituye hecho del príncipe. Y siguiendo con el análisis *stricto sensu*, si la entidad contratante toma o dicta una medida reglamentaria de manera general y afecta al contrato, pues se está frente al hecho del príncipe en sentido estricto.

La diferencia entre el hecho del príncipe *lato sensu* y *stricto sensu* estaría entonces en que si la entidad, cualquiera que sea de manera general, dicta una norma y esta afecta a un contrato de otra entidad, constituye hecho del príncipe mencionado

¹⁹ Eduardo Emili, *El equilibrio contractual* (Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2002), 628.

²⁰ Benavides, *El contrato*, 434-5.

en primer orden; y, si la entidad contratante con la que suscribe el contrato dicta medidas de manera general que afecten al contratista, por ejemplo, normas de seguridad o ambientales, se estaría frente al segundo caso de hecho del príncipe.

Un ejemplo de hecho del príncipe *stricto sensu* se encuentra en las decisiones que toma la entidad contratante en los contratos de obras en donde inicialmente se pacta la ejecución de un trabajo en un determinado lugar y por dificultades de acceso al predio dichas obras no pueden ser ejecutadas, teniendo que asumir el contratista la carga económica de transporte hasta el nuevo sitio indicado.

Adicionalmente, el Decreto Ejecutivo No. 368, de fecha 30 de junio de 2014, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 288 de 14 de junio de 2014, en el cual determinan las “Normas que deberán aplicar en materia de contratación pública de ejecución de obra a cargo del Servicio Nacional de Contratación de Obras”. En las mismas se regula la creación de una comisión para resolver los problemas que surgen durante la ejecución de los contratos, y también la obligación de entregar una garantía adicional por el 100%, por 5 años, cuando se trate de procesos en los cuales se contrate consultorías.

Para el autor José Luis Benavides, las condiciones de aplicación de la teoría son:

Perjuicio cierto y directo. En primer lugar el daño debe ser cierto y directo. El perjuicio eventual no es indemnizable. En principio, todo perjuicio consecuencia del acto considerado hecho del príncipe es indemnizable, pero las medidas adoptadas para limitar los beneficios excesivos del contratista no son consideradas como hecho del príncipe.

Imprevisibilidad. Como complemento de la primera exigencia, el hecho del príncipe debe ser imprevisible al momento de celebrar el contrato.

Imputación del acto a la entidad contratante. En tercer lugar el origen del hecho nuevo caracteriza la teoría del hecho del príncipe. Las modificaciones a las condiciones de ejecución del contrato deben ser imputables exclusivamente a la administración contratante.

Carácter del perjuicio. La última condición es la relación que pone de manifiesto la complejidad esencial de la teoría. Todo daño cierto y directo es integralmente reparado.²¹

De lo antes expuesto se puede concluir que si existe un acto o hecho proveniente de la administración de efectos generales, llámese esta ley o reglamento, el perjuicio no se reconoce por cuanto son medidas que se toman en beneficio de una

²¹ Benavides, *El contrato*, 57.

colectividad; es decir, no son particulares y concretas. Contrario al hecho del príncipe *stricto sensu*, que proviene de la entidad contratante y que sí afecta de manera directa y particular al contratista, porque las modificaciones o alteraciones se ven reflejadas en los contratos con ellos suscritos.

Una vez que se ha estudiado la teoría del hecho del príncipe, se entiende que la Administración también tiene el poder de modificar el contrato, y este poder modificador se centra en el denominado *ius variandi*, que será analizado en el numeral a continuación.

1.2.2. Ius variandi

De acuerdo a esta teoría, en principio la Administración cuenta con la atribución de introducir modificaciones a las prestaciones de la contratista de manera unilateral, en ese sentido la doctrina se ha pronunciado señalando que:

El fundamento de esta mutabilidad deriva de la naturaleza administrativa del contrato y de la consecuente necesidad de adaptar el mismo a las conveniencias generales de la comunidad. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta atribución, entendemos que al igual que sucede con la “desigualdad”, se trata de una potestad de la Administración, ínsita en todo contrato de ese tipo, constituyendo un régimen exorbitante “virtual”, que existe y se aplica aún en ausencia de previsión expresa en el contrato. (...). El contrato entonces resulta mutable en beneficio de una sola de las partes, la Administración.²²

Si se analiza la citada definición, se encuentran conceptos como “potestad de la administración”, que conducen a tener en cuenta que la decisión de mutar o cambiar las condiciones del contrato administrativo es una característica intrínseca del mismo, y que aún sin estar de manera expresa en el documento, la Administración por buscar y procurar el bienestar de la colectividad tiene la potestad de hacer efectivo el denominado principio del *ius variandi*.

En el mismo sentido, otro autor muy destacado, Juan Carlos Casagne, manifiesta que: “En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del

²² Farrando, *Contratos*, 423-4.

acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi), interpretación, equilibrio financiero, etc.”.²³

Los ordenamientos jurídicos de ámbito internacional han reconocido la teoría del ius variandi dentro de su normativa aplicable, asumiendo la existencia de la potestad modificatoria que tiene la administración pública en los contratos administrativos; es decir, que el ordenamiento puede atribuir facultades de manera expresa a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en el contrato administrativo, actuando razonablemente dentro de los límites establecidos por la ley, sin alterar la finalidad del contrato y las obligaciones esenciales del mismo, teniendo siempre en cuenta que debe existir la correspondiente compensación económica al contratista, la cual permita mantener el equilibrio económico de la relación contractual.²⁴

El profesor Eduardo García de Enterría, respecto al ius variandi ha señalado que:

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 que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual-pacta sunt servanda, contractus lex inter partes.(...)el ius variandi se ha considerado siempre un poder irrenunciable de la Administración, que ésta podía ejercer en todo caso cuando el interés público lo hiciera necesario y en la medida en que realmente lo fuera. El ius variandi se presentaría como una manifestación más de los poderes generales de la Administración de imponer sacrificios a los ciudadanos, mediante adecuada compensación, en aras del interés general, al que deben estar subordinados en todo caso los puros intereses patrimoniales privados. Se trata pues, de una potestad general de la Administración, a la que esta no puede renunciar válidamente, de una potestad atribuida por el ordenamiento en consideración al interés público, cuya adecuada gestión no puede verse embarazada por ningún tipo de pacto o contrato, como es evidente.²⁵

La aplicación del ius variandi no debe implicar un perjuicio, al contrario, el contratista debe tener derechos garantizados por la prerrogativa que tiene la Administración; no debería alterar el fondo de lo inicialmente pactado. Mas, como se ha visto, en la actualidad se han dictado normas o se han tomado decisiones por parte

²³ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999), 15.

²⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 3 (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 334.

²⁵ Eduardo García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, vol. 1 (Madrid: Civitas, 2013), 787-790-1.

de órganos externos y propios de la entidad contratante en menoscabo de los contratistas, pues el ordenamiento jurídico nacional no garantiza el reconocimiento al contratista y, en más de una ocasión, altera incluso las condiciones económicas del contrato sin que sea retribuido.

Respecto a los derechos a favor del contratista como consecuencia del *ius variandi*, se pueden citar los siguientes:

Los quebrantos que las modificaciones produzcan a los administrados deberán ser resarcidos por la administración

Según el tipo de modificación, esta puede autorizar al contratista para rescindir el contrato puesto que no puede ser obligado a cumplir algo totalmente diferente a lo pactado y en especial al objeto del contrato suscrito.²⁶

Además de lo antes expuesto, la doctrina dice lo siguiente, en palabras de Francisco García de Enterría:

La modificación del contrato no puede ser arbitraria, puesto que no se trata de una potestad con carácter absoluto sino que, una vez detectada la causa y, recordemos, siempre que exista un interés público, la modificación acordada por el órgano de contratación ha de ser adecuada y proporcionada a la necesidad a la que pretende hacer frente, y el órgano de contratación se halla obligado a motivar o justificar tanto la concurrencia del presupuesto como la proporcionalidad de la solución adoptada.²⁷

En el Ecuador, según consta en el Registro Oficial 414 de 6 de septiembre de 2004, se encuentra el 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, la Corte Suprema de Justicia Primera Sala de los Civil y Mercantil, resolvió lo siguiente:

DECIMOCUARTO: La naturaleza misma del contrato administrativo, como el que es materia de este juicio, ha dado lugar a un amplio y encarnizado debate doctrinario, que inclusive ha llevado a algún autor a sostener que "No hay en este llamado contrato administrativo casi nada de lo que suele evocar para un civilista la expresión contrato". El mismo autor, José Melich Orsini, dice que "La "función administrativa" asignada al contrato, mero reflejo de la irrenunciable posición de soberanía que el Estado ejercería a través del ente en quien haya delegado el ejercicio de tal función, lleva a que tal ente tenga la potestad de extinguir anticipadamente el

²⁶ *Ibíd.*, 400.

²⁷ Francisco García Gómez de Mercado, *Manual de contratación del sector público* (Granada: Comares, 2011), 522.

contrato cuando considere haber cesado el interés que lo motivó para celebrar el contrato; que pueda modificar las cláusulas del mismo (ius variandi) para adaptarlo a los vaivenes de ese "interés público", que le correspondan como prerrogativas derivadas de ese mismo "interés público", la potestad de interpretación del contrato, el control y dirección de la gestión de la que ha encargado a su co-contratante privado, etc. De hecho, todas estas prerrogativas son ejercidas mediante actos unilaterales que configuran en sí mismos actos administrativos que causan "estado", o sea, una situación jurídica de aparente legalidad frente a la cual al co-contratante privado no le queda más remedio que esperar lo que decida la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando esté inconforme con ello y siempre que ejerza oportunamente el recurso por ilegalidad o exceso de poder. " (El contrato administrativo en el ámbito general de la doctrina del contrato, en contratación contemporánea, teoría general y principios, Palestra Editores, Lima, Editorial Temis, Bogotá, 2000, páginas 140-142).²⁸

Como se puede notar, en el Ecuador la potestad de modificar los contratos por razones de interés general se ve sustentada por el principio del ius variandi, pues la facultad de variar el contrato administrativo, como se ha analizado ya, es intrínseca al Estado en virtud del bienestar general de la población.

En efecto, si el Estado tiene la facultad de cambiar las reglas de juego inicialmente pactadas en el contrato por un interés supremo, este cambio debe ser retribuido por la responsabilidad contractual que deriva del contrato suscrito, y no solo en el caso de que exista un rompimiento del equilibrio económico, sino también porque el acuerdo de voluntades genera una obligación de cumplir con lo estipulado en el contrato; sin embargo, no siempre se ve plasmado dicho reconocimiento al contratista, ya que existen casos en los que el resarcimiento por la modificación contractual no se realiza por parte de la administración. Es por eso que en el presente estudio se plantea que en el instrumento denominado contrato se incluyan mecanismos de negociación cuando ocurran eventualidades que provoquen perjuicio económico al contratista.

1.2.3. Teoría de la imprevisión

La doctrina consultada ha definido a la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

²⁸ Ecuador. Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil (Sentencia resolutoria de caso Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca), en Registro Oficial 414, de 6 de septiembre de 2004.

Cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del contrato generan un grave trastorno a su economía, y la gravedad de la alteración así provocada, sin hacer imposible la ejecución del contrato, la hace difícil y onerosa más allá de lo que las partes habían podido prever razonablemente, y cuando el déficit de la operación sobrepasa los límites del área normal a la carga de todo contratista, adoptando un carácter anormal y excepcional, el contratista de la administración tiene el derecho a pedir a esta que venga en su ayuda, que comparta con él el área extraordinaria y que le reconozca una indemnización calculada en función del déficit soportado y de todas las circunstancias del caso. Este caso es solucionado por la teoría de la imprevisión.²⁹

Con este antecedente, siguiendo el camino de la definición y aplicación de la teoría de la imprevisión, se adhiere este texto a la postura de Aída Hernández, cuando señala lo siguiente:

La teoría de la imprevisión se presenta cuando actos o hechos extraordinarios y ajenos a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato, alteran su equilibrio económico en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución pero haciéndolo más oneroso

La teoría de la imprevisión se aplica entonces, frente a la situación que padece el contratista afectado por un acto o un hecho extraño e imprevisible, que entorpece gravemente la ejecución del contrato y lo conduce a asumir los sobrecostos necesarios para superar las dificultades y cumplir las prestaciones a su cargo.³⁰

Asimismo, sobre el fundamento de la teoría de la imprevisión, Libardo Rodríguez, en su trabajo sobre el equilibrio económico en los contratos administrativos, manifiesta lo siguiente:

El fundamento de la teoría de la imprevisión en el derecho administrativo, como derecho que le asiste a los dos co-contratantes, se encuentra, entonces, en la conmutatividad propia de los contratos administrativos, junto con la necesidad de una justicia contractual. La necesaria equivalencia entre las prestaciones, así como el deber que tienen las partes dentro de un contrato conmutativo de mantenerla, es el fundamento del derecho de las partes al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo.³¹

Es decir, la teoría de la imprevisión se encuentra dentro del área económica, de tal forma que el acontecimiento que es imprevisible trae una consecuencia negativa sobre la economía del contrato, siendo la misma ajena a la voluntad de las partes, pues

²⁹ Benavides, *El contrato*, 438-9.

³⁰ Aida Patricia Hernández Silva, "La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?" (Cali: Revista de Derecho Privado No. 14, 2008), 7.

³¹ Rodríguez, *El equilibrio*, 113.

el hecho ocurrido rompe el equilibrio financiero y no tiene su origen en las partes, de ahí que el riesgo es compartido.

Dentro de la teoría de la imprevisión se identifican elementos para que aplique dicha teoría, es así que se tiene la fecha en la cual se suscribió el contrato o la presentación de la oferta para identificar que a esa fecha no existía un inminente perjuicio; por otro lado, está el análisis al contratista en el ámbito de lo que al tiempo de ocurrir un suceso o acaecimiento hizo todo lo posible para que la consecuencia fuese en menor grado; y, por último se considera que ese hecho sea externo a las partes, como ya se dijo en líneas anteriores, pues no debe provenir de la Administración; es decir, no existió culpa de ninguna de las partes, lo que según el punto de vista de esta tesis, está directamente relacionado con el déficit que se genera no solo en el sentido económico que sufre el contratista, sino que va más allá por cuanto aún con el resarcimiento del daño la consecución del objeto no alcanza a cubrir los perjuicios provocados por el hecho imprevisible.

Para el profesor García de Enterría los presupuestos o condiciones para la aplicación de la teoría de la imprevisión son:

La teoría del riesgo imprevisible es independiente de las alteraciones directas (*ius variandi*) o indirectas (*factum principis*) de las prestaciones pactadas.

La obligación de mantener el equilibrio financiero depende única y exclusivamente en estos casos de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

Esta obligación supone, en principio, una coparticipación de concedente y concesionario en los riesgos sobrevenidos

La coparticipación en los riesgos puede adoptar modalidades muy diversas.

A pesar de todo debe seguir prestando el servicio del modo previsto en tanto se llega a una solución.³²

En el Ecuador, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la demanda que hiciera el arquitecto Román Ortega Delgado al FISE por el reconocimiento de precios unitarios, en los considerandos de la sentencia, en relación a la imprevisión, se pronunció en el siguiente sentido:

4.5 Los contratos administrativos, como lo son los de especie, son en esencia onerosos conmutativos ya que en ellos los contratistas prevé un beneficio de parte de la Administración Pública que se mira como equivalente a las cargas y obligaciones que asume. Se puede afirmar que en los contratos administrativos, ambas partes persiguen una utilidad. Entre las obligaciones y derechos del contratista debe existir

³² García de Enterría, *Curso de derecho*, 797.

una equivalencia honesta. Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas deben balancearse de manera tal que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Abelado Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, p 472). Esta equivalencia es conocida en la doctrina administrativa como equilibrio económico financiero o ecuación financiera del contrato. El equilibrio económico financiero o ecuación financiera implica el mantenimiento de la equivalencia entre las ventajas y las cargas como habían sido calculadas, exactamente o no, en el momento de perfeccionamiento el contrato (Marcel Waline, citado por Marco Hidrovo Arciniega en "La Contratación Administrativa en el Ecuador", 1984, p. 66). Para Marienhoff, el equilibrio económico del contrato es la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derecho y obligaciones del contratista considerados equivalentes (Miguel Marienhoff, ob, cit., p. 470). El Jurista Ecuatoriano Marco Hidrovo Arciniega sostiene que en todo contrato administrativo debe existir y respetarse el equilibrio o ecuación financiero (Marco Hidrovo Arciniega, "la Contratación Administrativa en el Ecuador", 1984, Quito, p. 66).³³

Del análisis realizado a esta parte de la sentencia, el equilibrio económico o ecuación financiera del contrato administrativo, que más adelante se tratará detenidamente, se ve reflejado dentro de las obligaciones y deberes que tiene el contratista, así como su derecho de exigir que lo inicialmente pactado se cumpla de tal manera que este no sufra un perjuicio económico, concluyendo además que en el contrato administrativo debe haber equivalencia, respeto y mantenimiento de las prestaciones, pues ahí es donde se verá reflejada la ecuación financiera de un contrato.

La segunda parte de la sentencia, que se cita para efectos de análisis, señala que:

4.6 Cuando el equilibrio económico o financiero es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se toman aplicables principios administrativos como el de la imprevisión o el acto Príncipe, como medios para restablecer el equilibrio financiero previsto por las partes. La teoría de la imprevisión, se basa en el principio *rebus sic stantibus* que prevé que la fuerza obligatoria del contrato opera siempre y cuando subsisten, en el momento de la ejecución de aquél, las mismas circunstancias que prevalecían cuando este se celebró. Nuestra jurisprudencia también se ha referido al tema, al decir que "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" (Instituciones del Derecho Civil, Contratos, Volumen III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 538 y 539) (Sentencia de 13 de diciembre del 2001, publicada en la Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 8, p. 2273).³⁴

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

Los principios aplicables para que el contratista asuma precios excesivamente onerosos por circunstancias ajenas a las partes contractuales deberían reconocer el alto costo en los que el contratista incurre para poder cumplir con el objeto contractual. Puesto que por más que ocurran hechos extraordinarios durante la ejecución contractual, el contratista debe terminar la obra, y eso afecta a la buena fe que se tiene al suscribir un contrato.

4.7. Si bien es cierto que, como regla general, todo legalmente celebrado es ley para los contratantes, este principio admite las excepciones que en el ámbito especial de la contratación pública prevén la ley y los principios que rigen la materia administrativa. Por otro lado, como se dijo, no se advierte que el actor haya renunciado contractualmente a su derecho a sujetarse de reajuste de precios previsto en los anteriores Arts. 89 y 90 de la Ley de Contratación Pública, sino que convino en condicionar su aplicación a la consideración previa del FISE, la cual efectivamente tuvo lugar.³⁵

En el análisis de esta parte de la sentencia, la potestad de modificar el contrato viene a ser propia de la naturaleza de los contratos administrativos, tal y como se ha venido mencionando; pues aplicando los principios de *ius variandi*, hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, se pueden modificar las cláusulas contractuales. No obstante, las modificaciones que sufra el contrato deberán ser asumidas por quien las generó, ya sea por el Estado o por el contratista. En el caso analizado debe reconocerse la existencia del reajuste de precios que la entidad contratante condicionó, y por la potestad de interpretación que tiene la Administración se resistía al reconocimiento del reajuste de precios; sin embargo, como no se había estipulado el reajuste, se decidió el reconocimiento del mismo. Es evidente que al producirse variaciones en los precios, la entidad tiene la obligación de reconocer el reajuste de precios, porque si bien su modificación en el contrato respecto a la renuncia del reajuste estuvo condicionada a un evento de mercado, la Administración estaba en la obligación de resarcir el perjuicio económico provocado por la modificación introducida en el contrato.

³⁵ *Ibíd.*

1.3. Elementos de la responsabilidad administrativa

En el sistema de la responsabilidad administrativa existen elementos que deben concurrir para que opere la responsabilidad administrativa y su consecuente reparación, estos son:

- a) La lesión o daño a un interés jurídicamente protegido que es causado por la Administración, quien responde por los daños derivados de la actuación de sus funcionarios.
- b) La relación de causalidad que debe existir entre la actividad del sujeto refiriéndose a la Administración y el daño ocasionado; y
- c) La imputación, que para efectos del presente estudio es la Administración.

En cuanto al daño, se puede decir que en la celebración de un contrato existen otros aspectos importantes, derechos y obligaciones que cada una de las partes debe cumplir y respetar; pues el derecho de que se respeten las cláusulas estipuladas en el contrato para el contratista genera una obligación y deber de la Administración de no violentar derechos del contratista, pues si incurre en una violación a los derechos de este deberá responder por ello, exista o no culpa.

En lo que al nexo de causalidad se refiere, se encuentra el accionar de los funcionarios de la Administración, su incumplimiento a una obligación determinada en el contrato y su consecuente incumplimiento ocasiona responsabilidad, ya que altera el equilibrio económico del contrato.

Sobre la imputación de responsabilidad, puede decirse que es imputable siempre que los actos o hechos sean atribuibles a la Administración, y como tal a los funcionarios que trabajan para ella; en suma, la responsabilidad de la Administración tiene que ver en alto grado con el tema de las potestades discrecionales que tiene el Estado y, además, el incumplimiento en el que ha incurrido la Administración ya que el contratista no se encuentra en la obligación de soportar el daño o perjuicio ocasionado por la Administración. Es por esto que es indispensable tener bien definidos los elementos antes citados para configurar la reparación, sin que tenga importancia la culpa o no, por cuanto si la Administración en su actividad ocasiona un daño este debe ser reparado.

1.3.1. Modificaciones contractuales previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Continuando con el análisis relacionado con la responsabilidad que tiene el Estado cuando este suscribe contratos al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se tiene que dentro de esta sí se encuentra previsto realizar modificaciones contractuales; sin embargo, dichos cambios muchas veces se dan sin tomar en cuenta el desequilibrio contractual que puede causar en el contratista, es así que en los últimos tiempos, y específicamente en los años 2014-2015, por circunstancias económicas del Estado, muchos contratistas han tenido que sufrir alteraciones contractuales, toda vez que contratos que por objeto han tenido realizar una obra pública, por falta de recursos no han podido ser terminados. Si bien el interés público es tener la obra terminada, no es menos cierto que por aspectos económicos dicha obra tiene que ejecutarse hasta un determinado monto por razones de priorización, pues en una época en donde deben prevalecer aspectos como los sociales, el Estado como política económica no derivará recursos a aquello que sí puede prolongar su espera o, a su vez, sin ello no dejará de incumplir un objetivo.

Dentro de los artículos que tratan de modificaciones contractuales se encuentra también lo relacionado con el incumplimiento de las partes, que necesariamente conduce a una modificación contractual, es así que están en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los siguientes artículos:

Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
 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.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen uso del anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.³⁶

De la lectura y el análisis de esta norma se puede colegir que el incumplimiento del contratista acarrea no solo una modificación, también la consecuente terminación de la relación contractual; por la imposibilidad de cumplimiento o la pérdida de objeto, como así lo denomina la doctrina. A manera de explicación se verá con un ejemplo: en algunos contratos de obra que realiza el Estado, muchos de ellos se ejecutan o realizan en terrenos que no siempre son los titulares los entes públicos, sino que son privados, o a su vez esperan una donación o comodato de otra institución pública, entonces lo prudente y lo viable es que la entidad contratante, antes de iniciar un proceso, tenga la titularidad de ese bien inmueble; sin embargo, esto no sucede, ya que en varios contratos se puede ver que la titularidad de los terrenos no ha sido realizada a tiempo y el contratista se encuentra en la necesidad de suspender los trabajos y varias veces la entidad tiene que terminar el contrato por imposibilidad de cumplimiento del objeto contractual.

Otra de las causas que modifican la relación contractual y, por consiguiente, traen la ruptura de la relación contractual, es la terminación por mutuo acuerdo que está prevista en el Art. 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, así:

Quando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

³⁶ LOSNCP, Art. 94.

La terminación por mutuo acuerdo, según se desprende de este artículo, tiene lugar cuando para las partes no resulta conveniente desde el punto de vista económico y técnico continuar con su ejecución, teniendo en cuenta que aquí se encuentran contemplados la fuerza mayor y el caso fortuito, que a la hora de argumentarlo debe ser muy bien sustentado, ya que puede ser mal utilizado, pudiendo acarrear una terminación no atribuible a lo que significa fuerza mayor o caso fortuito.

Por otro lado, dentro de este mismo análisis están en la normativa aspectos que no llevan a una modificación que tenga consecuencias de terminación de contrato, sino que la LOSNCP prevé artículos que permiten modificar el contrato sin que dicha modificación pueda afectar notablemente al contratista. Así:

Art. 72.- Contratos Modificatorios para Enmendar Casos de Errores.- Para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados.³⁷

Con este artículo la entidad contratante tiene la facultad de modificar el contrato suscrito por errores manifiestos de hecho. Joana Socías Camacho, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares, respecto del error de hecho, manifiesta que es una “inexacta representación de una situación fáctica (...); puede ocurrir que cuando se aprecia y valora la situación fáctica, esta apreciación no coincida con la realidad; si así sucede, la Administración al manifestar su voluntad dictará un acto cuyo contenido no podrá ser nunca congruente con la realidad, pero que, no obstante, será forzosamente conforme con la apreciación que de la misma ha hecho la Administración”.³⁸

Con esta aclaración se entiende que cuando la Administración ha detectado un error de buena fe, y los hechos fácticos no concuerdan con la realidad, se podrán suscribir contratos modificatorios, como por ejemplo, cuando en la tabla de cantidades la unidad de medida es metro cuadrado y en el contrato consta como toneladas, entonces la unidad acorde a la realidad deberá ser metro cuadrado.

³⁷ *Ibíd.*, 72

³⁸ Joana M Socías Camacho, “Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección” *Islas Baleares, Revista de Administración Pública* Num. 157, Enero-abril 2002: <www.uib.es/es/personal/ABDE5MjE/>.

Ahora bien, no solo están aquellos artículos que modifican el contrato y conllevan una terminación de contrato, o que por errores de hecho puedan modificar errores de cálculo o de transcripción, sino que también la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCNP) permite que en obras y servicios durante la ejecución contractual se modifiquen aspectos, sobre todo de carácter técnico, que en los contratos de obra ocurren a menudo, es así que el Art. 85 de la LOSNCNP establece:

Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.³⁹

Es decir, en el caso de que surgiesen imprevistos técnicos en la ejecución contractual, se puede celebrar un contrato complementario modificatorio, teniendo en cuenta que este no puede pretender alterar o cambiar o desviar la naturaleza del objeto inicialmente pactado, ya que si ocurriese tal situación el contrato complementario no sería para modificar algo técnico que deviene la ejecución, sino para modificar un olvido o equivocación de fondo al momento de la etapa precontractual.

En suma, el Estado para la consecución del bien común suscribe un instrumento denominado contrato administrativo, el mismo que para llegar a tener el carácter de administrativo ha tenido que pasar por todo un proceso, que son la etapa preparatoria y precontractual de una contratación administrativa. Cuando la voluntad de las partes ha sido plasmada en un instrumento denominado contrato, el oferente que se transforma en contratista pasa a tener una posición inferior frente al Estado, característica propia y singular de los contratos administrativos; dicha situación lleva a concluir que los principios denominados hecho del príncipe, *ius variandi* y teoría de la imprevisión, propios de la naturaleza intrínseca del Estado, modifiquen las estipulaciones inicialmente suscritas con el contratista. Dichas modificaciones, al amparo de la responsabilidad que tiene el Estado de resarcir los perjuicios causados

³⁹ LOSNCNP, Art. 85.

por las decisiones tomadas, nacen de dichos principios antes citados, pero que no siempre se ven reflejados en la realidad.

La misma ley permite cambios en la ejecución contractual, pero no todas ellas abarcan el sinnúmero de situaciones que son fruto de las modificaciones que realiza la Administración, por eso es necesario que se establezcan de manera expresa los hechos supervinientes en la ejecución contractual, de tal modo que al valorar se restablezca el perjuicio ocasionado al contratista.

1.3.2. Modificaciones permitidas en los pliegos precontractuales

Con respecto a la definición de pliegos precontractuales, la doctrina investigada señala que: “La formación de la voluntad de la Administración Pública recorre una serie de etapas, cumplidas por distintos órganos. La selección del contratista de la Administración está sujeta a las normas que instauran distintos procedimientos especiales y reglados a tales fines”.⁴⁰

El mismo autor continúa indicando que:

En la actividad precontractual, preparatoria o preliminar del contrato administrativo, encontramos también actos y hechos jurídicos privados o de particulares, la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro o desistimiento de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción en los registros respectivos, formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

Por lo tanto, la selección del contratista por cualquier procedimiento no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos administrativos, que reciben concurrencia y colaboración de los particulares por medio de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente sea una persona privada.⁴¹

Con este antecedente doctrinario, se comprende que la etapa precontractual es el conjunto de actividades que se ejecutan dentro de un proceso, cuyo objetivo es la selección de un oferente que cumpla con los requerimientos de la entidad contratante, y va desde la necesidad que se genera en una institución hasta la adjudicación, que es consecuencia de varios actos, llámense actos de simple administración, hechos administrativos, etc.

⁴⁰ Dromi, *Derecho administrativo* 374.

⁴¹ *Ibíd.*

La adjudicación como parte integrante del procedimiento administrativo precontractual, y además creador del acto administrativo por medio del cual la Administración selecciona la oferta que cumple con los requisitos establecidos en los pliegos, y por supuesto es conveniente a los intereses tanto del Estado como a la institución, tiene como finalidad siempre el interés público al momento de analizar, calificar y aceptar la oferta más ventajosa.

El interés público debe plasmarse en la necesidad institucional de establecer unas reglas de juego claras y específicas para obtener el mejor beneficio para la institución y el Estado en general. Es así que existen los denominados pliegos precontractuales, cuyo significado, de acuerdo a Daniel Gómez Sanchis, quien muy acertadamente hace alusión a Sayagués Laso, manifiesta que es: “Conjunto de cláusulas y documentos, elaborados unilateralmente por el licitante, que especifican el objeto a contratar, las pautas que regirán el procedimiento de selección, los derechos y obligaciones de las partes y el mecanismo a seguir en la preparación y ejecución del contrato”.⁴²

Ahora bien, si se analiza el concepto citado puede decirse que los pliegos son una declaración unilateral de la Administración pues esta es quien, de manera unilateral, sin acuerdo con terceros, establece las reglas de juego o los lineamientos que el oferente debe acatar; en dicho documento se establece el objeto de la contratación, el cual debe ser inalterable, ya que si se habla de lineamientos que debe seguir el oferente, la Administración también debe sujetarse a lo que ella ha dispuesto, ya que esos parámetros o condiciones que se estipulan en los pliegos también servirán de base para la ejecución contractual.

En la misma línea, el ya citado autor manifiesta:

El pliego de condiciones, visto en un sentido amplio (normas jurídicas y técnicas), proyecta sus efectos en un doble ámbito: el preparatorio de la voluntad administrativa (procedimiento de selección propiamente dicho), de carácter interno, y el de exteriorización y contenido de la misma, de carácter externo, estableciendo con precisión los términos bajo los cuales se suscribirá el contrato respectivo y las cláusulas que regirán la vinculación de las partes durante su ejecución.⁴³

⁴² Daniel Gómez Sanchis, *Contratos administrativos* (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002), 205.

⁴³ *Ibíd.*, 206.

Con esta acotación puede verse que los pliegos (Gómez Sanchis 2002) son base fundamental en la formación de la voluntad de la Administración, pues es el inicio de un proceso que no solo interesa a la entidad contratante sino también a toda una administración que mira en pro de sus administrados; por lo tanto, los pliegos son el punto de partida de un contrato y en consecuencia deberán ser claros y precisos. En la legislación ecuatoriana se define a los pliegos así:

Art.6.- Definiciones.

24. Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública”.

Art. 27.- Modelos Obligatorios.- Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

Art. 31.- Divulgación, Inscripción, Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos.- Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales.

Los pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de COMPRASPUBLICAS.⁴⁴

En el artículo. antes detallado se puede leer que la LOSNCP manda a que los pliegos contengan reglas claras para los participantes, es decir, un oferente debe entrar a competir con reglas claras y bien definidas, de tal forma que no se vea menoscabado el proceso de contratación.

En cuanto al Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, este menciona:

Art. 20.- Pliegos.- La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables. Los Pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

Los Pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En la determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá

⁴⁴ LOSNCP, Art. 6.

propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorrar en sus contrataciones.

Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.

Aquí nuevamente se observa que los pliegos son la base de la contratación porque en ellos se plasma el interés del Estado de contratar para beneficio de la sociedad, de tal manera que no se afectará el trato igualitario a los participantes y, por lo mismo, no debería una entidad contratante poder cambiar desde el inicio las reglas de participación, por supuesto, siempre observando lo más conveniente a los intereses nacionales.

Art. 22.- Aclaraciones.- La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos. Las aclaraciones se publicarán en el portal www.compraspublicas.gov.ec.⁴⁵

Ahora bien, una vez hecha la definición que hace el ordenamiento jurídico nacional respecto de los pliegos precontractuales que existen en el Ecuador, los documentos que contienen la base para la selección de un contratista son los pliegos, los mismos que propenderán a buscar la mejor selección para el Estado en lo que a obra se refiere, estos contienen las especificaciones técnicas y todo lo necesario tanto para su selección como para la ejecución contractual.

En cuanto a la naturaleza jurídica, son de carácter general y particular; en lo referente a lo general, alude al sentido de que los pliegos contienen cláusulas que son dirigidas a todos los procedimientos de determinada condición; y lo particular se refiere a un requerimiento específico de la Administración.

Una vez aclarado el concepto de pliegos precontractuales, se tiene que mencionar que en el Ecuador se ha creado el SERCOP (Servicio Nacional de Contratación Pública), que es el organismo encargado de regular lo atinente a los pliegos precontractuales, así lo determina el Art. 10 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

⁴⁵ *Ibíd.*, Art. 22.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones: 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.⁴⁶

El SERCOP, como organismo encargado de establecer las condiciones generales y particulares de los documentos precontractuales que, dentro del estudio que se ha realizado, son declaraciones unilaterales en ejercicio de la función administrativa que producen efectos generales a todos aquellos interesados en ofertar los requerimientos de la entidad contratante, es quien vela porque las instituciones del Estado cumplan con lo estipulado en los pliegos; no obstante que cada entidad es dueña de su proceso, el SERCOP observará que se cumpla con el ordenamiento jurídico.

En lo que a requisitos y caracteres de los pliegos precontractuales se refiere, estos deben cumplir con requerimientos que se concretan en la generalidad, impersonalidad e igualdad; que, básicamente, derivan de los principios que rigen a la contratación pública.

En cuanto a la generalidad, se refiere a que no se pueden limitar a cierto grupo sino más bien deben estar dirigidos a todos aquellos posibles oferentes que, cumpliendo con los requisitos solicitados por la entidad contratante, participen y así lograr una contratación competitiva; no se puede delimitar a un grupo determinado de participantes, por ejemplo, o que a su vez esa invitación requiera cierto grado de dificultad que cualquier oferente no lo pueda hacer; siguiendo este principio se deberá propender a que la convocatoria sea abierta.

En torno al principio de impersonalidad, este tiene que ver con el principio que rige a la contratación pública, que es el de libre concurrencia, el que básicamente se ve afectado cuando la entidad contratante incluye capacidad operativa, experiencia específica, experiencia contractual; es decir, son barreras que los oferentes no pueden cumplir y se ve afectado el principio de la libre concurrencia por cuanto no todos los que quieren participar podrán hacerlo.

En lo que refiere al principio de igualdad, es muy importante destacarlo a la hora de llamar a un concurso, pues es necesario que el órgano encargado de la preparación de los pliegos establezca reglas claras de calificación y selección, ya que

⁴⁶ *Ibíd.*, Art. 10, numeral 8.

muchas veces la ambigüedad en los pliegos trae como resultado que a uno de los oferentes se le aplique, al tenor literal de lo establecido en los pliegos, las reglas de juego y a otros no.

A pesar de lo anotado en este acápite, los pliegos precontractuales sí pueden sufrir modificaciones ya que, como se ha revisado en líneas anteriores, la etapa de aclaraciones está dada para modificar cualquier aspecto de los pliegos excepto el objeto contractual y el presupuesto referencial; pero dadas las circunstancias, en un proceso muchas veces esta facultad tiende a distorsionar las reglas de juego y perjudica a los oferentes, además de romper la igualdad de competencia que debe existir en un proceso.

Capítulo segundo

Restablecimiento del desequilibrio económico contractual

2.1. Equilibrio económico en los contratos de obra

Al hablar de equilibrio contractual es necesario traer a colación el concepto de igualdad, desde el cual dicho equilibrio supone que las cargas tanto para la Administración como para el contratista sean iguales y se mantengan durante la ejecución contractual sin alterar de manera significativa el objeto y en sí las obligaciones a las cuales el contratista se exige inicialmente.

En la doctrina al equilibrio contractual se lo define así:

Esta correlación entre lo que será asumido por uno y lo que será debido por el otro recibe la denominación de ecuación económica financiera. Dicha expresión significa igualdad, equivalencia, la cual, como se ve, precede al contrato y tiene que ser reflejada en él, pues el contratante gubernamental no podría otorgarle más de lo que resultara de la oferta elegida. Entiéndase por ecuación económico-financiera la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquéllos le corresponderá.⁴⁷

La idea de equilibrio económico lleva a la noción de igualdad, que deberá persistir en la relación administración-cocontratante, pues el riesgo y ventura que el contratista asume debe ser respetado a la hora de la ejecución contractual; debe existir el respeto a las obligaciones iniciales, en caso contrario su incumplimiento debe ser reconocido pecuniariamente.

Como se ha venido estudiando, las bases sobre las cuales la Administración modifica el contrato inicialmente pactado, es necesario determinar cómo esta puede restablecer el equilibrio económico del contrato, pues es necesario resaltar que cuando la Administración necesita como parte de sus planes y objetivos estatales contratar una obra pues recurre a los mecanismos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé, es ahí entonces donde las personas naturales y/o jurídicas

⁴⁷ Patricia Raquel Martínez, *Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo* (Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002), 489.

a cuenta y riesgo de ellos aceptan participar en un proceso en el que luego de cumplir varias etapas pueden (o no) ser adjudicatarios de un contrato de obra que, según lo estudiado en la doctrina, ya se lo dejó claramente definido en el capítulo anterior.

Concomitante a ello, también se analizó que en un contrato administrativo la Administración, entre otras cosas, determina derechos y obligaciones que se cumplen durante la ejecución contractual; no obstante, durante las prestaciones que el contratista se obliga a cumplir pueden surgir acontecimientos que no se han previsto en la suscripción del contrato, es así que surgen como mecanismos para restablecer las condiciones inicialmente pactadas los conceptos de equilibrio contractual o ecuación financiera, que significan igualdad, pero en materia de contratación estatal se dice que:

(...) se debe conservar correspondencia o equivalencia entre los deberes y obligaciones implícitas en el contrato y en caso de romperse esa correspondencia o equivalencia por hechos o causas no atribuibles a la parte afectada, las partes deben adoptar de inmediato las medidas necesarias para su restablecimiento, con el propósito de evitar una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones del contratista.⁴⁸

Es decir, el principio de la ecuación contractual debe aparecer como un mecanismo de resarcimiento a la parte que hubiera sufrido algún daño por motivos que no solo pueden ser ajenos a las partes sino también por causas de la propia Administración, pues cualquier rompimiento de las condiciones inicialmente pactadas, y que afecten económicamente al contrato, deben ser resarcidas, teniendo en cuenta que las partes cuando se someten a las cláusulas contractuales son responsables de que aquello se cumpla.

No obstante lo anterior, es necesario mencionar que la Administración, aún con las prerrogativas y potestades inherentes a su naturaleza, no puede excederse con aquellas facultades sino que, además de limitarse, está en la obligación de resarcir el daño, que casi siempre es económico, por cuanto se ha producido una alteración de las condiciones inicialmente pactadas del contrato. Además, tomando en cuenta que muchas veces el contratista sacrifica en aras del interés del Estado su economía particular, sin que ello demuestre o afecte la ejecución contractual.

⁴⁸ Elvio Hernán Collazos Solano, “Equilibrio económico o ecuación contractual”, Medellín, Revista Pensamiento y Poder, 2013: <http://fer.remington.edu.co/ojs/index.php/PYP/article/view/59/70>

Dentro de los mecanismos que existen para el restablecimiento del equilibrio contractual están la teoría de la imprevisión, las potestades discrecionales que tiene el Estado, enfocadas desde el punto de vista de que contractualmente el Estado puede incluir una cláusula que permita el reconocimiento por el perjuicio ocasionado al contratista y, consecuentemente, se reconozca pecuniariamente el daño causado.

Por otro lado, se encuentra la inalterabilidad de las condiciones establecidas en los pliegos, pues su cambio o modificación traería como consecuencia una alteración en las obligaciones contractuales, y eso debe ser la causa para que el Estado reconozca al contratista.

Otra de las formas para garantizar el equilibrio financiero es la eliminación de la renuncia al reajuste de precios en los contratos de obra, ya que al renunciar al reajuste de precios el contratista asume las pérdidas que puedan ocasionar las decisiones que el Estado adopte, por ejemplo cuando de manera general haga sobre los trabajadores la subida anual de sueldos. La revisión de precios, que se la realiza a través de la fórmula polinómica, es de gran importancia porque cuando ha variado el precio de un material casi siempre se tiene una consecuencia económica negativa para los contratistas; la compensación se la puede llevar a cabo mediante la aplicación a través de índices o de una fórmula previamente establecida para reconocer los valores que por causas ajenas al contratista se hayan elevado sin reconocimiento alguno.

Las alteraciones del contrato deberán estar claramente definidas, y si la Administración incurre en una de ellas es causal de reconocimiento económico cuando:

- a) la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) en cualquier otro caso en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tuvieron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.⁴⁹

⁴⁹ García Gómez de Mercado, *Manual de contratación*, 527.

Entonces, cuando se presenta en la relación contractual entre contratante y contratista, uno de estos cuatro supuestos, se torna obligatorio el reconocimiento económico de parte de la Administración.

Al decir de Eduardo Emili:

En un contrato de la Administración existen derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes, en este caso esos derechos y obligaciones les corresponden a la Administración y al cocontratista particular. Entre los derechos de este último se encuentra el derecho al equilibrio económico-financiero, es decir, al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato administrativo.⁵⁰

El inicio del equilibrio económico tiene que verse reflejado al momento de iniciar un proceso de contratación, pues la entidad, al preparar el presupuesto referencial, está en la obligación de determinar los costos a los que por la ejecución de una obra el contratista deberá someterse, pero este sometimiento no siempre estará marcado hasta el final de un contrato por los imprevistos que casi siempre ocurren en los contratos de obra, y esto se refiere a los contratos complementarios que pueden surgir, entre otros por motivos de carácter técnico.

Puede decirse entonces que el inicio del equilibrio económico consiste en determinar los costos, tomando en cuenta los imprevistos que pudiera ocasionar la ejecución contractual; pero no solo eso constituye equilibrio económico contractual, este va más allá de determinar un costo original, lo que quiere decir que una vez que el contratista acepta los costos a los que la Administración le somete, los mismos no deberían, en principio, alterarse, so pena de que se presente la necesidad de ampliar o complementar la obra siempre con causas de orden técnico que en algunas ocasiones no pueden preverse al iniciar un contrato.

Con este antecedente, el equilibrio económico determina que las condiciones pactadas inicialmente en el contrato se conserven de tal modo que el objeto no se altere.

En lo que a legislación comparada se refiere, en la legislación colombiana sí se tiene en cuenta la ecuación contractual, pues la Ley 80 de 1993, Artículo 5º, numeral 1.º establece:

Derechos del contratista. Recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del

⁵⁰ Emili, *El equilibrio*, 619.

contrato. En consecuencia, tendrá derecho previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Entonces, la legislación colombiana sí tiene en cuenta el rompimiento de las condiciones pactadas al suscribir el contrato; sin embargo, aquí la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no determina que si se rompe lo pactado inicialmente por el contratante dicha afectación debe ser resarcida y lograr la ecuación económica contractual o reequilibrio inicial, al contrario, se buscan maneras de terminar la relación contractual.

Con lo revisado hasta aquí se puede concluir que el equilibrio económico de los contratos se verá reflejado en:

- Cumplir con las obligaciones contractuales inicialmente aceptadas.
- Cumplir con el objeto del contrato.
- Equivalencia económica de prestaciones tanto de contratante como de contratista.
- Mantener las condiciones técnicas inicialmente presentadas.
- No renuncia al reajuste de precios

2.1.1. Causas del desequilibrio económico

Una vez que se han analizado los aspectos que constituyen el equilibrio económico, es menester estudiar las causas que provocan el desequilibrio económico en los contratos de obra y que son hechos que en la ejecución contractual perjudican al contratista, estos son:

- 1) El interés público, el cual es uno de los fines que persigue la contratación del Estado, es una de las causas que alega la Administración para proceder a la modificación de los contratos, como se ha venido indicando a lo largo del presente trabajo. Si bien es justificable que el Estado, con miras a conseguir o lograr su obligación de bienestar general, tome acciones o medidas que varias veces van en detrimento del contratista, no es menos cierto que también es su

obligación de respetar el equilibrio económico en una relación contractual de la que él es parte.

La Administración está en la obligación de observar el interés general de una nación; pero a causa de las decisiones tomadas en ejercicio de sus potestades exorbitantes deja de lado a quien le ayudó a conseguir ese objetivo, dicho sujeto es el contratista.

En el aspecto del interés público, podría analizarse la imposición de multas sin observar el principio de proporcionalidad desde el caso que se llamará aquí *Entrega de ejemplares informativos a las distintas Unidades Judiciales de todo el país*.

La Función Judicial contrata la entrega de ejemplares de información a nivel nacional, los mismos que deberán ser entregados diariamente a cada una de las unidades judiciales del país, imponiendo una multa por su incumplimiento del dos por mil sobre el monto total del contrato. Para el contratista, la base para el cálculo diario del valor de las multas contractuales (esto es, el valor sobre el cual debe calcularse el dos por mil por cada día de retraso) no es el valor total del contrato, sino únicamente el valor de los bienes no recibidos a satisfacción de la contratante, pues la entrega de los ejemplares tenía que cumplir con las características de la oportunidad e inmediatez de la información y el retraso en su entrega equivale a la cuantificación de un día por ejemplar, y teniendo en cuenta que las multas están definidas como sanciones pecuniarias cuyo propósito es que el contratista corrija su conducta para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales, siendo que no existió la inmediatez en su imposición, trae como consecuencia lógica que los días de retraso deben tener como fecha máxima el cierre de cada mes.

Frente a esto, la entidad impuso multas fruto de un cálculo desproporcionado que acarreó como consecuencia un desequilibrio económico, ya que si bien legalmente las multas son sobre el monto total del contrato, no se puede admitir que la entidad cobre inmensurablemente una cantidad de multas hasta que el contrato termine, pues si el ejemplar es necesario en un día específico, no es racional que se cobre multas hasta la finalización del plazo contractual. El Art. 116 del Reglamento a la Ley establece: “Para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos”. La administración no puede aplicar

multas que no sean proporcionales al incumplimiento, pues el rompimiento del equilibrio económico radica en la no equivalencia entre la falta del contratista y la multa, ya que si bien es un castigo, la administración no debe, en uso de sus potestades, imponer e interpretar a su conveniencia las cláusulas contractuales.

En este caso lo óptimo habría sido calcular las multas de manera mensual y liquidar con esa misma periodicidad las multas, porque de lo contrario el monto ascendería al doble del monto contractual. Y el fin de la contratación no es enriquecerse de las multas sino más bien que se cumpla con el objeto contractual; por supuesto que si el contratista cae en incumplimiento cabe el cobro de multas, pero estas no pueden ser de manera desproporcionada y eso se lo tiene que observar en el contrato en el momento de su firma.

- 2) La modificación unilateral del contrato es otra de las causas que provoca el desequilibrio financiero, ya que por las potestades de la Administración esta cambia en beneficio de los intereses nacionales e institucionales un ejemplo es cuando la Administración decide cambiar un diseño de una obra ya iniciada y por causas como cambios en los modelos de gestión de las entidades se cambia la construcción, trayendo como consecuencia un desequilibrio económico porque muchas veces esos cambios aumentan valores del contrato que no siempre son reconocidos por el contratante.

Además, por el gran peso económico que sufre, el contratista se queda sin liquidez y le terminan unilateralmente el contrato por superar el porcentaje de multas. Como ejemplo está el caso de la Función Judicial, con fecha 12 de diciembre de 2012 dicha entidad suscribió el contrato para la Ejecución de Unidades Judiciales, sin embargo el contratista dentro de sus obligaciones contractuales tenía el entregar la obra en 270 días calendario; pero por motivos de índole técnico se produjeron retrasos y solicitó prórrogas de plazo llegando a tener cinco prórrogas porque la entidad contratante no cumple con los pagos al contratista, y fruto de ese incumplimiento este cae en mora aún, con prórrogas de plazo, y se procede a terminar unilateralmente la relación contractual sin resarcimiento económico al contratista por el no pago a tiempo.

El incumplimiento de dicho pago ocasionó un desequilibrio económico de la obra y, como consecuencia, ende del contratista. Se le impusieron multas que

superaron el porcentaje previsto en la Ley, que equivale al 5% del monto contractual; sin embargo, la Función Judicial no reconoció que las multas fueron consecuencia de la inacción del Estado ya que pasaron algunos meses y no se cancelaron valores pendientes al contratista.

La ley ampara al Estado, y con base en el poder que ostenta si el contratista no cumple con lo acordado en el contrato, aun cuando la Administración caiga en incumplimiento, el contratista pierde sin poder reclamar el restablecimiento del equilibrio económico, pues el Estado no puede aceptar su falta por la carga pecuniaria que este tendría al reconocer daños y perjuicios.

Frente a esto, si hubiese existido una cláusula contractual para la renegociación del incremento de montos contractuales, se habría evitado un grave perjuicio económico. Por tal motivo, es necesario que en los contratos existan expresamente las condiciones esenciales que se deben cumplir para modificar un contrato siempre que el objeto no se altere, pues en tal situación se deberá pedir reconocimiento o restablecimiento del equilibrio contractual por parte del Estado.

- 3) La interpretación unilateral del contrato también es otra de las causas que provocan el rompimiento del equilibrio, ya que el Estado muchas veces decide libremente el alcance real de lo pactado y si no lo ejecuta el contratista está frente al incumplimiento del contrato, que es otra medida que toma la Administración dentro sus potestades que le son inherentes.

Como ejemplo en este caso se puede mencionar la Contratación de Seguridad, Vigilancia Armada y Monitoreo, en tiempo real en la Matriz, Direcciones Regionales, Delegaciones Provinciales y Centro de Capacitación de Pomasqui de la Contraloría General del Estado. La Contraloría General del Estado suscribe un contrato de seguridad y vigilancia privada con la compañía 593 Security para la oficina matriz, direcciones regionales, delegaciones provinciales y centro de capacitación de Pomasqui de la Contraloría General del Estado, con un precio que, de acuerdo a la cláusula quinta del contrato, es el de dos millones veinticinco mil ciento once con 36/100 dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 2'025.111,36) más IVA, con un plazo para la entrega del servicio, a entera satisfacción, de dos años calendario, contados a partir de la suscripción del contrato. Durante la ejecución la contratista, mediante oficio No. AESM-GG-005-2014 de 14 de enero de 2014, solicitó a la

Contraloría General del Estado que, en enero del año 2014 el Gobierno Nacional decretó el alza salarial para los trabajadores en general, por lo que solicitan el reajuste de la facturación del servicio de seguridad. En respuesta, la entidad contratante manifestó:

En atención a su oficio AESM-GG-005-2014 de 14 de enero de 2014, mediante el cual solicita el reajuste de facturación del servicio de seguridad del contrato No. SIE-CGE-040-2013, que tiene por objeto la contratación de Seguridad, Vigilancia Armada y Monitoreo, en tiempo Real en la Matriz, Direcciones Regionales, Delegaciones Provinciales y Centro de Capacitación de Pomasqui de la Contraloría General del Estado, cúmpleme manifestarle que su pedido ha sido negado en amparo de la cláusula 12.02 del referido instrumento que expresa: 'EL CONTRATISTA se obliga al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo y en la Ley de Seguro Social Obligatorio, adquiriendo respecto de sus trabajadores, la calidad de patrono sin que la CONTRATANTE tenga responsabilidad alguna por tales cargas, ni relación con el personal que labore en la ejecución de los trabajos, ni con el personal de la subcontratista.

Ante esta coyuntura, el contratista quedó en total desequilibrio económico ya que el contrato no contempló la fórmula polinómica que permite actualizar los montos del contrato por el alza salarial, pero la entidad contratante, si conoce que cada año el Gobierno incrementa el salario a los trabajadores, no podía dejar de lado en el contrato la elaboración de la fórmula polinómica. Y como la interpretación de la Contraloría General del Estado se basó en la inexistencia de fórmula y lo puso como obligación del contratista el reconocer los valores que por concepto de subida de salarios les corresponde a sus trabajadores, desconociendo el derecho del contratista a ser reconocido por la diferencia del impacto que sufrió por la subida de salarios; aun cuando el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 140 determina:

Reajuste en contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría.- En los contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría sujetos a la Ley y cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se estipularán la fórmula o fórmulas de reajuste de precios, sobre la base de los componentes del servicio, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra.⁵¹

⁵¹ LOSNCP, Art- 140.

Si se hubiese previsto en el contrato este tipo de hechos que se dan en la ejecución contractual, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico por causas ajenas al contratista se habría solucionado. El Estado no puede dejar de reconocer el derecho que tiene el contratista de recibir la compensación por el daño causado. Tendría que realizar la fórmula polinómica y de esa manera resarcir el daño.

- 4) El no pago de lo pactado es otro de los problemas que son en la actualidad situaciones que agravan el equilibrio económico, puesto que la Administración no efectúa el pago de las obligaciones a tiempo y eso ocasiona que el contratista incurra en mora varias veces en cuanto a cumplir con el objeto del contrato, dejando sin liquidez, e incluso en algunas ocasiones sin posibilidad de continuar con la ejecución contractual; y, claro como el Estado necesita contar con dicha obra, su potestad lleva a declarar la terminación unilateral de los contratos y contratar dicho objeto con otra persona natural o jurídica, dejando al despedido en un profundo estado de desequilibrio económico y contractual frente al Estado.

La solución a este problema de desequilibrio económico está en que se determine contractualmente un derecho para el contratista y una obligación para la Administración de que, en la eventualidad de que ocurran circunstancias que modifiquen sustancialmente el objeto o las obligaciones inicialmente establecidas, la entidad contratante reconozca el perjuicio económico ocasionado.

Ese reconocimiento económico deberá ser sustentado con informes técnicos, económicos y jurídicos que certifiquen que el perjuicio ha sido ocasionado y que el mismo no pudo preverse al momento de la suscripción del contrato. No se hace referencia a la fuerza mayor o caso fortuito, porque dichos eventos sí se encuentran contemplados en la legislación ecuatoriana; sino más bien a eventos que provengan de las potestades que tiene la Administración de modificar el contrato, y que en uso de ellas haya tomado decisiones que modifiquen sustancialmente el contrato suscrito.

2.2. Mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico

2.2.1. Teoría de la imprevisión como restablecimiento del equilibrio económico

Una de las figuras jurídicas con las que la Administración restablece el equilibrio económico es la teoría de la imprevisión, que ha sido abordada en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación, pues si el contrato administrativo persigue el cumplimiento de un fin o interés público y si el equilibrio económico ha sido trastocado, y si el contratista en miras a cumplir con ese fin público sufre modificaciones por parte de la Administración, no es justo que el contratista deje de recibir lo que esas alteraciones o modificaciones le causaron, entonces es ahí donde la Administración recurre a la técnica de la teoría de la imprevisión para reconocer lo inesperado o inusual.

Eduardo Emili, respecto a la aplicación de la teoría de la imprevisión, señala: “La teoría resulta aplicable a los contratos de la Administración, así lo entiende la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. En este sentido, Escola, entre los requisitos de aplicabilidad de la teoría, expresa que ‘debe estarse en presencia de un contrato administrativo strictu sensu, cualquiera que sea su clase’...”.⁵²

Dentro del análisis de la teoría de la imprevisión, es necesario tratar el tema del riesgo y ventura que tiene el contratista desde el momento en que se somete a las condiciones, primero del concurso y después del contrato. Este asume el riesgo de sufrir pérdidas debidas a errores de cálculo o a la aparición de circunstancias incidentales en la ejecución del contrato, pues son riesgos que deben aceptar por el hecho de sujetarse a un tipo de relación contractual, y esa relación precisamente es la de carácter administrativo que se tiene con la suscripción de contratos con el Estado.

Ahora bien, esa aceptación del riesgo y ventura que, dicho sea de paso, es un principio de la relación jurídica del cocontratante con el Estado por las potestades que tiene la Administración, como ya se ha visto en el capítulo anterior, debe traer como consecuencia que el riesgo que toma el contratista no puede ser entendido en la medida de que todo lo que suceda en la ejecución contractual debe ser asumido por el contratista y, consecuentemente, cause un desequilibrio económico. Concomitante a ello, habrá que ver si ese hecho ocurre por situaciones externas y no por causas de la

⁵² Emili, *El equilibrio*, 621.

otra parte o por incumplimiento de obligaciones de la Administración, porque de lo contrario no se estaría frente al principio de riesgo y ventura que rigen las relaciones en los contratos administrativos, sino más bien frente a un abuso de las potestades que tiene el Estado en los contratos de obra.

Una vez que se ha analizado el riesgo y ventura, es preciso señalar que, como una excepción a dicho principio está la imprevisión, ya que si bien todo recae sobre el contratista por su situación de inferioridad, sí se ha previsto en el ordenamiento jurídico nacional, específicamente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los artículos 85, 93, 94 y 96 causas imprevistas de carácter técnico o económico que conducen a una terminación de la relación contractual o a su vez la suscripción de contratos complementarios. Esta imprevisión viene de la mano de la fuerza mayor o el caso fortuito, que se encuentran definidos en el Código Civil, art. 30, así: “Se llama 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.”.

De este modo puede verse que la legislación ecuatoriana sí cuenta con la figura de la imprevisión, que lleva lógicamente, ya sea a una terminación de la relación contractual o a la suscripción de contratos complementarios; sin embargo, si se analizan estos mecanismos se puede deducir que únicamente en situaciones imprevistas de carácter técnico o económico la Administración puede reconocer a través de la suscripción de un contrato complementario, pero muchas veces ni amplía, ni modifica ni complementa una obra o servicio, simplemente no se reconoce al contratista el valor. Por ello, es menester que exista una determinación expresa de las causas para considerarse imprevistos durante la ejecución contractual.

Para que la imprevisión tenga ocasión en los contratos administrativos, según la doctrina, hay varios hechos que deben cumplirse:

1) La circunstancia o el acontecimiento perturbador debe ser ajeno a la voluntad de las partes. Esto es, no puede ser imputable a la conducta del cocontratante, ni tampoco a la conducta de la Administración. En el primer caso, si el hecho es imputable al cocontratante, la responsabilidad es exclusiva de éste, por tanto la teoría deja de ser aplicable. En caso de que el acontecimiento surgiera como consecuencia de un hecho o acto de la autoridad administrativa, tampoco resulta aplicable la teoría de la imprevisión y el hecho o acto podrá ser atribuible a la Administración por aplicación de otra figura, por ejemplo el llamado hecho del príncipe.

2) El acontecimiento extraordinario o imprevisible debe responder a un alea de carácter económico. Es decir, el acontecimiento debe transformar la prestación en

excesivamente onerosa, debe provocarle al cocontratista un desequilibrio económico considerable. Aun así el contrato debe poder cumplirse, pues si el objeto o prestación del contrato, a partir del acontecimiento fuera de cumplimiento imposible, estaríamos acercándonos a la figura de la fuerza mayor y, en consecuencia, dejaríamos el ámbito de la teoría de la imprevisión.

3) El suceso o acontecimiento debe ser extraordinario o anormal e imprevisible. Se exige que se trate de un suceso excepcional, extraordinario, por ello no podría tomarse como tal a una variación económica de carácter ordinario. (...) el acontecimiento debe ser también imprevisible, esto significa que razonablemente el suceso no pudo ser previsto, Marienhoff nos habla de “acontecimiento razonablemente imprevisible”. Mediante esta condición se exige la concurrencia simultánea de ambas particularidades, en consecuencia, el suceso debe ser extraordinario e imprevisible.

4) Debe tratarse de un contrato en curso de ejecución, ello significa que estamos frente a una relación contractual donde el objeto no ha sido íntegramente cumplido, pues de ser así, el acontecimiento perturbador aparecería luego de cumplido el contrato y entonces ya no tendría sentido la aplicación de la teoría...

5) El suceso debe ser provisorio, transitorio, o sea, no debe impedir definitivamente el cumplimiento del contrato.

6) El cocontratante no debe haber suspendido la ejecución del contrato. Es decir el contratista no debe haber decidido la suspensión del contrato por sí, ello porque la teoría de la imprevisión, como ya lo dijimos, tiende a ayudarlo desde el punto de vista económico, evitando así que suspenda la ejecución y pueda cumplir con el contrato.⁵³

La teoría de la imprevisión como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico tiene un gran peso, pues esta dice que lo no previsto en el contrato deberá ser reconocido pecuniariamente; pero a esto es importante añadir que dicho reconocimiento debe ser igual al daño producido. Y esto solo sucederá si se lo incluye como cláusula contractual desde el inicio del contrato.

2.2.2. Potestades discrecionales de la administración pública

La actividad estatal es jurídica, y en dicho quehacer se producen relaciones jurídicas que se manifiestan o exteriorizan a través de ciertas formas jurídicas. Así, en la doctrina respecto de las potestades discrecionales se enseña que:

La Administración se pronuncia en su relación jurídica con el administrado en ejercicio de una atribución reglada o discrecional a través de una de las formas jurídicas autorizadas: hecho administrativo, acto administrativo, simple acto de la Administración, reglamento, contrato, cuasicontrato de la Administración. Puede, al ejercerla, lesionar o afectar un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, por lo cual en todos los casos se puede controlar la legitimidad y oportunidad del proceder administrativo estatal.

⁵³ *Ibíd.*, 622-3.

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma.

La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto.⁵⁴

El Estado se rige por un conjunto de normas que determinan cómo debe actuar diariamente con los administrados en los diferentes tipos de actos, contratos; etc., y en lo que se refiere a los contratos de obra se rige por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de Aplicación y Resoluciones, que para el efecto dicte el SERCOP, es decir, la contratación de obras se encuentra reglada en todas sus etapas; no obstante ello, en varios casos la Administración, por motivos de orden nacional e institucional, modifica lo que en principio son las reglas de juego al cual el oferente se debe someter, esto está íntimamente ligado con los principios que se trataron en el capítulo anterior, que son el hecho del príncipe y el *ius variandi*.

A manera de ejemplo, en el caso de una obra varias veces se modifican las condiciones técnicas inicialmente establecidas, por tal circunstancia el oferente y posterior contratista se ve en un grado de inferioridad ya que como no se encuentra prevista en los modelos de pliegos y contrato la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en las que este pueda modificarse, es importante que se regule o se recoja por parte del SERCOP en los modelos de pliegos los pasos que deben seguir las entidades para modificar lo pactado inicialmente, y que si este cambio llega a producir un desequilibrio económico, le sea reconocido al contratista, de tal manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados fundamentales para la adjudicación del contrato.

Ahora bien, en el ejercicio de las funciones que realiza el Estado, este no actúa únicamente de forma reglada, es decir, cumpliendo lo determinado por el ordenamiento jurídico, sino que también actúa de manera discrecional, que es cuando en situaciones o circunstancias de hecho las autoridades están en la libertad de decidir y tomar medidas que son aplicadas al administrado, pues no ha existido previamente un comportamiento mandatorio por parte de la ley. La decisión de aplicar uno u otro

⁵⁴ Dromi, *Derecho administrativo*, 575.

criterio al administrado, sin que exista una norma que le mande a actuar de tal manera y dependiendo la relación jurídica en la que se encuentre, se la conoce como actividad discrecional.

En la doctrina, al hablar de potestad discrecional, se manifiesta lo siguiente:

Ese denominador común que se encuentra presente en todas las formas y especies de discrecionalidad <<hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones...mediante una elección entre diferentes alternativas...>>. (...) no puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad de opción que le permite a la Administración elegir <<entre actuar y no actuar>> (discrecionalidad de actuación), mientras que en otros supuestos se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección).⁵⁵

En el mismo sentido, la doctrina manifiesta que para hablar de potestades discrecionales en manos de la administración pública se debe tener presente:

1. Ausencia de reglamentación legal en una determinada materia y que, por otra parte, y, en relación con la misma, no pese sobre la actuación administrativa un principio prohibitivo;
2. Que de la estructura lógica de la norma se desprenda una posibilidad de elección administrativa, es decir se desprenda que el legislador ha querido atribuir discrecionalidad;
3. Que en los casos en que la elección esté predeterminada por la ley, los Tribunales no puedan subrogarse en la apreciación de los criterios tenidos en cuenta por la Administración al decidir, bien por su carácter técnico, bien porque carezca de elementos de juicio razonables para subrogarse.⁵⁶

Pablo Dávila define a los actos discrecionales así:

Por actos discrecionales se debe entender como aquellas actividades que dependen de la decisión del órgano con competencia para tomarlas, brindado la misma norma varias posibilidades de ejecución, siendo cualquiera de ellas legítima. Tampoco deben confundirse con la arbitrariedad, porque sea cual sea la decisión de la autoridad, deberá estar debidamente fundamentada.⁵⁷

⁵⁵ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009), 192.

⁵⁶ Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 209.

⁵⁷ Pablo Oswaldo Dávila, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana* (Quito: LC Editora, 2015), 190.

Es entonces necesario delimitar que en lo que refiere a la contratación pública, y específicamente a las obras, existen varios campos en los que la Administración utiliza su potestad discrecional para modificar los contratos; un ejemplo apropiado sería cuando el bien debe ser entregado en un lugar determinado y dicha entrega al momento de presentar la oferta contó con un valor de transporte; sin embargo, la Administración por motivos de infraestructura ordena la entrega en otro lugar no previsto en el contrato, derivándose de esta acción un alza en el costo; situación que ni los pliegos ni el contrato había previsto. Pero el contratista no puede reclamar un costo adicional por el cambio de lugar de entrega, puesto que no consta en el contrato, por lo que no lo reclama y asume costos sin que la Administración se digne reconocer.

Adicionalmente, las potestades discrecionales que tiene el Estado también pueden permitirle restablecer el equilibrio económico, ya que al momento de incluir en el contrato la cláusula de reconocimiento pecuniario por eventuales modificaciones que esta realice, obviamente amparados en informes técnicos, económicos y jurídicos, el contratista no se verá afectado por decisiones que la Administración adopte en ejercicio de sus potestades que le son propias y que las ha tomado en función de no causar perjuicio al contratista.

2.3. Límites

La base fundamental de la discrecionalidad es tener un abanico de posibilidades que permitan dar solución a un determinado problema, y por eso en el presente estudio se ha tomado a las potestades discrecionales como un mecanismo que permitirá el restablecimiento del equilibrio económico contractual; empero, esa libertad debe estar dentro de los márgenes de la ley y el derecho, sin olvidar el acierto y la oportunidad que el órgano administrativo debe tener en cuenta a la hora de tomar una decisión. Es por eso que al hablar de potestades discrecionales hay que hablar de límites a dicha potestad, pues esta no puede ser aplicada en términos de un abuso de poder, sino que la Administración deberá tener presentes algunos conceptos que se verán enseguida y que son fundamentales a la hora de decidir, aplicar e incorporar la cláusula contractual que se ha venido mencionando en este capítulo.

Respecto a los límites jurídicos, la doctrina dice que son aquellos “impuestos al poder discrecional que pueden considerarse principios generales del derecho, es

decir, los principios fundamentales que no están escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas”.⁵⁸

La LOSNCP, en su Art. 4, establece que: “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”. Es decir, en el ordenamiento jurídico nacional, sí están los principios en los cuales se debe basar la Administración para sus actuaciones, lo que es positivo para el accionar dentro de la contratación de obras.

Dentro de los límites jurídicos a los que debe someterse la Administración están los siguientes:

1. Razonabilidad. Se trata de que la actuación administrativa tenga su fundamento en la ley, que encuentre su razón de ser en el ordenamiento jurídico aún de manera implícita, autorizando a realizar determinado acto.

Este principio va de la mano del de legalidad, que se encuentra en el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que determina: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Para el profesor Dromi, la razonabilidad se resume de la siguiente forma:

La razonabilidad limita la actividad administrativa discrecional por el mismo orden jurídico de una forma más o menos elástica, vaga o imprecisa, necesitada de una investigación de hecho en cada caso concreto; una decisión administrativa es irrazonable cuando falla en su fundamentación, o no guarda una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin de las normas que se aplican. (...) Lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, por oposición a lo irrazonable, arbitrario, injusto. La razonabilidad consiste, desde este punto de vista, en una valoración jurídica de justicia.⁵⁹

Esta limitación lleva a evaluar cuándo la Administración aplica criterios que no son razonables, por ejemplo en la decisión de poner de multas, varias veces se impone sanciones al contratista que no van acorde con su incumplimiento, tal es así que en

⁵⁸ Dromi, *Derecho administrativo*, 579.

⁵⁹ *Ibíd.*, 581-2.

ciertos casos la multa supera el monto contractual, y en su debido momento la Administración no aplica criterios de razonabilidad sino que más bien termina unilateralmente el contrato.

2. Finalidad. La definición que hace Dromi es: “La interpretación de la finalidad y su comprensión están circunscriptas por una valoración jurídica mentada por la ley. Los fines, como cualquiera de los otros contenidos dogmáticos de la norma, describen el sustrato de conducta querida por la ley, y son comprendidos en esa compleja vivencia de la valoración jurídica, que pueden estimar ilegal un obrar administrativo por desviación de fines”.⁶⁰

En cuanto a la finalidad, hay que tener en cuenta que la Administración debe considerar en sus actuaciones el interés público y la debida ejecución del contrato y no desviar con la actuación de sus órganos a fines personales, ajenos a la administración o a fines administrativos distintos de los queridos por la ley, como es el caso de abuso de poder, que se define como:

El hecho del agente administrativo que realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de Derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad, y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario calificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual le han sido conferidos...⁶¹

De este concepto puede deducirse que el abuso de poder es aquel comportamiento en el que incurren servidores públicos, a pesar de que sus actos aparenten cumplir con el principio de legalidad (cumplimiento de las normas que integran el bloque de legalidad), pero los fines de dichas actuaciones no están destinados a garantizar el interés general sino que buscan objetivos diversos, como los intereses personales o de terceros. En otras palabras, al indagar sobre las verdaderas intenciones de los servidores públicos, se puede llegar a configurar que sus actuaciones no tienen el afán de garantizar el interés de la colectividad, sino que el individuo obra

⁶⁰ *Ibíd.*, 582.

⁶¹ Garrido Falla, *Tratado de derecho*, 210.

con el ánimo de favorecer sus propios intereses o los de un tercero ajeno al interés público.⁶²

3. Buena fe. La buena fe como límite a la discrecionalidad de la Administración es un supuesto que rige todas las relaciones jurídicas del Estado, esta significa que el hombre cree y confía en que una declaración de voluntad tendrá los mismos efectos normales, usuales y comunes que otros actos normalmente han tenido en casos similares.

Para la doctrina, la buena fe es tratada de la siguiente manera:

El principio de la buena fe, como principio general del derecho, consiste en nutrir el valor de la confianza las relaciones jurídicas. En lo referente al derecho administrativo, es un principio que tiene como fin humanizar las relaciones entre el Estado y los administrados, incorporando la confianza mutua.⁶³

La buena fe se presume al momento de celebrar el contrato tanto para el contratante como para el contratista, entonces con mayor razón se debe reconocer un cambio que la Administración seguramente no hace con mala fe, porque siempre mira el interés general; pero esa buena fe debe plasmarse en un reconocimiento por los cambios realizados en el contrato, y que el contratista no lo debe asumir sino ser reconocido.

Por otro lado, Miriam Ivanega señala:

De la buena fe surgen reglas interpretativas, entre ellas: Las cláusulas de una declaración de voluntad no deben interpretarse aisladamente, sino de acuerdo con su contexto general; El principio impone la obligación de hablar claro.

Se distinguen la buena fe objetiva (buena fe-creencia o buena fe-confianza) y la buena fe subjetiva (buena fe-probidad o buena fe lealtad). La primera se refiere a la convicción razonable y diligente del contratante, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo, pues existe una situación invencible para poner de resalto la verdad jurídica. Es la impecable conciencia de que se está obrando conforme a derecho. La buena fe subjetiva indica que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de ley privada. Las partes en un contrato, deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta concepción de la buena fe-lealtad (o probidad) implica: a) colaboración recíproca; b) abstención de actos antifuncionales; c) brindar conocimiento al otro

⁶² Ernesto Matallana Camacho, *Manual de contratación de la administración pública* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 390.

⁶³ Luis Eduardo Mesa Nieves, *La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración Pública* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, 2002), 62-3.

contratante de actos dañosa para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte.⁶⁴

La Administración tiene que tener presente la buena fe, y en ejercicio de sus poderes no puede ignorar o suprimir aspectos tan relevantes para el oferente y luego para el contratista; es decir, desde la creación de la necesidad la Administración debe poner sus reglas claras, pues de lo contrario cuando se acatan esas reglas de juego que supuestamente fueron hechas de buena fe -y en la práctica no lo son- se está frente a un grave problema en la etapa de ejecución contractual.

4. Igualdad. La igualdad como límite a la potestad discrecional dentro de los contratos administrativos de obra, de manera particular y de manera general a la contratación pública, es:

La igualdad ha sido configurada como un principio de justicia, como una cualidad que se encuentra ligada a la justicia, considerando que donde hay igualdad hay justicia y viceversa. En el ámbito de la contratación pública, exige, que todos quienes se hallen aptos para participar en un proceso de contratación reciban igual trato sin discriminación alguna. Las entidades contratantes deben establecer condiciones que permitan tal participación, esto significa, sin incluir circunstancias que limiten o sitúen a determinados oferentes en estado de superioridad o de preferencia. Por ende, en un procedimiento precontractual, no puede existir diferencia alguna entre los oferentes, participarán en “igual condición entre ellos, ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley, para ser adjudicados, tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes.”⁶⁵

La igualdad debe verse reflejada a la hora de decidir, por ejemplo en la aplicación de continuar o no con la ejecución contractual cuando el contratista ha superado el cinco por ciento del monto contractual en cuanto a multas, ya que la ley permite continuar o terminar el contrato; sin embargo, en varias ocasiones la Administración aplica diferentes criterios, los que no guardan relación con decisiones precedentes bajo las mismas circunstancias.

⁶⁴ Miriam Mabel Ivanega, “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, Derecho y debate (revista en línea), 2008: <<http://derechoydebate.com/admin/uploads/53a867e859474-miriam-ivanega-el-principio-de-buena-fe-en-los-contratos.pdf>>, 3.

⁶⁵ María Luisa Jimbo Galarza, “Estudio del principio de igualdad en la contratación pública y su relación con la contratación preferente en los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2015), 30.

2.3.1. Límite técnico

Este límite le implica a la Administración que varias de sus actividades son estrictamente técnicas y, enfocando en la contratación de obras, esta debe fundar sus actuaciones en criterios netamente técnicos y no arbitrarios, que a la luz de un criterio experto en la materia podría dar o tener una perspectiva diferente al que otro órgano de la misma entidad haya emitido con anterioridad. En efecto, para que la contratante resuelva un contrato es necesario contar con informes técnicos que permitan emitir un juicio determinante a la hora de sancionar al contratista y no solo basarse o ampararse en aspectos como los de apreciación subjetiva de los hechos, más aún cuando el profesional encargado de la sanción no tiene conocimiento de la realidad de los hechos.

2.4. Eliminación de la renuncia al reajuste de precios en los contratos de obra

Como se indicó anteriormente, una de las formas de restablecer el equilibrio económico es eliminando la renuncia al reajuste de precios, que, básicamente, constituye un mecanismo de reconocimiento por la variación de precios que puedan sufrir algunos rubros durante la ejecución contractual. Según considera William López Arévalo: “El reajuste de precios es una de las formas en que se preserva el equilibrio o la ecuación económica del contrato. El derecho del contratista a este reconocimiento proviene de una norma de orden público de imperativo cumplimiento, que no puede ser renunciada a priori por las partes”.⁶⁶

Con el mantenimiento del reajuste de precios se permitiría al contratista mantener el equilibrio económico, pues es garantía de que la Administración reconocerá valores cuando los precios varíen. El ordenamiento nacional tiene que, todo aquello que se someta al régimen de precios unitario se somete al sistema de reajuste de precios, así, el Art. 82 de la LOSNCP determina:

Sistema de reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también

⁶⁶ William López Arévalo, *Tratado de contratación pública* (Quito: Jurídica del Ecuador, 2010), 170.

reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad.⁶⁷

Como se ve, en la LOSNCP sí se encuentra prevista la revisión o reajuste de precios, sin embargo el artículo 131 del Reglamento a la Ley establece: “Como el derecho a percibir el reajuste es de aquellos que se pueden renunciar, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes”.

Con fundamento en este artículo de la LOSNCP, en muchas ocasiones la Administración hace que el contratista renuncie al reajuste, y como este se encuentra en situación de inferioridad frente a la entidad contratante decide renunciar, es por eso que en el presente trabajo se propone la eliminación de dicho texto, ya que perjudica al contratista el hacerle renunciar a un reconocimiento económico al que puede tener derecho en la eventualidad de que se ocasione la variación de precios que sufren algunos productos que son necesarios para la ejecución de la obra. El autor Holger Vimos Reinoso manifiesta que:

Debido a que en nuestra economía existen fenómenos que distorsionan el valor de los productos (bienes, servicios y obras), es necesario incluir mecanismos que permitan mantener el equilibrio económico del contratista, razón por la cual se incluyen las fórmulas de reajustes de precios (fórmulas polinómicas). Si en los contratos públicos no se incluyen las fórmulas de reajuste de precios o no se aplican las mismas a favor del contratista, se le estará perjudicando gravemente.⁶⁸

Y este perjuicio alude al hecho de que el contratista puede quedar perjudicado de manera irremediable en su economía, de tal manera que una situación como esta lo saque del mercado de forma definitiva.

2.5. Inalterabilidad de las condiciones establecidas en los pliegos

Otro mecanismo para mantener el equilibrio económico es la inalterabilidad de las condiciones establecidas en los pliegos, pues el conservar las reglas de juego, no solo jurídicas también técnicas y económicas, llevará a que el contratista tenga seguridad de contratar con el Estado. En algunas ocasiones se ha encontrado que la

⁶⁷ LOSNCP, Art. 82.

⁶⁸ Holger Vimos Reinoso, *Reajustes y conflictos en los contratos públicos* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2001), 31.

entidad contratante modifica los planos originalmente aprobados, y eso trae consecuencias de subida de presupuesto, y como no está prevista en el contrato ninguna cláusula que permita reconocer las variaciones del diseño, el contratista pierde altas sumas de dinero por asumir riesgos que no son imputables a él.

Por ese motivo, es necesario que se mantengan las condiciones inicialmente pactadas y no disfrazar muchas veces con contratos modificatorios para no reconocer al contratista los valores a que tiene derecho por el cambio realizado.

La inalterabilidad de las condiciones de los pliegos debe estar estipulada como cláusula contractual. La Administración, al momento de la suscripción del contrato, deberá reconocer que cualquier modificación de las condiciones de los pliegos dará derecho al contratista a pedir resarcimiento económico, desde luego sin olvidar que para esa afirmación la Administración deberá contar con sustentos técnicos y legales para proceder a la indemnización; porque hay que tener presente que alterar las condiciones significaría un incumplimiento contractual y eso debe ser analizado por la entidad, ya que si ella busca el interés general y tiene como objetivo que se ejecuten obras, no puede caer en un incumplimiento. Por tal motivo deberá argumentar los cambios y en base a ello reconocer al contratista.

2.6. Cláusulas de renegociación de contrato

Dentro de las cláusulas que tienen como función restablecer el equilibrio económico, también se encuentran las de renegociación del contrato, que son aquellas que se incluyen como previsión de los acontecimientos futuros que puedan suscitarse en la ejecución contractual, es decir, las partes señalan conductas que adoptarán cuando el contrato se altere por situaciones que no se pudieron pensar a la fecha de celebración del contrato. Pero esto solo será posible si se establecen causas por las cuales se puede reaver el contrato, como por ejemplo la cancelación de intereses por retardo en el pago. Así también, el cruce de cuentas que opera cuando el contratista debe por multas una cierta cantidad de dinero y el contratante, a su vez, se encuentra en deuda.

Existe asimismo la posibilidad de disminuir el porcentaje de las multas originadas en la imposibilidad de continuar con la ejecución contractual por causas de la contratante, como por ejemplo la falla en los estudios o el rediseño de la obra; en

fin, esto podría proporcionar una gran solución para mantener el equilibrio económico y restablecer cualquier daño que pudiese ocasionar la ejecución misma del contrato.

Conclusiones

Al finalizar el estudio del presente tema y una vez analizadas todas las aristas de la responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de obra cuando no se han respetado las cláusulas inicialmente pactadas, o han realizado actos o hechos contrarios a lo establecido por las partes, se considera que la Administración está en la obligación de reparar el daño, haya habido o no culpa.

En tal virtud, es posible concluir que en el Estado de Derecho la responsabilidad en cuanto a obligación de reparar el daño causado es uno de los principales fundamentos de ese tipo de ordenamiento jurídico. Si el Estado es el responsable de los daños causados por incumplimiento o ejercicio de sus potestades exorbitantes durante la ejecución de un contrato, es responsable de la reparación por el daño ocasionado.

La reciprocidad de las prestaciones al momento de suscribir un contrato debe mantenerse hasta su culminación, so pena de que la Administración, por diversas causas o motivos, modifique las condiciones inicialmente establecidas y tenga que reconocer pecuniariamente el daño producido al contratista.

Los mecanismos que permiten reconocer el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de obra conducen a lograr que las prestaciones iniciales logren tener una equivalencia por los cambios hechos por la Administración, de tal manera que la bilateralidad de los contratos no se vea alterada.

La Administración tiene la prerrogativa de exigir el cumplimiento del contrato sin interrupciones ni dilaciones; sin embargo, dicha exigencia también debe ser reconocida al contratista si las condiciones contractuales cambian por motivos ajenos a su gestión. No hay equilibrio contractual si se exige y no se cumple lo acordado en el contrato, pues debe existir una colaboración mutua.

La falta de reconocimiento económico por parte de la Administración cuando esta realiza cambios o deja de cumplir sus obligaciones rompe el principio de buena fe y la bilateralidad en un contrato administrativo.

Las potestades que tiene la Administración y que le son propias, le otorgan la potestad de mutar el contrato; sin embargo, esto no debe llevar a romper la ecuación contractual, esta debe ser inalterable.

El derecho de solicitar la revisión del contrato por parte del contratista cuando hubiese sufrido alteraciones o modificaciones, debe encontrarse expresamente en el contrato y por causas debidamente justificadas.

La renegociación del contrato debe ser en su totalidad, evaluando no solo una afectación en particular sino el contrato en su integralidad.

La demora en el pago al contratista debe llevar aparejado un reconocimiento de intereses por parte de la Administración, ya que cuando a este se le termina unilateralmente por causas no imputables a él, sí se le cobra intereses; entonces existe una desigualdad a la hora de sancionar al contratista.

La responsabilidad contractual del Estado debe reconocerse con culpa o sin ella porque existe un derecho de un particular denominado cocontratante, que si bien es cierto es aquel que une esfuerzos con la Administración para lograr el bien de la sociedad, no deja de tener derecho de reclamar el perjuicio que le causan por decisiones que afectan la ejecución de un contrato de obra; es decir, existe la obligación de reparar el daño porque, además, el hecho del príncipe y el *ius variandi*, si bien son principios que rigen la contratación administrativa, no dejan de ser puntos de partida para que se reconozcan perjuicios ocasionados a los particulares por cuanto dichas decisiones casi siempre recaen sobre el área económica.

El Estado y el Derecho no pueden estar separados, y por ende esta permanente unión permitirá la construcción de esquemas jurídicos que llevarán a una convivencia equilibrada y ordenada; pues esto se logrará por la observancia y valoración de derechos que deben ser respetados por el Estado.

El Estado, para concretar sus planes y objetivos, interviene en la vida social, es por eso que concurre a ella para ayudarse y cumplir con sus cometidos esenciales para una óptima prestación de servicios públicos, pues esto se verá realizado y plasmado con la construcción de puentes, carreteras, presas, explotación de recursos naturales, construcción de hospitales, escuelas, fábricas, etc., actividades que le permiten cumplir con sus fines.

Las prerrogativas que tiene la Administración son propias del contrato administrativo, pero su ejercicio no debe ser ilimitado sino que deberá observar el ordenamiento jurídico, que va de la mano con lo estipulado en el contrato. Es obligación respetar límites y potestades discrecionales para que la Administración no incurra en abuso de poder.

El riesgo y ventura que asume el contratista, que dicho sea de paso es un principio de la relación jurídica del cocontratante con el Estado, por las potestades que tiene la Administración, debe traer como consecuencia que el riesgo que asume el contratista no puede ser entendido en la medida de que todo lo que suceda en la ejecución contractual debe ser asumido por el contratista y, consecuentemente, cause un desequilibrio económico.

Para el particular la mayor garantía en el contrato para el mantenimiento del equilibrio económico es el irrestricto respeto de lo pactado, y el no arrebatamiento de los derechos del contratista; pues el perfeccionamiento del contrato con cláusulas que prevean actos o hechos que sucedan en la ejecución contractual para mantener el equilibrio económico, será el supuesto ideal de su relación contractual con el Estado.

Los criterios de imputación de la responsabilidad y la reparación de los daños causados, específicamente como resultado de la actividad de los órganos públicos, deben ser incluidos en el sistema legal para evitar situaciones de desigualdad e injusticia, que violentan los principios del Estado de Derecho, y para efectos del presente estudio del contrato.

Se deben buscar los mecanismos jurídicos (ágiles y eficientes) con la finalidad de que el Estado pueda ejercer su derecho de repetición sobre los funcionarios que por su dolo hayan realizado acciones en contra de los contratistas.

Finalmente, los órganos públicos -que son quienes están a cargo del quehacer diario en la Administración- tienen la obligación de realizar una actividad, y si esta va en contra de los derechos del contratista, se produce un daño o una lesión a los derechos de los particulares (contratistas) que participan en la consecución del Estado en la prestación de servicios; no obstante lo señalado, se debe tener cuidado de que el Estado no se transforme en un ente paternalista que satisfaga todas las necesidades de los individuos, porque de lo contrario también por reparar el daño por todo aquello que ocasionan sus órganos públicos sufrirá franqueables pérdidas económicas.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. *Código Civil Ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial, 2015.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial, 2008.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi: Registro Oficial Suplemento 395 de 04 ago.-2008., 2004.
- Béjar, Luis José. *Curso de derecho administrativo*. México, D.F.: Novum, 2012.
- Benavides, José Luis. *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Vol. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2010.
- . *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.
- Collazos Solano, Elvio Hernán. «fer.remington.edu.» junio de 2013. www.fer.remington.edu.co/index.php/PYP/article/view/5970 (último acceso: 07 de 05 de 2016).
- Dávila, Pablo Oswaldo. *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: LC Editora, 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- Emili, Eduardo. *El equilibrio contractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002.
- Farrando, Ismael. *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002.
- Fernandez Mejía, Luisa. *La responsabilidad contractual del Estado*. Bogota: Jurídica Radar, 1987.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Vol. 1. Madrid: Civitas, 2013.
- García Gómez de Mercado, Francisco. *Manual de contratación del sector público*. Comares, 2011.
- Garrido Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmeda, y Herminio Lozada Gonzalez. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 2. Madrid: Tecnos, 2012.
- Gómez Sanchis, Daniel. *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2002.

- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Hernández Silva, Patricia Aida. «La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?» *Revista de Derecho Privado No. 14*, 2008: 171-191.
- Ivanega, Miriam Mabel. «derechoydebate.com.» 2008. <http://derechoydebate.com/admin/uploads/53a867e859474-miriam-ivanega-el-principio-de-buena-fe-en-los-contratos.pdf> (último acceso: 08 de 05 de 2015).
- Jimbo Galarza, María Luísa. «Tesis.» *Estudio del principio de Igualdad en la contratación pública y su relación con la contratación preferente en los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.
- Lara, Andrea. *Dirección y control. La prerrogativa de dirección y control*. Vol. 2. Bogotá: Tecnos, 2012.
- López Arévalo, William. *Tratado de contratación pública*. Quito: Jurídica del Ecuador, 2010.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2000.
- Martínez, Patricia Raquel. *Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo*. Buenos Aires: Lesis Nexis- Abeledo Perrot, 2002.
- Matallana Camacho, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Mesa Nieves, Luis Eduardo. *La actividad contractual y la responsabilidad en la Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002.
- Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*. Vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Bogotá: Temisa, 2012.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

Sentencia resolutorio de Caso Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca. en Registro Oficial 414 (Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 6 de 09 de 2004).

Socías Camacho, Joana M. «uib.es.» enero de 2002.
www.uibe.es/es/personal/ABDE5MjE (último acceso: 03 de 05 de 2016).

Tomás, Hutchinson. «La Responsabilidad Administrativa del Estado de Orígen Contractual.» (Rubinzal - Culzoni Editores) 2007.

Vimos Reinoso, Holger. *Reajustes y conflictos en los contratos públicos.* Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.