

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Administrativo

**La inmutabilidad del contrato administrativo en el Ecuador y
sus efectos jurídicos – operativos**

Diego Francisco Chiriboga Mena

Quito, 2016



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN TESIS

Yo, Diego Francisco Chiriboga Mena, autora de la tesis titulada “La inmutabilidad del contrato administrativo en el Ecuador y sus efectos jurídicos – operativos”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con los requisitos previos para la obtención del título de Magíster 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 lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a los terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico

Quito, septiembre de 2016

Diego Francisco Chiriboga Mena

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

**La Inmutabilidad del Contrato Administrativo en el Ecuador y sus
Efectos Jurídicos – Operativos**

Autor: Abg. Diego Francisco Chiriboga Mena

Tutor: Dr. Pablo Andrés Morales

Quito, 2016

Resumen

El presente trabajo investigativo pretende dilucidar si los contratos administrativos suscritos al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pueden ser modificados, ya sea a través de la facultad exorbitante del *ius variandi* o en su defecto, por medio de disposición y facultad expresa de la norma.

En tal virtud, el trabajo analiza la doctrina administrativa más relevante respecto a las modificaciones de los contratos administrativos, así como las razones que justifican tal postura. También se analiza la tesis doctrinaria opuesta, es decir, aquella que determina que los contratos administrativos no pueden ser modificados como regla general.

En el segundo capítulo del presente trabajo, se realiza un análisis exegético de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones emitidas por el SERCOP con el fin de determinar cuál de las dos tesis doctrinarias se encuentra vigente en el Ecuador y las razones de dicha afirmación, para posteriormente concluir, si es plausible o no la modificación de los contratos suscritos al tenor de la norma mencionada.

Finalmente, en el capítulo final, se analizan las consecuencias jurídico y operativas que se desprenden de la postura doctrinaria escogida por el constituyente ecuatoriano al momento de expedir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, observando y utilizando para el efecto, la experiencia y práctica que se desprende de varias instituciones públicas en la aplicación de la norma en estos ocho años de vigencia.

Agradecimiento

A mi novia, Sara Rodríguez Aguinaga. Por todas esas horas que estuvimos solos, juntos, acompañándonos en la elaboración de nuestros respectivos trabajos.

A mi tutor, Pablo Andrés Morales, un excelente profesional y un ser humano encomiable. Su responsabilidad, diligencia y profesionalidad hicieron este trabajo posible.

Tabla de contenido

Capítulo uno	8
La modificación de los Contratos Administrativos	8
1.1. El Contrato Administrativo	8
1.2. Clases de contratos administrativos	13
1.3. Las facultades exorbitantes de la administración pública en los contratos administrativos	15
1.4. La mutabilidad del contrato administrativo	17
1.5. Ámbito de modificación del contrato administrativo.....	32
1.6. La inmutabilidad del contrato administrativo	35
Capítulo dos	44
El modelo ecuatoriano respecto a la modificación de los contratos administrativos	44
2.1. La legislación ecuatoriana respecto a los contratos administrativos.....	44
2.2. El principio de legalidad e igualdad en los contratos administrativos ecuatorianos.....	46
2.3. El contrato modificadorio	47
2.4. El contrato complementario	49
2.5. Actuaciones administrativas que modifican las condiciones contractuales	52
2.6. Prohibiciones expresas de modificación	60
2.7. Excepciones.....	63
Capítulo tres	66
Efectos y consecuencias de la ausencia del ius variandi en la contratación pública ecuatoriana	66
3.1. La ausencia del ius variandi y la rigidez de los contratos administrativos	66
3.2. La <i>utopía</i> de los estudios previos contractuales	68
3.3. El principio de los actos propios como contraposición a la necesidad de modificación contractual	71
3.4. Los efectos jurídicos y operativos de la inmutabilidad de los contratos.....	75
3.5. La renuncia al anticipo	87
Conclusiones	90
Bibliografía	92

Introducción

El 22 de julio del 2008, la Asamblea Constituyente, aprobó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, misma que se publicó en el Registro Oficial N° 395 de 04 de agosto del 2008. Dicha Ley, no solo derogó la Codificación de la Ley de Contratación Pública del 2001 y la Ley de Consultoría del 2004, sino que cambió radicalmente la contratación administrativa en el Ecuador, creándose una institución rectora, generándose un registro único de proveedores, estandarizándose todos los procedimientos precontractuales de selección, incorporándose mecanismos tecnológicos y dinámicos de participación, permitiendo la aplicación de políticas públicas a través de la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, entre un sinnúmero de instituciones modernas de contratación administrativa que ya se utilizaban en otros países.

El problema surge al observar que nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha fortalecido y desarrollado de manera bastante prolija los procedimientos precontractuales a través de cuales, las entidades públicas pueden adquirir bienes, servicios u obras; sin embargo, descuida sobre manera, la regulación de los contratos administrativos en su etapa de ejecución, así también excluye establecer un régimen obligacional especial para esta clase de contratos. En especial, el legislador constituyente aparentemente ha omitido uno de los principios doctrinarios relacionados a los contratos administrativos: el del *ius variandi*, es decir, la facultad exorbitante de modificar el contrato. Igualmente, al parecer ha omitido también la facultad de utilizar otros mecanismos de modificación contractual que están asociadas al interés público que debe conseguir la administración pública.

La posible eliminación de un principio que comúnmente se encontraba asociado a los contratos administrativos, está causando un accionar heterogéneo en las distintas entidades públicas en las cuales, o bien se modifican los contratos sin que se realice un prolijo análisis jurídico, o bien no se modifican los contratos generándose un problema mayor que no puede ser solucionado fácilmente.

Capítulo uno

La modificación de los Contratos Administrativos

1.1. El Contrato Administrativo

En un primer momento, podría parecer reiterativo o inclusive excesivo, iniciar el presente trabajo investigativo recordando las distintas definiciones de contrato administrativo que, todo doctrinario que se aprecie como tal, lo ha realizado en algún momento de su carrera. Sin embargo, el entendimiento de la naturaleza del contrato administrativo y su posible gran diferencia con los contratos civiles, es la clave para entender la razón del porqué se permite o se prohíbe su modificación. De hecho, y como se recapitulará más adelante, gran parte de la doctrina se posiciona en la tesis que las administraciones públicas también suscriben contratos privados o contratos de derecho privado y por lo tanto, en la presente investigación también debería preguntarse si cabe la modificación de los contratos privados suscritos por las administraciones públicas.

En todo caso, y con el objetivo de esclarecer si las entidades de derecho público ecuatorianas suscriben contratos administrativos y contratos civiles, o en su defecto, solo contratos administrativos, se deberá recapitular las razones mismas del por qué esta clase de entidades pueden suscribir instrumentos convencionales.

En tal sentido, es pertinente recordar que las entidades públicas, con el objetivo de cumplir sus fines y atribuciones, tienen distintas formas de actuación: en un primer momento podría *por sí misma* ejercer la actividad que requiera, o en su defecto, podría *requerir de un particular* o administrado dicha colaboración. Sin embargo, en ese caso, como nos recuerda Marienhoff:

La colaboración que el Estado requiera del administrado puede ser forzosa o voluntaria: la primera da lugar a una carga pública o prestación personal obligatoria, e incluso podría determinar una requisición transitoria de dinero o de cosas (...); la segunda puede dar lugar a los contratos de la Administración Pública.¹

¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3, *Contratos de la Administración Pública, teoría general y de los contratos en particular* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006), 2.

Ahora bien, la participación voluntaria del administrado (ya sea persona natural o jurídica), que se instrumentaliza a través de una declaración bilateral productora de efectos jurídicos, para el doctrinario argentino Roberto Dromi, se lo realiza a través de un *contrato administrativo*. Es decir, para el señalado autor todos los contratos suscritos por la administración pública son contratos administrativos².

El autor en tal sentido, manifiesta que no hay distinción entre “contratos públicos”, “contratos estatales”, “contratos de la administración” o “contratos en la función administrativa” y que tampoco existen una distinción entre contratos administrativos y contratos privados suscritos por la administración, ya que el Estado, al poseer una personalidad única que se rige por el derecho público, la naturaleza de sus contratos suscritos, será siempre administrativa.

Los administrativistas Agustín Gordillo, Sayagués Laso, Duguit y Santamaría de Paredes comparten el mismo criterio. Por ejemplo, el primer autor citado señala:

[...] los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso. En efecto, se ha advertido que “son muy raros –si es que los hay–,” los contratos de la administración que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse como privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado.³

Sayagués Laso igualmente menciona que “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado [...] y referirse en cambio, a los contratos de la administración”⁴.

Lastimosamente, la doctrina no es unánime al respecto, y para muchos autores, los contratos suscritos por las administraciones públicas, pueden ser, o bien contratos administrativos, o bien contratos civiles; generando inclusive varias corrientes y teorías para lograr determinar cuándo se trata de uno u otro caso: por el origen del instrumento, por la naturaleza o finalidad del negocio jurídico, por la

² Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001), 182.

³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), 514.

⁴ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho administrativo* (Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1953); 536-7.

jurisdicción que conoce las controversias, por la forma de contratación, por la existencia de cláusulas exorbitantes, etc⁵. Los autores Laubadère, Gastón Jéze, Garrido Falla y Marienhoff se decantan por esta tesis divisoria. Es así que Laubadère advirtió que si bien es cierto que la noción misma de contrato es única, común al derecho administrativo y al derecho privado, no se debe olvidar que el *régimen jurídico* de esos dos tipos de contratos es diferente⁶. Marienhoff por su parte señala que “la distinción entre un contrato “*administrativo*”, propiamente dicho, y un contrato de “*derecho común*” de la Administración Pública, es fundamental, dadas las *diferentes* consecuencias jurídicas que derivan de cada uno de ellos”⁷.

También la autora española Catalina Escuin Palop comparte esta postura, llegando a afirmar:

La Administración, como nos consta, está sometida a un régimen jurídico administrativo, pero como persona jurídica goza de autonomía para entablar relaciones jurídicas de carácter privado, siempre que no esté obligada a someter su actividad contractual a un régimen jurídico administrativo. De ahí que en línea de principio cabe afirmar que la Administración puede concertar cualquier negocio jurídico privado.⁸

Respecto a la doctrina ecuatoriana, encuentro que la mayoría de los autores se decantan por la posición de Dromi y Gordillo, es decir que todos los contratos suscritos por las administraciones públicas son *administrativos*, sin que deba existir ninguna diferenciación con contratos de régimen común. Por ejemplo, Nicolás Granja Galindo menciona:

Desde luego, ni tampoco nuestras leyes han consagrado ninguna distinción a este respecto, porque ninguna disposición constitucional ni legal las han definido hasta el momento [...]. De esta manera, diremos que la distinción que pretenden hacer algunos autores entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, no se compadece con la verdad jurídica...⁹

⁵ En el presente trabajo, no se analizará en detalle el sin número de posturas que justifican la división entre contrato administrativo y contrato civil de la administración, sin embargo, se recalca que en las obras de cada autor administrativista, se encuentra su explicación al respecto.

⁶ André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970), 281-2.

⁷ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3, 29.

⁸ Catalina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005), 675.

⁹ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 1992), 336.

El administrativista, Patricio Secaira Durango define a los contratos administrativos a todos “aquellos acuerdos de voluntades en los cuales al menos una de las partes es la administración pública”¹⁰, sin que realice ninguna diferenciación especial respecto a otra clase de contratos. También el abogado Pablo Oswaldo Dávila menciona que el contrato administrativo “es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”¹¹.

Por lo tanto, sin poder llegar a afirmar que existe una tesis dominante sobre la división en la naturaleza de contratos suscritos por la Administración Pública, al menos considero que es posible hacer eco de lo señalado en la enciclopedia jurídica Omeba que expresó: “Aun siendo teoría en la actualidad *declinante*, uno de los criterios para caracterizar los contratos administrativos consiste en recurrir a la doble personalidad de la administración”¹². Es decir, es posible afirmar que la tesis divisoria de los contratos públicos se encuentra claramente en discusión y declive.

El autor Ramón Parada también señala que dicha distinción sólo está presente desde hace siglo y medio en algunos derechos europeos y ausente en muchos otros¹³, lo que es inclusive precisado por Eduardo García de Enterría, quien manifiesta que la distinción de ese ámbito común de dos subespecies, contratos administrativos y contratos privados, es una distinción perfectamente ocasional propia del derecho español y del francés, pero desconocida en el derecho italiano, anglosajón y germánicos.¹⁴

Ahora bien, es importante analizar si la legislación ecuatoriana vigente, hace alguna clase de distinción entre contratos administrativos y contratos civiles suscritos por las administraciones públicas, o en su defecto, se adhiere al criterio mayoritario de la doctrina ecuatoriana.

Es así que el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define al contrato administrativo como: “todo acto o

¹⁰ Patricio Secaira, *Curso breve de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 172.

¹¹ Pablo Oswaldo Dávila, *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana* (Quito: Editora Cevallos, 2015), 168.

¹² Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo IV, p. 120.

¹³ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid: Marcial Pons, 2012), 286.

¹⁴ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Décimosexta Ed. (Navarra: Editorial Aranzandi, 2013), 722.

declaración multilateral o de voluntad común, productos de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa [...]”¹⁵

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía, y Descentralización, en su artículo 364 establece que los contratos administrativos son “aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público”¹⁶.

Inclusive, el *proyecto* de Código Orgánico Administrativo, establece en su artículo 98 que el contrato administrativo es "todo acto convencional productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de Derecho, de los cuales uno ejerce de una competencia administrativa...”¹⁷.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones (como la española), la normativa de derecho público ecuatoriana no ha realizado ninguna distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común suscritos entre la Administración, y, por lo tanto, recordando la regla de hermenéutica “*donde el legislador no hace distinciones, no lo es dable al interprete hacerlas*”, es posible afirmar categóricamente que en el Ecuador, todas las declaraciones de voluntad realizada por un ente de derecho público con otra persona de derecho público o derecho privado, productora de efectos jurídicos, es un contrato administrativo.

Quizás, la única excepción a lo anterior, son los contratos suscritos por las empresas públicas ecuatorianas, ya que la disposición general primera de la Ley de Emprnas Públicas establece que “Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa”¹⁸, por lo tanto cabría preguntarse ¿qué naturaleza tienen entonces los contratos que no sean para construcción de obra pública e infraestructura?, como podrían ser los contratos de

¹⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, última reforma realizada mediante Decreto Ejecutivo N° 618, publicado en el Registro Oficial N° 475 de 08 de abril del 2015.

¹⁶ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, última reforma publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 520 de 11 de junio del 2015.

¹⁷ A la fecha de elaboración del presente trabajo investigativo, no se ha expedido el Código Orgánico Administrativo, el cual permanece en calidad de proyecto.

¹⁸ Ley de Empresas Públicas, publicado en el Suplemento de Registro Oficial N° 48 de 16 de octubre del 2009.

manejo de redes sociales, contratos con televisoras internacionales para programación, servicio de Courier internacional, etc. Considero que dicho análisis merece su propio trabajo investigativo.

1.2. Clases de contratos administrativos

Ahora bien, una vez que ha quedado clara la posición respecto a lo anteriormente tratado, es importante definir cuáles son las clases de contratos administrativos, ya que, si bien es cierto, todos los contratos suscritos por la Administración Pública son contratos administrativos, en el presente trabajo investigativo, solamente se tratará sobre la inmutabilidad de *una clase* de ellos.¹⁹

Igual que sucede con las distintas clasificaciones en la ciencia del Derecho, éstas dependen desde que enfoque se quiera clasificar al objeto en específico; pudiendo existir un sin número de clasificaciones según cuántos doctrinarios realicen el estudio o según el elemento objeto de la clasificación. Al respecto, Agustín Gordillo señala:

Sea que se admita una gradación en la globalidad de los contratos de la administración, o que se distinga los contratos privados de la administración de los contratos que son administrativos alternativamente por la disposición expresa o implícita de la ley, la voluntad expresa o implícita de las partes, o el objeto del contrato, hay siempre distintos regímenes jurídicos.²⁰

Sin embargo, de la anterior afirmación, es posible encontrar una clasificación mayoritariamente acogida de contratos administrativos: los *típicos* o *nominados* y los *especiales* o *innominados*.

Respecto a dicha clasificación, Laura Cebrián Herranz, Tomás Nalpotro Ballesteros, Pilar Rubio Pérez y otros, manifiestan:

Dentro de los contratos administrativos, se suele distinguir entre los típicos y los especiales. Aquellos contratos a los que la Ley da nombre y regula suelen llamarse nominados o típicos [...]. Por otra parte, a los negocios jurídicos que

¹⁹ Como se mencionó, existen un sin número de contratos administrativos que se desprenden de varias normas vigentes. Contratos de concesión, contratos de servicios ocasionales, contratos de alianza público privada, contratos de alianza estratégica, contratos laborales, etc.

²⁰ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, XI-18.

vienen específicamente nominados por la legislación general se contraponen los contratos administrativos especiales.²¹

Por su parte, Catalina Escuin Palop expone:

Los contratos administrativos típicos son [...] aquellos cuyo objeto es la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obra pública, los de consultoría y asistencia o de servicios. Los contratos administrativos especiales son aquellos cuya naturaleza administrativa se deduce, en cada caso, de la existencia de un régimen jurídico particular y de su autocalificación como contrato administrativo.²²

Ahora bien, sin querer entrar en la larga y conocida discusión de si las concesiones de obra pública son contratos o actos administrativos²³, considero indudablemente que en el Ecuador, la ejecución de obras, la gestión y prestación de servicios, incluidos la consultoría, la compra, adquisición y arrendamiento de bienes son claramente contratos administrativos típicos²⁴; en tal razón el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

Por lo tanto, en el presente trabajo investigativo, solamente se tratará la inmutabilidad de los *contratos administrativos típicos o nominados*, es decir aquellos que se suscriben en observancia a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin llegar a analizar si otras clases de contratos administrativos suscritos por las administraciones públicas en el Ecuador, mantienen la facultad de ser modificados consensual o unilateralmente.

²¹ Laura Cebrián Herranz y otros, *Manual de Contratación del Estado* (Granada: Comares, 2011), 452.

²² Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo*, 678.

²³ Por ejemplo, para Dromi, las concesiones son claramente contratos, mientras que para Patricio Secaira, son una especie de actos administrativos.

²⁴ Son los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según el artículo 1 de la señalada Ley.

1.3. Las facultades exorbitantes de la administración pública en los contratos administrativos

La posibilidad de modificar los contratos administrativos, generalmente se encuentra asociada a una facultad exorbitante inherente al poder público en materia contractual, por lo tanto, considero pertinente que previo a analizar la naturaleza y alcance de la potestad del *ius variandi*, es necesario realizar una breve recapitulación sobre las facultades exorbitantes de la administración pública en los contratos administrativos.

García de Enterría, recordando a Jéze, manifiesta que, en los contratos administrativos las partes reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. Es en virtud de dicho interés público, que la Administración tiene que hacer todo lo que sea necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del objeto del contrato suscrito.²⁵

El ecuatoriano, William López Arévalo, define a las facultades exorbitantes contractuales o las denominadas cláusulas exorbitantes de la siguiente forma:

Son aquellas que ponen de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la Administración, que le permiten asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato.

Entonces, si bien el contrato constituye “ley para las partes” la libertad contractual en materia de contratación estatal está subordinada a los límites impuestos por la Ley y la realización de intereses dignos de protección jurídica y circunscritos a la prestación del servicio público, en donde la Entidad Estatal debe realizar las conductas necesarias encaminadas a evitar que se exponga la efectiva obtención del interés general, allí radica la naturaleza de las llamadas cláusulas exorbitantes”²⁶

Ahora bien, las facultades exorbitantes de la Administración, no necesariamente se desprenden del texto estipulado en un contrato, sino también provienen por la calidad inherente que tiene la Administración como contratante. Así, Georges Vedel señala respecto a estas dos fuentes de prerrogativas:

²⁵ García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 733.

²⁶ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Vol. I (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010), 100-1.

Una proviene simplemente del hecho de que los contratos administrativos contienen cláusulas exorbitantes de Derecho común en su propio texto [...] En este caso, las prerrogativas de la Administración no son más que la aplicación del propio contrato y, si bien son exorbitantes por su contenido, no lo son por su fuente. Por el contrario [...] algunas de ellas no tienen un origen contractual. Sin duda pueden figurar explícitamente en el contrato, pero existirían aunque no hubiesen sido estipuladas. [...] En realidad, éstas cláusulas son la consecuencia necesaria del régimen de potestad pública a que se hallan sometidas.²⁷

Marienhoff, también enseña que las facultades exorbitantes pueden ser expresas o específicas (cuando están redactadas en el propio contrato), o en su defecto, ser virtuales, existiendo, en este último caso, solamente en los contratos de naturaleza administrativa²⁸.

Como se mencionó, muchos autores, como el citado anteriormente, asocian las facultades exorbitantes que tienen las administraciones públicas, respecto a los contratos, lo que precisamente le otorgan la calidad de *administrativo*, a los instrumentos convencionales suscritos.

Más allá de lo anterior, es indudable que los contratos administrativo típicos tienen presente facultades exorbitantes a favor de la Administración Pública.

Para Ramón Parada, estas facultades exorbitantes son: Posición de supremacía procesal, potestad interpretativa, potestad anulatoria, el *ius variandi* o poder de modificación unilateral, régimen sancionador por los incumplimientos, demora en la administración del pago e indemnización de daños y perjuicios a terceros²⁹. Igualmente, Alejandro Pérez Hualde menciona que las cláusulas exorbitantes son: la ejecutoriedad propia de la Administración, el *ius variandi*, la facultad de rescisión unilateral, la facultad de investir al contratista de poderes jurídicos factibles de ser ejercidos frente a terceros, la facultad de dirección y control sobre el modo de cumplimiento del contrato y, la facultad de interpretar unilateralmente el contenido del contrato³⁰.

En el Ecuador, el proyecto de Código Orgánico Administrativo –no así el ERJAFE- también establece expresamente estas facultades exorbitantes en materia

²⁷ Georges Vedel, *Derecho Administrativo* (Madrid: Aguilar ediciones, 1980), 205.

²⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3, 15.

²⁹ Parada, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 299-306.

³⁰ Alejandro Pérez Hualde, *Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos*, publicación en línea disponible en

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/9/art/art6.pdf>

contractual. Es así que el artículo 75 del mencionado cuerpo legal, en su número 9 literal d) señala que el “Ejercicio de las potestades exorbitantes de la Administración se sujeta al régimen general en materia de contratos administrativos”; y el número 4 del artículo 98 especifica: “Son elementos naturales de todo contrato administrativo las potestades públicas de interpretación, variación y terminación unilateral, que se han de ejercer en los casos y con los efectos previstos en el ordenamiento jurídico y el mismo contrato administrativo”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en varios de sus artículos establece facultades exorbitantes de la Administración, por ejemplo, el artículo 71 dispone a las administraciones estipular una cláusula obligatoria de multas³¹; el artículo 81 permite a la Administración, mediante acto administrativo, recibir presuntamente una obra³² y el artículo 94 establece la facultad de resolver el contrato unilateralmente³³. Sin embargo, en ninguno de sus ciento ocho artículos se permite a la administración modificar las condiciones estipuladas en un contrato administrativo, situación que se analizará en el siguiente capítulo del presente trabajo investigativo.

En todo caso, queda claro que para la gran mayoría de la doctrina en Derecho Administrativo e inclusive para la concepción plasmada por el legislador en el proyecto de Código Orgánico Administrativo, la facultad de modificación de un contrato administrativo, se encuentra asociada intrínsecamente a las facultades exorbitantes de la Administración Pública, justificadas en el interés y bienestar colectivo; facultad que se analizará prolija y exhaustivamente a continuación.

1.4. La mutabilidad del contrato administrativo

Una vez que se ha establecido lo anterior, y por ser objeto central del presente trabajo investigativo, es procedente analizar minuciosamente la facultad de la

³¹ **Art. 71.-** En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. [...]

³² **Art. 81.-** [...]La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor, respecto de los contratistas de obras, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega recepción previstas, o si no las suscribieren en el término de diez días, contado desde el requerimiento formal de la entidad contratante. [...]

³³ **Art. 94.-** La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: [...]

Administración Pública de modificar los contratos administrativos y cuáles son las justificaciones fácticas y jurídicas que han permitido el desarrollo de ésta facultad.

1.4.1. El principio de *ius variandi* o *potestas variandi*

Al ser considerada no solo una prerrogativa pública, sino también por ser considerada uno de los elementos intrínsecos de un contrato administrativo, existe abundante doctrina que ha desarrollado el principio del *ius variandi*, también denominado *potestas variandi*.

El *ius variandi*, no es otra cosa que la potestad de la Administración Pública de modificar unilateralmente los términos de las prestaciones de los contratos públicos, durante la ejecución de los mismos.³⁴ El doctrinario Esteve Pardo señala que “la facultad de decisión unilateral congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que al proyectarse sobre el contrato administrativo, le imprime ese carácter de mutabilidad”³⁵. Gastón Jéze, por su parte, menciona que “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar el interés público, el normal funcionamiento del servicio”³⁶.

La autora Elena Hernández Salguero, Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en una excelente publicación titulada “La Modificación de los Contratos: Límites y Derecho Aplicable” explica:

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato *contractus lex inter partes y pacta sunt servanda*³⁷

³⁴ Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001), 339.

³⁵ Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 314-16.

³⁶ Gastón Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, *Teoría general de los contratos de la administración* (Buenos Aires: Depalma, 1950), 139.

³⁷ Elena Hernández Salguero, “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, *Jornada sobre la contratación pública*, (2013)

<http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundamesaredonda_modificacin_contratos_elena_hernez.pdf>

El referente sudamericano en Derecho Administrativo, Miguel Marienhoff, también se decanta por la posición de que la modificación unilateral del contrato administrativo es una prerrogativa de la Administración Pública, inherente a dicha clase de contratos. En tal sentido el autor señala:

Desde luego, la Administración Pública no puede desprenderse de esas prerrogativas, pues ello implicaría una abdicación a sus calidades de órgano esencial de la estructura del Estado. Pero ocurre que, contrariamente a lo que se supone, los contratos administrativos no implican ni aparejan enajenación alguna de las expresadas prerrogativas de la Administración Pública. Al contrario, corresponde a la esencia misma de todo contrato administrativo, stricto sensu, la posibilidad de que la Administración, durante un lapso de ejecución del contrato, introduzca sucesivamente todas las "modificaciones" requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la Administración va ínsita en todo contrato administrativo propiamente dicho, al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna: va sobreentendida.³⁸

Es decir, en un primer momento se podría entender que las administraciones públicas, intrínsecamente tienen una potestad o un derecho de modificar los contratos que han suscrito, en virtud de conseguir aquella *finalidad* pública que justifica su accionar. Es así que, inclusive el Tribunal Supremo español, en una sentencia de 30 de marzo de 1978, señaló que el *ius variandi* "constituye un acto de poder público, como ejercicio de un derecho que le pertenece en cuanto a la Administración"³⁹.

Sin embargo de lo anterior, cabe preguntarse si realmente dicha potestad exorbitante es inherente a la administración pública por tener reconocido un poder de imperio, reconociéndole inclusive como un acto de *poder público* o en su defecto, es necesario que expresamente la ley establezca la potestad del *ius variandi* de la Administración Pública.

Al respecto Jaime Rodríguez Arana nos recuerda que las prerrogativas públicas en contratos administrativos no son expresión de un derecho subjetivo, sino que se deben a una potestad atribuida *ex lege* para atender los intereses públicos. Es decir, que las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos, son

³⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 3, 74.

³⁹ Tribunal Supremo español, sentencia de 30 de marzo de 1978.

potestades necesariamente *regladas*, ya que solamente la ley puede modular el contenido de las relaciones contractuales de la administración⁴⁰.

Dicho precepto se encuentra totalmente alineado a lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana que dispone que las instituciones del Estado, *solamente* ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; por lo que, claramente es imposible afirmar que la posibilidad de modificar un contrato administrativo es una facultad discrecional o arbitraria; sino más bien, necesariamente el *ius variandi*, debe establecerse en una norma positiva.

De hecho, se observa que en los sistemas jurídicos donde se permite (o se permitía) la modificación unilateral del contrato administrativo, siempre existe una norma positiva que reconoce tal facultad. Por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España (Real Decreto Legislativo N° 2 de 16 de junio del 2000), señalaba en su artículo 101 que:

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas justificándolo debidamente en el expediente.

La norma que lo procedió, la Ley 30/2007, señalaba en su artículo 202:

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

Cabe resaltar brevemente que la facultad de modificar el contrato, sufrió un cambio de paradigma en la legislación española, a raíz de la promulgación de la Ley de Economía Sostenible en el año 2011.

Por su parte, en Argentina encontramos el literal a) del artículo 12 del Decreto Delegado 1023/2001 que señala:

Art. 12.- FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren

⁴⁰Jaime Rodríguez Arana, “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, No. 12 (2008): 803, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf>

previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias. (...) (Subrayado me pertenece)

Ahora bien, considero importante analizar brevemente cuáles son las razones que justifican y motivan la existencia y aplicación del *ius variandi*, en especial, para lograr entender por qué esta facultad fue considerada inclusive como *indiscutible*⁴¹, y que solamente recién a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, parte del foro académico y ciertas legislaciones, la rebatieron completamente.

1.4.2. El principio de continuidad de los contratos administrativos. La *exceptio non adimpleti contractus*.

Quizás uno de las razones fundamentales que ha llegado a generar la corriente de mutabilidad del contrato administrativo, es precisamente el planteamiento que dichos contratos buscan cumplir una finalidad pública determinada y que se debe buscar de todas las maneras posibles, la ejecución del instrumento suscrito.

Se señala que los contratistas de la Administración Pública, deben ejecutar continuamente el contrato bajo toda circunstancia, inclusive en caso de incumplimiento de las propias obligaciones del contratante. A este principio se le denomina *exceptio non adimpleti contractus*⁴²

Héctor Jorge Escola afirma al respecto:

Los ejemplos podrán multiplicarse, pero los datos son suficientes como para demostrar que en el contrato administrativo la administración pública necesita contar imprescindiblemente con el derecho de exigir, en todo momento, la continuidad en su ejecución, y que el interés público impone que el cocontratante particular esté obligado a esa continua prestación.⁴³

⁴¹ Agustín Gordillo, menciona que la potestad de modificar unilateralmente el contrato, al ser un principio inherente al ejercicio de la función administrativa, no se encuentra sujeto a discusión.

⁴² André de Laubadere, *Manual de Derecho Administrativo* (Bogotá: Temis, 1984), 763.

⁴³ Hector Jorge Escola, *Tratado Integral de los contratos administrativos*, Vol. I (Buenos Aires: Depalma, 1977), 384.

Es decir, el fin público es el argumento definitivo para exigir el cumplimiento del contrato, en contra de cualquier circunstancia económica e inclusive técnica que pudiere existir, y por ende, la modificación del contrato administrativo se justifica para lograr alcanzar dicho objetivo, y cualquier planteamiento en contrario debe considerarse como restrictivo y excepcional.

1.4.3. El principio de conservación de los contratos administrativos

De conformidad a la tendencia civil contemporánea, los contratos pueden sufrir de vicios que los vuelva nulos absoluta o relativamente, o en su defecto, contener ciertas estipulaciones que los vuelven ineficaces.

Ante las estipulaciones ambiguas que podrían producir ineficacia del instrumento jurídico, la propia legislación establece cánones hermenéuticos que permiten interpretar tal estipulación en el sentido que la misma produzca efectos jurídicos en preferencia sobre la interpretación que no produzca ningún efecto en absoluto.⁴⁴ A tal principio se le denomina *favor contractus*.

El tratadista Delgado Echeverría enseña al respecto:

A poco complejo que sea el contenido de un contrato, puede ocurrir que sólo una parte del mismo, o una de sus cláusulas, sea contraria a norma imperativa o exceda los límites de la autonomía privada o recaiga exclusivamente sobre ella el vicio del consentimiento, etc. Ciertamente, el contrato constituye una unidad, a pesar de lo cual la ineficacia puede afectar sólo a una parte o cláusula del mismo, manteniéndose el resto en vigor en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial.⁴⁵

Ante una nulidad parcial, es factible realizar varias acciones jurídicas tendientes a conservar el contrato: un acta de interpretación de la cláusula viciada, la convalidación del contrato nulo, la confirmación del contrato anulable o inclusión de una cláusula de supervivencia. Todos estos actos a la postre, son modificaciones al instrumento originalmente suscrito que se encuentran justificados en favorecer la vigencia de un contrato, a pesar de existir cláusulas viciadas de nulidad, por cualquiera de las razones establecidas en la normativa.

⁴⁴ Ecuador, *Código Civil*, art. 1578.

⁴⁵ Jesús Delgado Echeverría, *Las nulidades de los contratos: En la teoría y en la práctica* (Madrid: Dykinson, 2005), 215.

1.4.4. El equilibrio económico del contrato

Uno de los principios más utilizados para motivar una modificación a un contrato administrativo, es el de la recuperación del equilibrio económico. Situación que para muchos doctrinarios, como lo es Roberto Dromi, es un derecho del contratista que bajo ninguna circunstancia puede ser vulnerado:

Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económico-financiera existente en el momento de celebrar el contrato. Pero puede ocurrir que tal situación se vea alterada por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella, causas que vienen a modificar el equilibrio económico-financiero originario, por lo cual el contratista tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación financiera del contrato.⁴⁶

Marienhoff por su parte explica:

Como en todo contrato, el cocontratante en un contrato administrativo debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. (...) Lo cierto es que la situación del cocontratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias.⁴⁷

Respecto a lo anterior, las razones que causan la pérdida del equilibrio económico del contrato, pueden ser (i) imputables a la propia administración por no cumplir sus propias obligaciones; (ii) por un accionar del Estado propiamente dicho que influyen indirectamente en la ejecución del contrato, lo cual se le denomina *Hecho del príncipe.*; y, (iii) por trastornos de la economía del contrato.

Sin querer adentrarme a la teoría del equilibrio económico de las relaciones contractuales, por merecer un estudio propio en virtud de su extensión y complejidad, solamente recalcaré que los instrumentos generalmente utilizados para lograr la recuperación de dicho equilibrio son: el reajuste o revisión de precios y la renegociación del contrato.

⁴⁶ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 348.

⁴⁷ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. 3, 183.

En relación a la revisión o reajuste de precios, como lo menciona Ramón Parada:

...en principio fue únicamente una técnica de actualización de éstos [los precios] a las variaciones del coste de las obras originadas por los procesos inflacionarios, ha pasado ser en la legislación vigente un principio general aplicable a todos los contratos administrativos. (...) El Texto Refundido de la Ley contempla una revisión de precios extraordinario cuando por circunstancias excepcionales la evolución de los costes de mano de obra o financieros acaecida en un periodo experimente *desviaciones de alza impredecibles* en el momento de la adjudicación del contrato.⁴⁸

Es decir, la revisión o reajuste de precios, procede en especial en los contratos de obra pública, ante una inflación impredecible de precios de los materiales, siempre y cuando se cumplan los requisitos que señale cada legislación para el efecto, existiendo siempre una ecuación matemática para el efecto, ya sea establecida en los pliegos, en la propia legislación de contratación, o en actos normativos de órganos administrativos especializados.

Ahora bien, no existe unanimidad legislativa de si la revisión o reajuste de precios resulta *ex contractu* o *ex lege*. Es decir, si la misma existe solamente en caso de encontrarse estipulado en el contrato administrativo, o en su defecto, existe siempre a menos que conste expresamente su exclusión en el contrato suscrito.

Respecto a la renegociación del contrato, Roberto Dromi señala que consiste en *reequilibrar y producir ajustes* en los elementos que componen el mismo⁴⁹, lo cual es justificado y motivado por condiciones y variaciones económicas extremas, como sucedió en la crisis económica Argentina en el año 2001⁵⁰; o por cambios en el modelo económico del Estado como sucedió en el Ecuador en el año 2008.

En el primer ejemplo acotado, el argentino José Luis Correa recuerda:

En el año 2001 la Argentina quebró. No pudo pagar a sus acreedores, se adueñó del dinero de los ciudadanos e incumplió sus contratos. Dejó más de 50 % de la población bajo la línea de pobreza, con el 36% de desocupación. Por Ley 25.561

⁴⁸ Parada, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 312.

⁴⁹ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 680.

⁵⁰ De hecho, Roberto Dromi, en su libro *Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia*, desarrolla extensamente la tesis de que las emergencias económicas, políticas o físicas permiten justificar la modificación de contratos administrativos, a pesar que la normativa no lo permita, ya que se busca superar un problema coyuntural, utilizando el *poder de policía de emergencia* que aparentemente tendría la Administración Pública.

de “Emergencia social, económica, administrativa y cambiaria”, el Congreso delegó al P.E. la renegociación de los contratos y su instrumentación; se fijó plazo de caducidad que aún persiste, y se le dio carácter de Orden público no pudiendo alegarse contra ella los derechos adquiridos.⁵¹

En el Ecuador, por su parte, se renegociaron varios contratos petroleros, proceso liderado por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, cuya modificación más importante fue cambiar el modelo de negocios, de uno de participación a uno de prestación de servicios específicos.⁵²

1.4.5. La teoría de la imprevisión

Relacionado a lo anterior, existe la denominada *teoría de la imprevisión*, que igualmente justifica la intervención de la Administración Pública para modificar las relaciones contractuales, con el objetivo de restablecer el equilibrio económico de una relación bilateral y conmutativa, basado siempre en el principio de continuidad y buena fe contractual.

Al respecto, Roberto Dromi enseña:

Ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económica-financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato.⁵³

Ahora bien, es menester recordar que todo negocio jurídico siempre conlleva un riesgo en la ejecución de sus prestaciones, como lo son los riesgos económicos inflacionarios en los contratos de construcción cuyo plazo es prolongado, o riesgo de cierre de canteras y minas que obligan al contratista a generar mayores gastos de sobreacarreo de un material pétreo. En estos casos, es indudable que la variación económica resultante debe ser asumida por una de las partes. Sin embargo, no todo desequilibrio económico debe ser asumido por la Administración, con el argumento de que los hechos fueron “imprevisibles”, y más bien, deben ser generalmente asumidos por el contratista, a base del principio de *riesgo y ventura* que pesa sobre esta parte contractual.

⁵¹ José Luis Correa, *Los Contratos Administrativos o de la Administración en Argentina*, 51 <<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro185/lib185-1.pdf>>

⁵² “Ecuador logró renegociar 15 de sus 24 contratos petroleros”, *El Universo* (Guayaquil), 24 de enero del 2011, A2.

⁵³ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 701.

No existe un punto en común y objetivo para determinar cuáles son los hechos sobrevenidos (que no son responsabilidad de la Administración) que afectan el valor del contrato, que deben ser soportados por el contratista, y cuáles son los que deben ser compensados por la Administración.

Laura Cebrián, conjuntamente con otros autores, hace un análisis de lo anterior:

Ciertamente, nada obliga a compensar al concesionario, ya que los hechos causantes del desequilibrio contractual son absolutamente ajenos e independientes de la actividad administrativa. Nada se opone tampoco a la aplicación taxativa y rigurosa de la *lex contractus* y, en consecuencia, a la resolución del contrato. Sin embargo, esta solución en nada beneficia al interés público que, por el contrario, quedará insatisfecho a interrumpirse bruscamente la gestión del servicio⁵⁴

La mencionada autora señala entonces que, en virtud del riesgo imprevisible, puede legitimar una revisión de precios no pactada, por verse gravemente afectado el contratista, quien actuó de buena fe y dentro de sus previsiones razonables⁵⁵.

Quizás una forma que ha encontrado la doctrina, para separar los hechos que justifican una modificación del contrato para compensar económicamente al contratista (imprevisión), con los hechos gravosos que debe soportar el contratista (riesgo y ventura), son las denominadas *áleas normales y anormales del contrato*.

1.4.5.1. Las áleas del contrato administrativo

La Real Academia de la Lengua española, define al término *aleas* de la siguiente manera: “En una relación contractual, riesgo de incumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto”⁵⁶.

El doctrinario Ariño Ortiz afirma que los contratos administrativos, en especial el de obra pública, conllevan riesgos debido a su larga duración y volumen de prestaciones. Obras complejas, de gran envergadura, con grandes complejidades técnicas, lo cual hace que “se den con frecuencia cambios

⁵⁴ Laura Cebrián Herranz y otros, *Manual de Contratación del Estado* (Granada: Comares, 2011), 545.

⁵⁵ *Ibíd.*, 547.

⁵⁶ Real Academia Española. Diccionario en línea: <http://dle.rae.es/?id=1fyuJqo>

importantes entre el momento de contratar las obras y el momento de realizarlas”⁵⁷.

Esta alteración o *aleatoriedad* que produce incertidumbre en la ejecución de un contrato, debe ser considerada por el contratista, al momento de aceptar un negocio jurídico con la administración. Es lógico pensar que el resultado exitoso del negocio jurídico y del valor final de lo ejecutado es incierto, pues pueden suceder varias situaciones que impidan la consecución de las prestaciones pactadas.

Por lo tanto, para determinar si es el contratista quien tiene que asumir el riesgo y la carga de la alteración de las condiciones originalmente pactadas, o por su defecto, es la Administración quien debe asumirlas, compensando al contratista y modificando el contrato, es necesario identificar la procedencia de dicha alteración.

En tal sentido, existen áleas administrativas, áleas empresariales (comerciales internas) y áleas comerciales (comerciales externas). El primero se refiere al ejercicio de las actividades administrativas por parte de la Administración; el segundo se refiere a los riesgos implícitos en la prestación del objeto del contrato y el tercero se refiere al riesgo económico no imputable a ninguna de las partes, como los fenómenos macroeconómicos de crisis extrema o hiperinflacionarios⁵⁸.

Igualmente, existen otras clasificaciones de *áleas* que se encuentran encaminadas a determinar quién soporta el riesgo y la imprevisión. El autor Mario Torán por su parte hace una clasificación por *acontecimientos nuevos*, identificado la clase de teoría (hecho del príncipe, azar económico, sujeciones imprevistas y fuerza mayor), para concluir cuáles son sus efectos y quién está obligado a sufrirlos.⁵⁹

Finalmente, como se mencionó, existe una posición mayoritaria para resolver la asunción de consecuencias jurídicas, según se catalogue a los acontecimientos imprevistos como “normales” o “anormales”. Marienhoff

⁵⁷ Gaspar Ariño Ortiz, *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968), 7.

⁵⁸ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005), 94

⁵⁹ Mario Torán, “El contrato administrativo en el derecho francés”, *Revista de ciencias jurídicas*, No. 26 (1975): 92-121.

enseña que “en todo contrato, el cocontratante en un contrato administrativo debe soportar, a su propio y riesgo, el álea normal de toda negociación, no así el álea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas”⁶⁰.

Jéze señala que álea ordinaria o normal es “la circunstancia desfavorable de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones”⁶¹, debiendo ser soportada por el contratante. Mientras que el álea anormal es “el acontecimiento que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”⁶². Otra explicación respecto a la forma de entender las áleas contractuales, es la realizada por el colombiano Luis Dávila Vinueza:

[...] el derecho al restablecimiento de la ecuación contractual se funda en circunstancias anormales y excepcionales. Álea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer al momento de formalizar el contrato. No está instituido entonces, para amparar las contingencias normales que ordinariamente se presentan durante la ejecución del contrato. De hecho, la realización de cualquier negocio implica unos riesgos normales [...]. Por lo tanto, la ecuación no se erige en una protección a ultranza de todos los riesgos del negocio ni por tanto una garantía absoluta de utilidades. Lo será para eventos anormales que escapan a lo habitual del negocio según la especialidad del contratista, las circunstancias internas y externas que rodean la ejecución, la imprevisión de los efectos, etc.⁶³

Lógicamente, la controversia radicará en determinar si los acontecimientos que provocaron el desajuste económico eran razonablemente previsibles o no, lo cual, a mi criterio, debe ser resuelto con fuente jurisprudencial.

Finalmente, es necesario diferenciar la imprevisión durante la ejecución contractual, de la fuerza mayor que impide el cumplimiento de las obligaciones, ya que generalmente existe una confusión entre los dos conceptos. El autor David Arce explica prolijamente la diferencia entre ambas:

No se trata de fuerza mayor; la fuerza mayor implica una imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a consecuencia de un acontecimiento insuperable, de un

⁶⁰ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. 3, 470.

⁶¹ Gastón Jéze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo V (Buenos Aires: Depalma, 1950), 43.

⁶² Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. 3, 470.

⁶³ Luis Dávila Vinueza, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (Bogotá: Legis editores, 2003), 492-93.

hecho que hace material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Se trata de la imprevisión, en cambio, de una imposibilidad relativa, de un hecho que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificulta de tal manera que representará su cumplimiento para el contratista un perjuicio grave y apreciable.⁶⁴

1.4.6. La modificación convencional

La modificación convencional de un contrato administrativo, sucede cuando en los pliegos del proceso precontractual y, por ende, en el contrato administrativo suscrito, se establece la posibilidad de modificar las condiciones originalmente pactadas.

Un ejemplo actual de lo anterior, sucede en la legislación española, sistema jurídico que cambió radicalmente su paradigma respecto a la modificación de contratos administrativos en el 2011, a raíz del dictamen de la Comisión de las Comunidades Europeas y su correlativa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Succhi di Fruta* (2004), y las sentencias del señalado Tribunal en los casos *Nachrichtenagentur* (2008) y caso *Wall AG* (2010), y que causaron la promulgación de la Ley de Economía Sostenible, restringiendo así la facultad de la administración pública de modificar los contratos administrativos.

Según el dictamen del Consejo de Estado español N° 215/2010 emitido en la revisión del anteproyecto de la Ley señalada, dicho órgano concluyó que con la reforma legal “supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados, restricciones que se aplican a todos los contratos del sector público, al contrario que la regulación actual, sólo aplicable a los celebrados por las Administraciones Públicas”.

Según se observa, el artículo 105 de la Ley de Economía Sostenible española reconoce solamente dos supuestos por los cuales se podría modificar un contrato administrativo: (i) *Cuando expresamente se ha señalado en los pliegos del proceso precontractual la posibilidad de modificar el contrato* (señalando en qué condiciones se podría dar tal modificación); y, (ii) *Concurre alguna de las circunstancias de las señaladas en el artículo 107 de la mencionada Ley.*

⁶⁴ David Arce Rojas, “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, *Vniversitas*, N° 105 (2003): 287.

El primer supuesto es precisamente, la denominada modificación convencional, pues se encontrará estipulada dicha posibilidad de forma expresa en el contrato administrativo suscrito, su alcance y limitaciones e inclusive, la forma de calcular una compensación económica correlativa.

Sin embargo, debe considerarse que la posibilidad de que la administración realice una modificación convencional, debe estar previamente permitida en la normativa, en base al *principio de legalidad y seguridad* jurídica que rige en el Derecho público.

1.4.7. La modificación legal

La modificación legal ocurre cuando la propia legislación, no solo permite la aplicación del *ius variandi*, como se lo explicó en el acápite 1.4. del presente trabajo investigativo, sino también cuando establece en qué condiciones y con qué alcance ocurrirá exactamente la modificación.

Uno ejemplo de lo anterior se produce en las legislaciones que permiten las modificaciones subjetivas, es decir, el cambio de quién figura como contratista (deudor) del contrato administrativo, ya sea a través de la cesión de derechos o a través de la novación subjetiva.

Por ejemplo, el numeral 3 del artículo 224 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España señala: “Cuando la causa de resolución [del contrato administrativo] sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores”.

Otro ejemplo de modificación legal es aquella que se da cuando la norma de forma automática y obligatoria establece el cambio de una condición o estipulación contractual, lo cual suele ocurrir cuando se promulga una norma específica como consecuencia de una gran crisis económica.

En tal sentido, por ejemplo, tenemos lo que sucedió con la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial N° 34 de 13 de marzo del 2000, mediante la cual se permitió que las obligaciones de pago generadas en virtud de contratos públicos o privados, sean atendidas en dólares de los Estados Unidos de América, cambiándose así la modalidad de pago de los contratos administrativos suscritos y vigentes a la fecha.

1.4.8. La modificación judicial

Adentrarse a la teoría de la revisión judicial de los contratos administrativos, en sin duda, un tema álgido que hasta el día de hoy produce varios enfrentamientos en el foro académico, en especial, por el papel del juzgador en sistemas jurídicos de naturaleza positivista.

Jorge Mosset Iturraspe, en su obra *La frustración del contrato*, se pregunta:

¿Es verdad, como afirma un sector tradicionalista de la doctrina, que no es posible establecer lo que las partes hubieran pensado?

¿Es verdad que el juez no procederá, como resultado de su intervención revisora, a interpretar la voluntad de las partes, sino que procederá a construir un nuevo contrato, a crearlo a su antojo o, si se prefiere, a su leal saber y entender?⁶⁵

El autor menciona entonces que la revisión de un contrato, solicitada a los jueces tiene su ventaja en la imparcialidad que se obtendría de tal revisión, ya que la renegociación de las condiciones de un contrato por las propias partes, siempre estará sometida a la diferencia de poder de una de las partes, que impone su voluntad sobre la parte más débil.

En tal sentido, el poder judicial no solamente se activa cuando existe una controversia o el incumplimiento de una obligación contractual, sino también puede activarse cuando existe la necesidad de realizar una modificación a una relación contractual en virtud de hechos y circunstancias sobrevinientes, y se requiera que dicha modificación sea imparcial y objetiva. Al respecto Mosset Iturraspe enfatiza:

El juez componedor, adaptador, armonizador, debe prestar atención suma a los hechos sobrevinientes -a las nuevas circunstancias- y a su incidencia en la economía interna del negocio, en la ecuación tenida en vista, en el equilibrio originario, en el querido por los celebrantes.⁶⁶

Quizás un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el numeral 1 del artículo 437 del Código Civil de Portugal⁶⁷ que establece que la resolución o modificación de

⁶⁵ Jorge Mosset Iturraspe, *La Frustración del Contrato* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991), 129.

⁶⁶ *Ibíd.*, 133.

⁶⁷ Texto original: *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberto pelos riscos próprios do contrato.*

un contrato, a pedido del perjudicado por los hechos sobrevinientes, se hará “según juicio de equidad”. Entendiéndose que el juez podría realizar dicha modificación en base a la solicitud realizada por la parte contractual considerada afectada.

1.4.9. La modificación por mutuo acuerdo

Esta clase de modificación, es distinta a la modificación convencional que fuere explicada en líneas anteriores, ya que en ésta clase de modificación, solamente basta con justificar la “autonomía de la voluntad de las partes”.

Escrinhuela Morales, entiende que dentro del principio de la libertad de las partes cabría esta posibilidad para modificar contratos administrativos siempre y cuando se observen las condiciones generales para que pueda producirse la novación.⁶⁸ Además, dicho autor intenta dar fuerza a su premisa, recordando que, si las partes pueden terminar el contrato de mutuo acuerdo, no deberían tener una imposibilidad de modificarlo, ya que la modificación es inferior a la resolución⁶⁹.

Lógicamente considero que la anterior premisa, es la más débil respecto a las justificaciones que permiten modificar los contratos administrativos, y que la misma se encuentra superada por la doctrina administrativista.

1.5. Ámbito de modificación del contrato administrativo

Ahora bien, una vez que se ha realizado una revisión de la razones, motivaciones y causales que permiten a una administración realizar modificaciones a un contrato administrativo, es importante realizar una diferenciación entre modificaciones *sustanciales*, *no sustanciales* y *subjetivas*, ya que precisamente, la discusión respecto a la posibilidad o no de modificar los contratos administrativos, también se centra en si las mismas se tratan de modificaciones a elementos y condiciones esenciales del instrumento suscrito.

1.5.1. Modificaciones esenciales

Isabel Gallego Córcoles establece que:

⁶⁸ Escrinhuela Morales, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios* (Malaga: La Ley, 2012), 68.

⁶⁹ En otras palabras, si se puede lo más, se puede lo menos.

Las condiciones esenciales de la contratación constituyen un concepto jurídico indeterminado que se define necesariamente en función de cada caso concreto. De esta forma, incluso en contratos de la misma naturaleza, unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato⁷⁰

En tal sentido la mencionada autora, cita a la sentencia C-454/06 del Tribunal Justicia de la Unión Europea, mediante la cual, dicho órgano aclaró y sistematizó que una modificación a las estipulaciones de un contrato administrativo realizadas durante su vigencia, constituyen realmente una nueva adjudicación cuando:

...presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y por consiguiente, ponen en relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato...

La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Dicha apreciación resulta trascendente en la nueva tendencia en contratación pública, ya que, como se verá más adelante, en virtud de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los países integrantes de dicha unión, tuvieron que modificar sus legislaciones internas para restringir, limitar y evitar la modificación de los contratos públicos, cuando se trata de modificaciones *esenciales* a los mismos.

Ahora bien, el español Juan Carlos Gris González, aceptando que se requiere un juicio particular en cada caso, explica que pueden resumirse en las siguientes: (1) Cuando la modificación cambie sustancialmente y características esenciales de la prestación inicialmente contratada; (2) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio o en su defecto, se altere la forma de pago; (3) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida en el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas; (4) Cuando las modificaciones del contrato alteren o excedan, en más o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato (en el Ecuador, sería el 35% del valor de adjudicación, posterior de lo

⁷⁰ Isabel Gallego Córcoles, “La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas Sobre Contratación Pública” (conferencia, X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 6 de febrero de 2015).

cual se requeriría un contrato complementario), y, (5) en cualquier 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 participaron, hubiesen presentado otra oferta diferente.⁷¹

1.5.2. Modificaciones no esenciales

Siguiendo la misma tendencia marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, encontramos que existen modificaciones que no son consideradas como esenciales, y que por ende, no tendrían mayor discusión sobre su procedencia o no.

Sin embargo, como se mencionó, es imposible determinar de forma concreta cuáles modificaciones podrían constituir realmente nuevas condiciones en la prestación y cuáles no son influyentes en la misma. Juan Carlos Gris González reflexiona al respecto:

Desde una óptica general, cualquier novación de los elementos del contrato implica una modificación del mismo. No obstante, la legislación reguladora [...] ha venido estableciendo un régimen distinto para las alteraciones referidas al objeto del contrato (novación objetiva) en relación con el mercado para los cambios que afectan a aspectos ajenos al objeto contractual.⁷²

Para el autor español, las modificaciones esenciales son las que se enlazan directamente al objeto contractual y todas las demás, son secundarias, ya que la propia legislación en su estructura, ha realizado dicha diferenciación. Por tal razón, la sucesión en la persona contratista, cesión del contrato, revisión de precios, y prórrogas de plazo de ejecución no deben ser consideradas como modificaciones contractuales propiamente dichas.

1.5.3. Modificaciones subjetivas

Como ya se revisó brevemente en apartados anteriores, la modificación subjetiva se produce cuando un nuevo operador económico que no participó en el procedimiento precontractual ni ha competido con otros oferentes, se convierte en

⁷¹ Juan Carlos Gris González, “La Modificación de los contratos en el sector público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 28 (septiembre de 2012): 20.

⁷² *Ibíd.*, 5.

contratista de un negocio jurídico que fue contratado por la Administración originalmente con un operador económico diferente.

Sin querer adentrarse sobre el riesgo de elusión a la normativa de tales prácticas o la posible afectación que pudiere tener la libre competencia en un mercado específico, hay que resaltar que ciertas legislaciones permiten la cesión de derechos de un contrato administrativo, como el ya mencionado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España.

En todo caso, el Tribunal Justicia de la Unión Europea en la sentencia C-454/06 concluyó que en general “las novaciones subjetivas constituyen un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, en una subcontratación”

1.6. La inmutabilidad del contrato administrativo

Como se ha observado hasta ahora en el presente trabajo, la facultad de las administraciones públicas de modificar los contratos administrativos, ha sido considerada inclusive una de las características propias de esta clase de instrumentos, existiendo una gran variedad de justificaciones jurídicas y económicas que han dado sustento a dicho posicionamiento doctrinario.

Sin embargo, en los últimos diez años, con la reestructuración y evolución del Derecho Administrativo, se observa que esta tendencia ha ido revirtiéndose gradualmente hasta una tesis sustancialmente opuesta; es decir, hacia la posición doctrinaria que señala que los contratos administrativos no pueden ni deben ser modificados como regla general, y que su posibilidad de modificación, deben ser extremadamente excepcionales.

Ramón Parada expone una excelente razón del porqué de este cambio de paradigma:

Esta prerrogativa [la modificación contractual] se ha convertido en múltiples ocasiones en un fraude que permitía falsear la aplicación de las reglas de selección del contratista, favoreciendo al adjudicatario frente a sus competidores mediante rebajas a posteriori de los ofertado en la propuesta de licitación o bien haciendo pasar por modificación lo que debería constituir el objeto de un nuevo contrato. La modificación también entrañaba y entraña una manifiesta inseguridad para el contratista, que puede verse obligado a realizar prestaciones complementarias o asumir un volumen de obra no contemplado al aceptar el

contrato. Todos estos riesgos han favorecido un endurecimiento progresivo de los límites tolerables de esta potestad modificatoria.⁷³

La práctica administrativa, y en especial, la experiencia en la contratación pública de las legislaciones que permiten y permitían el ejercicio irrestricto del *ius variandi* demostró una deformación malsana de ésta potestad, permitiéndose a la postre serias vulneraciones a los principios que rigen la contratación pública.

Por ejemplo, la española Elena Hernández Salguero, criticando la práctica administrativista de su país de modificar indiscriminadamente los contratos administrativos mencionó:

Ahora bien, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones Públicas nos demuestra cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habituales. Los licitadores presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto. Ello supone vulneraciones de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad.⁷⁴

El dictamen de la Comisión de las Comunidades Europeas, la correlativa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Succhi di Fruta* (2004), y las sentencias del señalado Tribunal en los casos *Nachrichtenagentur* (2008) y caso *Wall AG* (2010), causaron un gran debate en el foro español y la doctrina de dicho país respecto a la procedencia o improcedencia de modificar los contratos administrativos, pues había argumentos de sobra en ambas posiciones.

En dicho contexto, el español José María Gimeno Feliú, expresó:

La necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, que se convierte en el parámetro de control de la decisión de adjudicación de un contrato público. Y este principio extiende su influencia a la fase de ejecución, modulando la conocida potestad del *ius variandi*, quebrando la idea que tradicionalmente se había entendido, que entendía que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para los referidos principios de la contratación pública, afirmándose que tras la adjudicación se entraba en una fase ad intra en la que ya no había interés público sino exclusivamente el interés de

⁷³ Parada, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 301.

⁷⁴ Elena Hernández Salguero, “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable” (Jornada Organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013), <http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundamesaredonda_modificacin_contratos_elen_a_hernez.pdf>

cumplir adecuadamente lo pactado. Y en esa filosofía se encuadraba toda la legislación española⁷⁵

Es decir, la noción de que el principio de *igualdad* no solamente debía regir para la etapa precontractual, sino también en la etapa de ejecución del contrato, comenzó a posicionarse fuertemente en las legislaciones europeas a partir de las sentencias antes mencionadas.

Ya en el 2004, una comisión de expertos del Ministerio de Hacienda de España señaló en un informe: “Las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y su precio no son aquellos por los que se compitió”⁷⁶.

Inclusive, en países donde existe una clara tendencia tradicional al respecto, no ha faltado las críticas sobre la facultad de modificar el contrato. Por ejemplo, el argentino Juan Carlos Cassagne ha sentenciado:

No resulta razonable ni lógico que la alterabilidad del contrato constituya una prerrogativa absoluta e ilimitada de la Administración, como si fuera una suerte de extensión del principio de riesgo y ventura a cargo del contratista. Es evidente que una interpretación autoritaria de la prerrogativa puede desalentar, potencialmente, a los buenos contratistas, al afectarse la seguridad jurídica y hacerse más oneroso el costo de las prestaciones que debe satisfacer el Estado.⁷⁷

También, el autor argentino Héctor Marial, en una firme exposición denominada “El Derecho Administrativo y la Decadencia Argentina”, critica que el derecho administrativo en argentina, se volvió un instrumento que permite el abuso del poder público sobre los ciudadanos, en vez de ser justamente un control a tal poder:

⁷⁵ José María Gimeno, “La Contratación Pública: Problemas Actuales” (Jornada Organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013), <<http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/jornadacontratacion2013.pdf>>

⁷⁶ Ministerio de Hacienda de España, *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de situación de la contratación pública* (2004): 116, <<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/Subsecretaria/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>>

⁷⁷ Juan Carlos Cassagne, “Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” (2008): 14, <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf>

Se creó así un sistema jurídico que permite al Estado llevar a cabo su voluntad sin otros límites, normalmente, que, en primer lugar, las repercusiones políticas internas e internacionales y, en segundo lugar, la obligación de reparar los daños causados. Pero este segundo límite es insuficiente por tardío (demora de 10 a 20 años) y limitado en el monto cuando no, finalmente, desconocido en la sustancia.⁷⁸

Lo cual evidencia que la prerrogativa o la posibilidad de modificar contratos administrativos comenzó a considerarse, no solo en Europa, sino también en Latinoamérica, como un ejercicio abusivo del poder, lo cual se encontraba en contradicción con la nueva *concepción* del Derecho Administrativo. El colombiano Santofimino nos recuerda con maestría: “En el moderno Derecho administrativo lo relevante es el “administrado” y no la actividad del Estado, ya que priman la tutela de la dignidad humana, y el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos”⁷⁹; concepción que desvirtúa cualquier discurso que defiende la modificación del contrato, por ser la misma necesaria para cumplir y atender “intereses públicos”.

Ahora bien, considero pertinente analizar los principales principios que sustentan la tesis de inmutabilidad del contrato administrativo, los cuales indudablemente son aplicados en la nueva concepción de Derecho Administrativo que fuere citado por el maestro Santofimio.

1.6.1. El principio de igualdad

Si bien se ha escrito mucho sobre el principio de igualdad en la contratación pública, dichas concepciones generalmente se enfocaban solamente en la etapa precontractual de formación de voluntad de la administración para determinar un adjudicatario en específico.

Así, por ejemplo, Nohora Elena Pardo, cuando define el principio de igualdad en la contratación pública señala que el mismo se circunscribe a dos condiciones:

[...] El trato paritario e igualitario de las personas y el trato diferenciado a favor de grupos en condiciones diversas que lo justifican, implica el derecho del

⁷⁸ Hector Marial, “El Derecho Administrativo y la decadencia Argentina” (ponencia, Buenos Aires, 22 de agosto 2012), <<http://www.ancmvp.org.ar/user/files/15mairal12.pdf>>

⁷⁹ Jaime Orlando Santofimio, *Convencionalidad y Derecho Administrativo*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 616.

particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, esto indica que le queda prohibido a la administración establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás.⁸⁰

Es indudable que el principio igualdad cobra especial relevancia durante la etapa precontractual, pero la vigencia y aplicación del principio, trasciende esta etapa y debe regir, durante *toda la ejecución* del contrato administrativo para precautelar los derechos de los oferentes que hayan participado (o decidido no participar) en el proceso precontractual en tanto un *cambio en la modalidad de la ejecución del contrato* podría permitirles sostener que de haberlo conocido en su momento hubieran variado el contenido y alcance de sus ofertas. En tal sentido, el doctrinario Marienhoff ha expresado que se vulnera el principio de igualdad “si después de adjudicado el contrato, se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario”⁸¹. Lógicamente, el doctrinario utiliza el término licitación de una forma general, para referirse a un procedimiento precontractual de la Administración Pública.

Con el mismo criterio, Rodolfo Carlos Barra señala que el principio de igualdad:

[...] trasciende el ámbito de la etapa selectiva del contratista para trasladarse a los posteriores momentos de celebración y ejecución del contrato, obligando a que, en estas ulteriores etapas no se establezcan modificaciones a las condiciones contractuales (definidas en los pliegos licitatorios, la oferta del contratista, el acto de adjudicación y el texto mismo del contrato) que impliquen beneficios al margen de las condiciones generales de la licitación al que resulta adjudicatario.⁸²

Como se mencionó en líneas anteriores, el paradigma actual en contratación pública se encuentra fuertemente marcada con el planteamiento que las prestaciones contractuales deben observarse y cumplirse de la forma originalmente estipulada en los pliegos y en el contrato, ya que al sufrir dichas condiciones cualquier modificación durante la ejecución, se está atentando contra el principio de igualdad,

⁸⁰ Nohora Elena Prado, “Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjeras vs las mipymes en contratación estatal: Un límite a la globalización”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad* (2010): 78 <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997346.pdf>>

⁸¹ Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Vol. 3, 205.

⁸² Rodolfo Barra, *Contrato de Obra Pública*, Tomo 2 (Buenos Aires: Abaco, 1986), 456.

no solo de los demás oferentes, sino inclusive del potencial proveedor que decidió no participar precisamente por dichas condiciones originales.

Es ilustrativo lo señalado por el argentino Julio Comadira, respecto al principio de igualdad posterior a la adjudicación del contrato:

La igualdad debe ser también un valor informador de la hermenéutica de los pliegos y de los contratos, respecto del alcance a atribuir aquéllos o a éstos o a ambos simultáneamente, porque aquélla quedaría en gran medida vaciada de contenido si la Administración y el contratista pudieran alterar el contenido del vínculo sin respetar los condicionamientos derivados de la ley de la licitación o la ley del contrato, es decir, los pliegos.⁸³

Inclusive, el mencionado autor recuerda la sentencia de la Corte Suprema argentina “Vicente Robles”, en el cual se resolvió que lo acordado por las partes en los pliegos, la oferta y la adjudicación, no podían modificarse, a través de un contrato aclaratorio suscrito con posterioridad, sin violar el principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa.

1.6.2. El principio de juricidad (legalidad)

Es menester recordar que unos de los principios básicos y fundamentales del derecho administrativo y de la gestión pública, es lo que en antaño se denominaba el *principio de legalidad* y que ahora ha sido desarrollado hasta denominarse el *principio de juricidad*. Concepto que es explicado por Julio Comadira de la siguiente forma:

La juricidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del Derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general normativo (reglamentos) y, eventualmente, ciertos contratos administrativos.⁸⁴

Es así que, para la formación de la voluntad administrativa, en cuanto a la suscripción de un contrato administrativo, necesariamente tiene que observarse lo

⁸³ Julio Comadira, *Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003), 295.

⁸⁴ *Ibíd.*, 279.

prescrito, no solo en la normativa aplicable, sino también en todo el andamiaje jurídico que ejerce influencia en el derecho público.

De igual manera sucede con la modificación de los contratos administrativos. No solo basta con la *autonomía de la voluntad de las partes*, premisa suficiente en el derecho privado para modificar cualquier obligación de fuente bilateral, sino que es indispensable que la administración pública esté facultada mediante disposición expresa de la norma, a realizar dicha modificación.

El autor argentino Comadira, haciendo eco de una sentencia de su país, expone:

[...] el Alto Tribunal resaltó, en materias de contratos públicos, el significado del principio que venimos exponiendo [el de juricidad] al asignar, a éste, la virtualidad de desplazar, del ámbito de aquellos, la autonomía de la voluntad de las partes respecto de su celebración y contenido, al sujetarlo a las formalidades preestablecidas y los contenidos impuestos por la norma, respectivamente.⁸⁵

En consecuencia, cualquier modificación a estipulaciones contractuales, que no se encuentre amparado y permitido expresamente en la norma, estaría vulnerando el principio de juricidad o legalidad objetiva y por lo tanto, dicha modificación adolecería de objeto ilícito, viciando el instrumento bilateral suscrito.

1.6.3. El principio de seguridad jurídica

Otro de los principios transversales y universales en el Derecho Público, que refuerzan la postura de inmutabilidad del contrato administrativo, es el principio de seguridad jurídica.

Si bien, el mencionado principio tiene varios matices y alcances dependiendo del área de derecho correspondiente, en la contratación pública, ha sido estudiada con particular énfasis. Así, el autor Juan Carlos Expósito señala:

La falta de unidad de criterios al interior de las Administraciones Públicas hace que desaparezca la esencia de este mandato constitucional, pero ante todo que se actúe al margen de la ley de contratos, eludiendo los procedimientos selectivos, porque se hace una interpretación de aquella para no seguir el camino de los contratos administrativos y aplicar fórmulas jurídicas privadas que se apartan de todos los cánones legales impuestos para los contratos de las Administraciones

⁸⁵ *Ibíd.*, 280.

Públicas. Esta deliberada actuación se considera, en principio, un verdadero fraude a la ley.⁸⁶

Por tal razón, las administraciones públicas no pueden adoptar, ni discrecionalmente ni bilateralmente, la decisión de modificar el contrato, si dicha posibilidad no se encuentra expresamente permitida en la normativa; ya que dicho actuar podría ser diferente en otro órgano de la Administración, atentando contra el quehacer jurídico administrativo de las entidades públicas, que debería ser objetivo y homogéneo.

Un caso ejemplar es lo que sucede en el Ecuador, ya que precisamente existen ciertas entidades públicas que modifican las condiciones originalmente estipuladas en el contrato administrativo suscrito, mientras que otras entidades, se rehúsan a realizar dichas modificaciones, exigiendo en todo caso, la resciliación del instrumento. Los proveedores en la fase precontractual y el contratista, en la fase contractual, no saben a qué atenerse, ni están seguros de las reglas de su relación jurídica con el respectivo ente público.

1.6.4. El principio de planeación

Juan Carlos Expósito, recuerda que el principio de planeación es un concepto propio del Estado Social de Derecho, como criterio garantizador de la legalidad y del interés general⁸⁷. Toda actuación administrativa debe responder necesariamente a una planificación institucional, sectorial y estatal, sin que sea admisible en el modelo estatal contemporáneo, la improvisación en el quehacer público.

Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana enfatiza a lo largo de su texto, la importancia de la planificación estatal. Es así que el artículo 275 dispone:

Art. 275.- [...] El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente [...]

⁸⁶ Juan Carlos Expósito, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 563.

⁸⁷ *Ibíd.*, 600

Respecto a la planificación en contratación pública, el autor antes referido, expone con acierto:

Esta perspectiva general de lo que se define como planeación debe ser incorporada en el tema de la contratación estatal, ya que ésta es uno de los mecanismos, si no el único, por el que la Administración desarrolla sus proyectos para así con las finalidades propias de cada entidad, a la vez que desarrolla el concepto del Estado social de Derecho. Así, debemos concentrarnos en la planeación como principio rector de la contratación del Estado [...]. La planeación, para el tema que nos ocupa (...) implica que todo proyecto que pretendan adelantar las entidades públicas debe estar precedido de los estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica [...]⁸⁸

Es así que la planificación en materia de contratación pública, permite obtener, no solo el presupuesto referencial para la fase precontractual o la identificación precisa de las características de los bienes y servicios a ser adquiridos, sino que también permite identificar con precisión las necesidades a ser satisfechas con el negocio jurídico en específico.

Por tal razón, en un Estado que tiene como principio transversal el de planificar y planear toda su actividad administrativa, no es admisible que tenga la potestad de modificar sus contratos administrativos suscritos, ya que se entiende que los mismos tuvieron que haber sido suscritos a base de un estudio minucioso, completo, actualizado y definitivo.

⁸⁸ *Ibíd.*, 601-02

Capítulo dos

El modelo ecuatoriano respecto a la modificación de los contratos administrativos

2.1. La legislación ecuatoriana respecto a los contratos administrativos

Toda vez que se ha analizado en el capítulo uno del presente trabajo investigativo, la definición de contrato administrativo, así como las distintas posturas respecto a su diferenciación respecto a contratos civiles, es pertinente analizar la legislación ecuatoriana para identificar cuáles son las normas que regulan dicho instrumento, para posteriormente identificar si es posible o no, su modificación, al tenor de las teorías detalladas en el capítulo precedente.

En tal sentido, la norma principal que regula la contratación de bienes, servicios y obras por parte de entidades de derecho público, es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida por la Asamblea Constituyente el 22 de julio del 2008 y publicada en el Registro Oficial 395 de 04 de agosto del mismo año.

Con dicha Ley se derogó la Ley de Contratación Pública, que estuvo vigente desde el 22 de febrero del 2011, la Ley de Consultoría que estuvo vigente desde 5 de noviembre del 2004 y otros artículos específicos de distintas normas vigentes a la época.

Desde entonces, mucho se ha escrito y analizado respecto a la mencionada Ley, en especial se ha resaltado las virtudes de unificar las distintas normas de contratación pública que regían en el Ecuador, la de crear un organismo rector de la materia, así como la de crear un Registro Único de Proveedores, la de incorporar tecnologías de la información a las contrataciones, incluir procedimientos dinámicos para bienes estandarizados, entre otras⁸⁹.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que dicho cuerpo legal regula la adquisición o arrendamiento de

⁸⁹ Dávila, *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*, 17-19.

bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría⁹⁰.

Por su parte, el artículo 60 del mismo cuerpo legal, determina que todos los contratos a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son contratos administrativos; por lo tanto, no puede existir ninguna duda al respecto sobre la naturaleza de los contratos suscritos por las entidades públicas al tenor de dicha Ley.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, una entidad de derecho público también suscribe contratos administrativos al amparo y en observancia de otros cuerpos legales. De hecho, solo hace falta que se cumplan los supuestos que señala la norma para determinar si los contratos suscritos por las entidades públicas ecuatorianas tienen el carácter de administrativos.

Es así que el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁹¹ define al contrato administrativo, al igual que el artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁹², sin embargo, la definición del instrumento jurídico, no es suficiente para entender la magnitud de su régimen y los parámetros que deben observarse mientras el instrumento se encuentre vigente.

Es por eso que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la norma llamada a regular, no solo el procedimiento de formación de la voluntad administrativa para la suscripción del contrato (etapa precontractual), sino también, la ejecución contractual y el régimen obligacional aplicable a los contratos administrativos.

En tal sentido, para determinar si los contratos administrativos suscritos al tenor de la mencionada ley se pueden modificar, lógicamente es menester realizar un análisis exegético de dicha norma, sin dejar de obviar los principios jurídicos analizados en el capítulo uno del presente trabajo investigativo.

⁹⁰ **Art. 1.-** Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría [...]

⁹¹ Última reforma realizada mediante Decreto Ejecutivo N° 618, publicado en el Registro Oficial N° 475 de 08 abril del 2015.

⁹² **Art. 364.-** [...] Los contratos administrativos son aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público. [...]

2.2. El principio de legalidad e igualdad en los contratos administrativos ecuatorianos

Antes de analizar el articulado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, es pertinente resaltar los principios transversales que rigen a los contratos administrativos en el Ecuador.

En un primer término, cualquier accionar que realice la administración, respecto a la preparación, ejecución o liquidación de un contrato administrativo, debe estar permitido expresamente en una norma, de conformidad al artículo 226 de la Constitución de la República, que dispone:

Art 226.- 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.

Según lo ha señalado el ex Tribunal Constitucional del Ecuador, toda acción administrativa es un ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido⁹³, sin que sea una excepción la actividad enmarcada y relacionada a un contrato suscrito por una entidad de derecho público; no solo en su etapa de formación (precontractual), sino también durante su ejecución, finalización y liquidación.

Por lo tanto, en el Ecuador, según el principio antes transcrito, la potestad y facultad de modificar estipulaciones contractuales, *necesariamente* debe estar prevista en la ley, sin que sea admisible el principio jurídico de la autonomía de la voluntad contractual, que rige en las relaciones civiles.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina 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”⁹⁴.

⁹³ Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso N° 150-2001-RA, Primera Sala. R.O. 346-S de 13 de junio del 2001

⁹⁴ Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es importante resaltar que la norma antes transcrita expresamente señala que los principios son aplicados, no solo en los procedimientos previstos en la Ley, sino también en los *contratos suscritos* en consecuencia de su aplicación. Es decir, que el propio legislador ha dispuesto que, en la ejecución de los contratos, deben aplicarse *todos* los principios señalados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo cual incluye por supuesto, el principio de igualdad.

En el capítulo uno del presente trabajo, se explicó en que consiste el principio de igualdad en la ejecución de un contrato administrativo, concluyendo que las prestaciones contractuales deben observarse y cumplirse de la forma originalmente estipulada en los pliegos y en el contrato, ya que al sufrir dichas condiciones cualquier modificación durante la ejecución, se vulnera, no solo a los otros oferentes que existieron en un proceso precontractual, sino también a los proveedores del mercado que decidieron no ofertar por la forma y condiciones originalmente señaladas.

Por lo tanto, las dos premisas que están completamente claras respecto a la modificación de contratos administrativos suscritos al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es que (i) dicha posibilidad debería estar expresamente permitida en dicha ley, en virtud del principio de legalidad señalada en la Constitución; y que, (ii) la modificación de ninguna forma puede atentar las condiciones originalmente estipuladas, en virtud del principio de legalidad establecido en el artículo 4 de la propia Ley.

2.3. El contrato modificadorio

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aparentemente contiene una disposición que permitiría “modificar” los contratos, ya que la descripción del artículo así lo señala:

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.

Sin embargo, si se realiza un análisis prolijo, se observa que dicho instrumento modificadorio, solamente puede realizárselo para corregir errores

detectados en las cláusulas contractuales, ya sean de hecho, de transcripción o de cálculo.

Para entender entonces el alcance del contrato modificador establecido en la Ley, es importante entender qué significan éstas clases de errores.

Para Jairo Peña, hecho es:

Todo lo que se sabe o supone que pertenece a la realidad. Comprende estados de cosas y cambios en estados de cosas; pueden distinguirse, así, dos tipos básicos de hechos: estados de cosas -situaciones- y cambios en estado de cosas -eventos, acontecimientos o acaecimientos-, que pueden ser sucesos o procesos.⁹⁵

De conformidad a la tesis de María Vivian Llinás Silva para la Universidad Nacional de Colombia, el error de hecho, son errores de juicio en la existencia de las cosas, en la identidad de las cosas o en el raciocino utilizado⁹⁶. Es así que un contrato en el cual se incorporen elementos que evidentemente se encuentren en contraposición de la realidad, altere el estado de las cosas o describa incorrectamente una calidad jurídica, adolece de error de hecho.

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar el lugar de la suscripción del instrumento, su fecha de celebración, el nombre de los comparecientes, su calidad jurídica, los antecedentes descritos, la norma invocada, entre otros.

Por su parte, un error de transcripción es un error en el copiado de información al momento de elaborar el contrato. Lógicamente, dicho error se evidencia al comparar el contrato administrativo con los pliegos, ya que es allí en dónde costa la información original transcrita.

Finalmente, un error de cálculo puede referirse al cálculo *algebraico* o al cálculo *aritmético*. El primero hace referencia a las letras que representan las cantidades y el segundo a la que se hace exclusivamente con números y signos convencionales⁹⁷.

Como se evidencia de lo anterior, el contrato modificador establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe

⁹⁵ Jairo Iván Peña Ayaso, *Prueba Judicial. Análisis y Valoración* (Bogotá: Consejo Nacional de la Judicatura, 2008), 19.

⁹⁶ María Vivian Llinás, “El error de hecho” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2011), 69.

⁹⁷ Real Academia Española. Diccionario en línea: <http://dle.rae.es/?id=6knnjoC>

entenderse realmente como un contrato *aclaratorio*, pues solamente es pertinente su suscripción, cuando se evidencian errores formales en el contrato suscrito, más no tiene como función cambiar ni modificar de ninguna forma las condiciones originalmente pactadas o previstas en los pliegos del proceso precontractual.

Por lo tanto, dicho instrumento no puede ser utilizado con el fin de modificar, cambiar ni transformar condiciones contractuales u obligaciones contraídas en virtud del instrumento suscrito.

2.4. El contrato complementario

El artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que:

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.

Como se desprende del anterior enunciado, el contrato complementario previsto en la norma, tiene tres funciones: la de ampliación, la de modificación y la de complementación de la obra o servicio determinado.

Ahora bien, lo primero que debe remarcarse, es que dicha clase de instrumento *solamente* puede suscribirse en los contratos de obra o de servicio, por lo tanto, de ninguna forma pueden suscribirse contratos complementarios en los contratos para la adquisición de bienes, lo cual está acorde al principio de igualdad explicado en líneas anteriores, ya que no se puede ampliar, modificar ni complementar los bienes adquiridos en virtud de un contrato administrativo, pues dicha ampliación, modificación o complementación de haberse producido en la etapa precontractual, cambiaría significativamente el precio final del contrato y en consecuencia, podría cambiar el resultado de la adjudicación.

Sin embargo, los contratos complementarios efectivamente son permitidos en los contratos de obra y en los contratos de prestación de servicios (se incluyen los de consultoría), y aparentemente con su suscripción, las prestaciones originalmente

previstas no serán las mismas al finalizar, debiéndose también recalcar que es el *objeto* del contrato lo que se amplía, modifica o complementa.

También se remarca que la naturaleza del contrato complementario, es la de *accesorio*, ya que de ninguna manera puede suscribirse dicho instrumento, si es que previamente no se encuentra vigente un contrato principal. Al respecto, el artículo 1458 del Código Civil señala: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”; por lo tanto, esta clase de instrumentos deben observar todas las reglas de accesoriedad establecida en el código civil, en especial, la regla de imposibilidad de supervivencia autónoma⁹⁸.

2.4.1. El contrato complementario que amplía la prestación contratada

De conformidad al artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el primer uso de un contrato complementario es la de *ampliar* la obra o el servicio contratado.

En su concepción más simple, ampliar significa extender, dilatar o aumentar el tamaño de algo⁹⁹, lo cual se traduce que el contrato complementario ampliatorio debe ser utilizado cuando la entidad requiera aumentar las prestaciones originalmente contratadas.

Ahora bien, dicho aumento tiene un límite del 35% en los contratos de obra y servicios y un 70% en los contratos de consultoría, de conformidad a lo establecido en el artículo 87 de la LOSNCP.

Es importante recalcar que dicho instrumento está encaminado a aumentar las prestaciones originalmente contratadas, pero de ninguna forma, permite cambiar, transformar o modificar las mismas, y peor aún, cambiar las condiciones de ejecución originalmente establecidas, debiéndose considerar que el aumento de prestaciones, puede también justificar un aumento en el plazo de ejecución del contrato. De hecho, la propia norma específicamente señala que deben mantenerse los precios del contrato original.

⁹⁸ En caso que el contrato principal se resuelva, rescilie o rescinda, el contrato accesorio quedará extinto de igual manera. Es decir, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

⁹⁹ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario en línea: <http://dle.rae.es/?id=2RiurRM>

2.4.2. El contrato complementario que modifica la prestación contratada

La segunda función de un contrato complementario, según lo determinado en el artículo 85 de la LOSNCP, es la de modificar la obra o el servicio contratado.

Precisamente, esta es la única norma expresa que permite modificar de forma esencial un contrato administrativo suscrito al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debiéndose entender cuál es el alcance de dicha posibilidad.

En tal sentido, se observa que la norma citada permite la modificación de “la obra o el servicio” y no del contrato o del instrumento suscrito. Es decir, lo que la norma permite modificar es el alcance, contenido y estructura de la propia contratación, pero no permite cambiar de forma general las estipulaciones contractuales.

Lo anterior se traduce en que es plausible modificar en cierta medida, el objeto del contrato, para adaptarse a las nuevas necesidades de la administración pública, sin que dicho cambio se traduzca en una nueva contratación. El límite se encuentra en la *naturaleza* del contrato, considerando que no podría modificarse las características esenciales de la prestación originalmente contratada.

Otros ejemplos relevantes que permiten entender a esta clase de contrato complementario, lo tenemos en los contratos de obra en los cuales se pueden modificar los rubros y materiales estipulados en el contrato o los diseños del proyecto o la metodología de construcción¹⁰⁰, y en los contratos de prestación de servicios, se pueden modificar el alcance, lugar y nivel mismo de servicio contratado.

Al respecto, el Contralor General del Estado del Ecuador mencionó que es factible cambiar los rubros de una obra pública, por otros rubros, además del aumento de cantidades y creación de nuevos rubros que generalmente suelen realizarse a través de la figura del contrato complementario:

En conclusión, si por necesidades técnicas de la obra o causas imprevistas calificadas por la entidad, previo informe de la fiscalización de la obra, que

¹⁰⁰ Lo cual tiene sentido ya que, en la ejecución de una obra pública, difícilmente los diseños y planos originalmente previstos, terminan ejecutándose sin ningún cambio, ya que suelen aparecer elementos y condiciones no consideradas originalmente por el autor de los planos y diseños.

implique una modificación en el diseño o las especificaciones técnicas, se debe suscribir un contrato complementario el que permite, entre otros aspectos: Crear rubros nuevos, suprimir rubros no necesarios, incrementar las cantidades de obra o disminuir otras...¹⁰¹.

Esta clase de contrato complementario, se encuentra acorde al principio de continuidad explicado en el acápite 1.4.2 del presente trabajo investigativo, ya que con la modificación de la obra o servicio, la Administración Pública podría superar los inconvenientes acaecidos durante la ejecución del contrato y continuar atendiendo el interés público que motivaron en primer lugar la contratación respectiva.

2.4.3. El contrato complementario que complementa la prestación contratada

Finalmente, el artículo 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite complementar lo originalmente contratado, lo cual significa que se puede generar nuevas prestaciones que no fueron consideradas en los pliegos del procedimiento precontractual ni en el contrato suscrito.

El límite para realizar tales aumentos es del 35% del valor del contrato principal, en contratos de obra y servicios, y 70% en los contratos de consultoría según lo dispuesto en el artículo 87 de la ley señalada.

2.5. Actuaciones administrativas que modifican las condiciones contractuales

Sin perjuicio de la modalidad establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para aumentar, complementar o modificar las prestaciones originalmente contratadas, a través de la suscripción de un contrato complementario, la norma también permite aumentar o complementar las prestaciones con otra modalidad, a través de una disposición administrativa por parte del Administrador del Instrumento.

Es así que la figura del Administrador del Contrato, cobra especial relevancia en la práctica jurídica administrativa ecuatoriana, ya que este servidor público, es el

¹⁰¹ Contralor General del Estado, Oficio N° 25137-DAPyA de 28 de octubre de 2015

representante de la administración pública en una relación contractual, además de ser el encargado de recomendar a las autoridades, se tomen decisiones jurídicas respecto al régimen obligacional adquirido. En consecuencia, el Administrador del Contrato será quién motive, justifique y recomiende la suscripción de un contrato modificatorio contrato complementario, terminación de mutuo acuerdo o terminación unilateral, o en su defecto, valiéndose de actuaciones administrativas, realice cambios al instrumento de forma directa.

Con estas instrucciones administrativas, el Administrador del Contrato puede prorrogar el plazo del contrato originalmente estipulado, al igual que suspender unilateralmente la ejecución del mismo.

2.5.1. Modificación del precio en virtud de órdenes

En virtud de las órdenes administrativas, los contratos de obras pueden aumentar las prestaciones contratadas, sin que sea necesario suscribir un contrato complementario.

En tal sentido, el artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite aumentar las cantidades estipuladas en un contrato de obra, hasta el 25% del valor reajustado del contrato principal, siempre y cuando no modifique el objeto contractual.

Por su parte, el artículo 89 de la mencionada ley y el artículo 145 de su Reglamento General permite a la entidad contratante disponer la ejecución de rubros que no fueron originalmente previstos en el contrato, hasta un máximo del 10% del valor reajustado del contrato principal.

Es decir, se observa que la norma permite modificar el precio estipulado de un contrato administrativo de obra pública, hasta el 35%, sin que sea necesario suscribir un contrato complementario. El Procurador General del Estado se ha pronunciado al respecto:

c) En ambos casos [emisión de órdenes y suscripción de complementarios], no se trata de porcentajes que "se suman", sino de la aplicación de modalidades distintas, previstas por la ley, respecto de una obra civil contratada. Es posible, en este contexto, que en un proceso de contratación para ejecutar obra pública, puedan utilizarse tanto las órdenes de trabajo, las órdenes de cambio por diferencia en cantidades de obra y los contratos complementarios, dentro de los límites previstos para cada modalidad, para modificar, ampliar o complementar la obra contratada. En este caso, las órdenes de trabajo (rubros nuevos) y las órdenes

de cambio (diferencias en cantidades de obra) podrán ser dispuestas y ejecutadas hasta el 10 por ciento y el 25 por ciento, respectivamente, sin que se requiera la suscripción de un contrato complementario; mas en el caso de que la entidad contratante requiera, más allá de los porcentajes descritos, la ampliación, modificación o complementación de una obra civil previamente contratada, es posible hacerlo a través de la suscripción de uno o más contratos complementarios, sin que en ningún caso la suma de éstos pueda superar el valor del 35 por ciento del monto total reajustado del contrato principal, según lo previsto por el citado artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.¹⁰²

De lo anterior se colige que no existe un límite en la cantidad de órdenes y contratos complementarios que una entidad pública puede generar y suscribir, siempre y cuando no excedan los límites establecidos en la Ley, y que tampoco existe un “orden” en la utilización de las modalidades de aumento; es decir, no se necesita agotar las órdenes para proceder a suscribir contratos complementarios y viceversa. La utilización y oportunidad de las modalidades de aumento, están a discrecionalidad de la administración.

Las órdenes administrativas suelen ser una constante en otras legislaciones de obra pública, justificándose las mismas por una necesidad imperiosa de actualizar los planos, por razones imprevistas o técnicas que no fueron contempladas originalmente. El autor colombiano David Arce Rojas señala sobre la legitimidad de las órdenes en un contrato de obra pública:

Esta modificación se presenta como consecuencia del juego de buena fe y de la condena de enriquecimiento injusto dentro del contrato de obra. Existe buena fe del contratista si modifica la obra en virtud de órdenes, aunque sean verbales, de quien tiene competencia para darlas y si actos posteriores del comitente crean también en el contratista la confianza de que las alteraciones introducidas en el proyecto son válidas. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que también se vale de criterios objetivos para valorar si la modificación de la obra era necesaria técnicamente para la ejecución global del proyecto. En consecuencia, el comitente no puede negar el pago de la mayor cantidad o calidad de la obra, pues se enriquecería injustamente a costa del contratista.¹⁰³

2.5.2. Modificación del precio en virtud del reajuste

¹⁰² Procurador General del Estado, oficio N° 13379 de 30 de mayo del 2013

¹⁰³ David Arce Rojas, “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, *Vniversitas*, No. 105 (2003): 287.

Tal y como se analizó en el acápite 1.4.4 del presente trabajo, el reajuste de precios es un mecanismo contractual que permite la recuperación del equilibrio económico del contrato.

Nuestra legislación no ha sido indistinta a este mecanismo, y por ende, permite que las entidades públicas estipulen en sus contratos administrativos de obra, bienes, servicios y consultoría, fórmulas de reajuste de precios. En tal sentido, el artículo 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala:

Art. 82.- 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 reajustables los contratos de consultoría que se suscriben bajo cualquier modalidad.

Lo anterior se encuentra complementado con lo que dispone el artículo 126 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 126.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere la Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo. En consecuencia, aquellos contratos, cuya forma de pago no corresponda al sistema de precios unitarios no se sujetará al sistema de reajuste previsto en este capítulo.

Al respecto, es importante notar entonces que, en el Ecuador, solamente los contratos administrativos en los cuales se haya establecido precios unitarios, es posible igualmente establecer una fórmula polinómica para actualizar o restablecer el equilibrio económico del contrato, sin que sea factible realizar dicha modificación, en contratos con precios globales o generales. También, por disposición expresa del artículo 53 de la LOSNP, se prohíbe incluir fórmulas de reajuste de precios en los contratos integrales por precio fijo¹⁰⁴.

¹⁰⁴ **Art. 53.-** [...] Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. [...]

Para la legislación ecuatoriana, el derecho al reajuste de precios es renunciable y por ende, puede constar así en el respectivo contrato suscrito. Es así que el último párrafo del artículo 131 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala: “Como el derecho a percibir el reajuste es de aquellos que se puede renuncia, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes”.

Es interesante recalcar que la legislación ecuatoriana difiere significativamente sobre la posibilidad de renunciar al reajuste del equilibrio económico del contrato, ya que más bien, la tendencia mayoritaria es que el reajuste de precios es un derecho de las partes que se deriva directamente de la relación bilateral, conmutativa y sinalagmática del contrato administrativo de tracto sucesivo. Por ejemplo, el Consejo de Estado de Colombia sostiene al respecto:

[...] la ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que aplica con independencia de que las partes la hubieran pactado o no. En otros términos la sala reitera que es el propio legislador quien fija las reglas tendientes a procurar el equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando este se rompa por aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias [...].¹⁰⁵

Ahora bien, es necesario recalcar que una vez que se ha renunciado al reajuste de precios en un contrato administrativo, no existe un instrumento que permita recuperar tal derecho. Es decir, de ninguna manera se puede modificar la estipulación contractual en la cual se ha renunciado a un reajuste de precios. El Subcontralor General del Estado ha mencionado al respecto:

No existe norma de derecho público que permita incluir el reajuste de precios en un contrato de obra pública en que se ha renunciado expresamente a tal derecho; adicionalmente el artículo 1561 del Código Civil señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, de manera que si en los pliegos se contemplaba la renuncia y en el contrato se incluyó expresamente tal renuncia, no cabe que durante la ejecución se altere tal disposición [...]

¹⁰⁵ Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera: sentencia del 24 de octubre de 1994, expediente 11632

Por lo expuesto, no es factible recuperar el derecho al reajuste de precios, pues no hay norma que permita tal inclusión. El contrato es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.¹⁰⁶

El reajuste de precios, se lo hace directamente en la planilla (en caso de obras) o en el acta de entrega recepción respectiva (en caso de bienes, servicios o consultoría), en el cual se aplicará la fórmula de reajustes estipulada en el contrato.

2.5.3. Aumento y suspensión del plazo

Una de las prácticas habituales en la ejecución de contratos administrativos en el Ecuador, es la de prorrogar y la de suspender la ejecución del mismo, con actuaciones directas del Administrador del Contrato.

Ambas figuras no se encuentran señaladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo, en el Reglamento General contiene una disposición de la cual se desprende la posibilidad de aumentar el plazo originalmente contratado.

En tal sentido, se observa que el artículo 113 de dicho reglamento, señala: “En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito [...]”.

De lo anterior se desprende que el único requisito normativo para que exista prórroga de un contrato de tracto sucesivo, es que sea expresa y otorgada por escrito, recordando que esta clase de contratos puede abarcar la prestación de servicios y ejecución de obras, excluyendo por supuesto, la adquisición de bienes, ya que son contratos de resultado.

Por su parte, el Reglamento General tampoco establece la posibilidad de suspender la ejecución del contrato, por lo cual podría llegar a creerse que dicha posibilidad se encuentra excluida en la práctica administrativa ecuatoriana (como de hecho, muchos administradores de contratos así lo creen).

Sin embargo, es necesario recordar que el numeral 9 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública faculta al Servicio Nacional de Contratación Pública a dictar normas administrativas, manuales o instructivos, por

¹⁰⁶ Subcontralor General del Estado, oficio N° 25358-DAPyA de 30 de octubre del 2015.

lo que sin duda alguna, las resoluciones de dicha entidad forman parte del derecho positivo a ser observado al tenor del principio de legalidad vigente en el Ecuador y que ya fuere explicado.

En tal virtud, si se observa que los modelos de pliegos del Servicio Nacional de Contratación Pública expedidos mediante Resolución N° RE-SERCOP-2014-000004 de 20 de febrero de 2014, para procedimientos comunes, y los modelos de pliegos expedidos mediante Resolución N° RE-SERCOP-2013-0000002 de 27 de diciembre de 2013, para procedimientos de régimen especial, contienen disposiciones expresas que permiten la prórroga del plazo o suspensiones de la ejecución del contrato.

Por ejemplo, en los pliegos de contrataciones de obra, cualquiera sea su procedimiento de contratación (licitación, cotización o menor cuantía), se establece:

4.7.1 Suspensión de los Trabajos: La fiscalización dispondrá la suspensión de una parte o de la totalidad de la obra, en cualquier momento, cuando se detecte incumplimiento del diseño y especificaciones en las obras contratadas. La suspensión durará hasta que el contratista acate las recomendaciones impartidas por la fiscalización.¹⁰⁷

Igualmente, en todos los modelos de contratos constante en los distintos pliegos, ya sean para la adquisición de bienes, servicios, consultoría u obras, existe un texto similar en la cláusula de prórrogas, en donde se faculta a la entidad contratante a prorrogar el plazo contractual, siempre y cuando, de forma general, se justifique caso fortuito, fuerza mayor, cuando se ordene trabajos adicionales o no se haya cancelado el anticipo en el plazo establecido en el instrumento.

Por tal razón, la facultad de prorrogar o suspender un contrato administrativo suscrito al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación de Pública emana principalmente de los pliegos de contratación expedidos por la entidad que regula la materia y en consecuencia, dicha facultad se encuentra estipulada en los contratos suscritos.

2.5.4. Modificación a la forma de pago

¹⁰⁷ Resolución N° RE-SERCOP-2014-00004 de 20 de febrero del 2014

En el último semestre del año 2015, el Ecuador comenzó a tener problemas de liquidez y por ende, las entidades públicas dejaron de pagar normalmente a sus contratistas¹⁰⁸, generándose un efecto dominó que afecta a trabajadores, proveedores, subcontratistas y el cumplimiento de los contratos suscritos.

Ante la falta de liquidez, el Estado propuso un sistema de pago alternativo, que si bien no es una modificación al contrato propiamente dicho, es una modificación a la forma de pago estipulada originalmente, utilizando para ello, otros negocios e instrumentos jurídicos.

Es así, que el artículo 126 del novísimo Código Monetario y Financiero, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 332 de 12 de septiembre del 2014, establece que:

Art. 126.- Emisión de valores del Banco Central del Ecuador. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, con el voto unánime de sus miembros, autorizará al Banco Central del Ecuador, dentro de los límites de sostenibilidad de la balanza de pagos, la emisión de valores denominados Títulos del Banco Central (TBC), que serán de renovación automática y respaldados en su totalidad con los activos del Banco Central del Ecuador. Los Títulos del Banco Central (TBC) se emitirán por tipos o series que podrán tener diferentes características [...].

La señalada Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, mediante Resolución N° 046-2015-M de 05 de marzo del 2015, expidió el Programa de Inversión de Excedentes de Liquidez, autorizando, en su artículo 6, al Banco Central del Ecuador a emitir *Títulos del Banco Central (TBC)*¹⁰⁹.

En virtud de lo anterior, los contratistas del Estado ecuatoriano, pueden solicitar la suscripción de un convenio de dación de pago con las entidades contratantes, de conformidad a lo expresamente permitido en el artículo 131 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que señala:

Art. 131.- Pago de obligaciones con recursos de deuda.- En ningún caso las entidades del sector público entregarán certificados, bonos y otros títulos de deuda pública en pago de obligaciones por remuneración al trabajo, que no provengan de dictámenes judiciales o las establecidas por ley. Para otro tipo de

¹⁰⁸ “Títulos del Banco Central, un recurso ante la iliquidez”, El Universo (Guayaquil), 21 de febrero del 2016.

¹⁰⁹ Hasta mayo del 2016, la señalada Resolución ha sido modificada en siete ocasiones, siendo la última reforma realizada mediante Resolución N° 150-2015-M

obligaciones, además del pago en efectivo, se podrán otorgar en dación de pago, activos y títulos - valores del Estado con base a justo precio y por acuerdo de las partes.

En observancia a las normas antes citadas, un contratista de una Entidad Pública, en vez de recibir el pago en la moneda prevista en el contrato (que en la mayoría de casos, se la realiza en dólares de los Estados Unidos de América), puede recibir el pago en Títulos del Banco Central.

Dichos títulos solamente son aplicables para pagar tributos al Servicio de Rentas Internas, de conformidad a lo permitido en el artículo 43 del Código Tributario¹¹⁰ y regulación expedida por dicha entidad, mediante Resolución N° NAC-DGERCGC16-00000010 de 07 de enero del 2016.

Por lo anterior, se observa que, a través de legislación económica pública, así como regulación administrativa, es factible que un contrato administrativo sea pagado de forma distinta a la originalmente estipulada, por lo que, a la postre, se está produciendo una modificación a dicha estipulación.

2.6. Prohibiciones expresas de modificación

Si bien ha quedado claro que en virtud del principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, las entidades de derecho público solamente pueden realizar sus actuaciones al tenor de lo expresamente señalado en la norma, se observa que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contiene prohibiciones expresas a ciertas clases de modificación, que doctrinariamente o en otras legislaciones, sí son posibles, tal y como se analizó en el primer capítulo del presente trabajo investigativo.

2.6.1. Prohibición de modificaciones subjetivas

El artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe de forma expresa que un contratista ceda los derechos y obligaciones

¹¹⁰ **Art. 43.-** [...] Asimismo, la obligación tributaria podrá ser extinguida total o parcialmente, mediante la dación en pago de bonos, certificados de abono tributario, títulos del Banco Central del Ecuador u otros similares, emitidos por el respectivo sujeto activo y el Banco Central del Ecuador, o en especies o servicios, cuando las leyes tributarias lo permitan.

del contrato, por lo que cualquier enajenación que realice un contratista de dichos derechos, es nula de pleno de derecho¹¹¹.

Igualmente, una persona jurídica contratista debe notificar a la entidad contratante de la transferencia, cesión o enajenación bajo cualquier modalidad de las acciones o participaciones del capital suscrito, y solicitar autorización de las respectivas entidades contratantes, cuando dicha enajenación supere el 25% del capital suscrito, caso contrario será causal de terminación unilateral y anticipada del instrumento¹¹².

En tal sentido, el Procurador General del Estado ha señalado:

...al amparo del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 y su reforma introducida mediante Decreto Ejecutivo No. 144, se concluye que los contratistas del Estado deben notificar a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, sea cual sea el porcentaje de capital transferido.

De igual manera, por disposición de los indicados Decretos Ejecutivos Nos. 1793 y 144, en el caso de transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación u otro mecanismo de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado, los contratistas deben requerir autorización de la entidad contratante para que proceda la transferencia. La falta de autorización de la entidad contratante constituye causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento.¹¹³

Por su parte, es permitida la Subcontratación de una manera restringida y total riesgo del contratista, según lo determina el artículo 79 de la Ley señalada, ya que tiene un límite de 30% del valor del contrato y con personas naturales o jurídicas que tengan Registro Único de Proveedores RUP, inscrito en la actividad inherente a la subcontratación.

De lo anterior se desprende que la muerte del contratista, en caso de personas naturales, o la liquidación o extinción en caso de personas jurídicas, necesariamente produce *ipso iure* la terminación del contrato, sin que sea necesario ningún acto

¹¹¹ **Art. 78.- Cesión de los contratos.-** El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

¹¹² Decreto Ejecutivo N° 1793, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 621 de 26 de junio del 2009.

¹¹³ Oficio de la Procuraduría General del Estado No. 13534 de 11 de junio del 2013.

administrativo por parte de la Entidad Contratante para resolver el instrumento; lo cual se encuentra acorde a lo establecido en el numeral 5 del artículo 92 de la LOSNCP.

También, en virtud de la prohibición señalada, en el Ecuador no pueden darse actividades como el factoring, como una alternativa de cobro para los contratistas.

2.6.2. Prohibición de reajuste de precios, prórrogas y contratos complementarios

El artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la modalidad de contratación de obras a precio fijo, en el cual se prohíbe expresamente cualquier modificación:

[...] Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo tanto, los contratos sujetos a ésta clase de modalidad son totalmente inmutables, asumiendo el contratista todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato, por lo que, en caso de determinarse un error en los diseños o la necesidad de modificar los planos originalmente previstos, no existe facultad legal para modificar el instrumento, debiéndose, como única alternativa, resciliar el instrumento y volver a contratar la ejecución incorporando las modificaciones necesarias.

También es necesario precisar que el contrato integral por precio fijo, previsto en el artículo antes señalado, difiere al contrato de obra doctrinariamente conocido como *contrato llave en mano*, ya que para que las entidades contratantes ecuatorianas puedan contratar una obra a precio fijo, deben cumplir los siguientes requisitos adicionales a cualquier contratación: (i) Incorporar en el contrato los bienes y equipos de la infraestructura a construirse, (ii) el valor de la contratación debe ser superior al resultante de multiplicar 0,1% por el monto del presupuesto inicial del estado del correspondiente ejercicio económico . En consecuencia, el contrato integral por precio fijo, no es una modalidad de contrato de obra, sino una clase independiente de contratación, con sus respectivas características propias.

2.7. Excepciones

Ahora bien, es importante recalcar que no todas las adquisiciones de bienes, servicios, consultoría u obras que realice una entidad pública, se encuentran sometidas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que la propia norma establece excepciones en su aplicabilidad, y por lo tanto, el análisis de modificación de los contratos administrativos realizados en el presente trabajo, no aplica para dichas excepciones.

2.7.1. Contratos de actividades de exploración y explotación hidrocarburífera y bienes estratégicos para la defensa nacional

Cuando se expidió la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se derogaron todas las disposiciones y especiales que se oponían a dicha Ley, en especial la Ley de Contratación Pública de 2001 y la Ley de Consultoría del 2004 y cualquier otra norma especial que contenga procesos de contratación para entidades públicas.

Sin embargo, la derogatoria novena de la LOSNCP, exceptúa expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y la contratación de bienes estratégicos para la defensa nacional.

En tal sentido, el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos señala que la Secretaría de Hidrocarburos podrá celebrar contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana; régimen contractual que merece su propio análisis para determinar si dichos instrumentos pueden ser sujetos a modificación o no.

Igualmente sucede con la compra de bienes estratégicos para la defensa nacional, regulada mediante Decreto Ejecutivo N° 1622 publicado en el Registro Oficial N° 560 de 31 de marzo del 2009, mediante el cual, el Presidente de la República expidió el Reglamento para contrataciones de bienes estratégicos y servicios conexos necesarios para la defensa nacional.

2.7.2. Contratos financiados con préstamos o cooperación internacional

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que:

Art. 3.- Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.-

En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.

Por lo tanto, para determinar si los contratos administrativos financiados por cooperación internacional pueden ser modificados, es necesario verificar si en el contrato o convenio de préstamo se prevé dicha posibilidad, y las condiciones para que opere la misma.

2.7.3. Adquisiciones internacionales

El artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que dicha ley se aplicará dentro del territorio nacional, y por lo tanto:

Art. 3.- Aplicación territorial [...] no se regirán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieren en el extranjero y cuya importación las realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

En tal sentido, los contratos administrativos suscritos fuera del territorio nacional, se someten a la legislación de cada país, debiéndose observar el régimen jurídico pertinente para determinar si es posible su modificación.

2.7.4. Contratos regulados por leyes especiales

Finalmente, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su disposición general Quinta, reconoce que los contratos que también se encuentran regulados por leyes especiales, como los contratos de telecomunicaciones, servicios básicos, pólizas de seguros, etc., no deben observar los

modelos obligatorios de pliegos, ni las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que lógicamente el régimen obligacional de dichos contratos, se encuentran regulados precisamente por las respectivas leyes especiales.

En tal razón, el régimen de modificación de los contratos administrativos suscritos que tengan leyes especiales de regulación, deben ser analizados autónomamente al tenor de dichas leyes.

Capítulo tres

Efectos y consecuencias de la ausencia del *ius variandi* en la contratación pública ecuatoriana

3.1. La ausencia del *ius variandi* y la rigidez de los contratos administrativos

Como consecuencia de lo analizado en los capítulos anteriores del presente trabajo investigativo, se desprende que, si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite ciertas y específicas modificaciones al contrato administrativo originalmente suscrito, dichas modificaciones no se desprenden a una potestad o prerrogativa de la administración respecto a sus contratos suscritos.

Es decir, en la legislación ecuatoriana de contratación pública, definitivamente no se encuentra establecido el principio de *ius variandi*, sino más bien, un mecanismo de modificación bilateral restringido -como lo es el contrato complementario- o en su defecto, instrumentos de simple administración para modificar plazo y precio.

Sin embargo, de ninguna manera, las instituciones de derecho público ecuatorianas, pueden modificar unilateralmente las condiciones estipuladas en sus contratos administrativos suscritos al tenor de la LONSCP, justificando dichas modificaciones en el interés público o para superar condiciones de inejecutabilidad.

Igualmente, nuestra legislación no cuenta con la mayoría de mecanismos de modificación contractual que fueron analizados en el capítulo uno del presente trabajo, por lo que sin duda su modificación es restringida, respecto a contratos de prestación de servicios y ejecución de obras, y totalmente prohibida respecto a los contratos de adquisición de bienes.

En tal sentido, a parte de la inexistencia del *ius variandi*, no es factible utilizar los siguientes mecanismos:

3.1.1. Imposibilidad de renegociar el contrato

Como se señaló anteriormente, la renegociación del contrato en un mecanismo jurídico que permite recuperar el equilibrio económico del contrato. Ninguno de los artículos expuestos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública o normativa conexas¹¹⁴, permite a las entidades públicas ecuatorianas, a renegociar los precios estipulados en el contrato; de hecho, por el contrario, el artículo 85 de la mencionada Ley expresamente dispone que para la suscripción de contratos complementarios, se deben mantener los precios de los rubros del contrato original.

La única figura adoptada por la legislación ecuatoriana para recuperar el equilibrio económico de los contratos administrativos suscritos, es el reajuste de precios, tal y como se analizó en el acápite 2.5.2 del presente trabajo, que, como se observó, solo aplica en contratos con precios unitarios y además, puede ser sujeto a renuncia por parte del contratista; por lo que en caso que no se encuentre estipulado dicho reajuste, no existe ningún mecanismo permitido la ley para recuperar el equilibrio económico de los contratos suscritos.

3.1.2. Imposibilidad de conservar el contrato

Como se analizó anteriormente, los contratos pueden adolecer de vicios que produzcan su nulidad parcial y por ende, se podría ejecutar acciones jurídicas para conservar el contrato y eliminar el vicio respectivo.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no permite suscribir una cláusula de supervivencia o cualquier instrumento que tienda a convalecer el contrato nulo.

Quizás, la única excepción radica en la posibilidad de interpretación de cláusulas contractuales, según las reglas que se encuentran establecidas en el Código Civil, que son aplicables a los contratos administrativos, por normar las distintas fuentes de obligaciones existentes.¹¹⁵

En tal sentido, los artículos 1576 al 1582 de la norma señalada, determina las reglas de interpretación de cláusulas contractuales, y por ende, en caso que exista ambigüedad o duda respecto a una cláusula que produce aparentemente, la nulidad del contrato administrativo, las partes podrían suscribir un acta mediante la cual se deje constancia, la regla de interpretación utilizada y el alcance y sentido de la redacción.

¹¹⁴ Como normativa conexas se entiende al Reglamento General de la Ley, las Resoluciones del SERCOP y normas de derecho público que regulan la contratación pública.

¹¹⁵ Fuente de Obligaciones: contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y ley.

3.1.3. Imposibilidad de permitir una modificación convencional

En el acápite 1.4.6 del presente trabajo investigativo se señaló que la modificación convencional es factible cuándo en los propios pliegos del proceso precontractual y luego, en el contrato suscrito, se establece expresamente la posibilidad de modificar las condiciones originalmente pactadas.

Si bien, con dicha alternativa se está solventando en gran medida las críticas a la tesis de mutabilidad del contrato administrativo basadas en el rompimiento del principio de igualdad, es menester que dicha posibilidad se encuentre presente en la norma -por el principio de legalidad- tal como sucede en la Ley de Economía Sostenible española.

Sin embargo, ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento General ni la normativa expedida por el Servicio Nacional de Contratación Pública permite que las entidades públicas contratantes, establezcan en los pliegos de los procedimientos precontractuales, la posibilidad de modificar el contrato a suscribirse.

Respecto a la modificación legal y la modificación judicial, por desprenderse las mismas de dos funciones del Estado, revestidas de poder normativo y judicial respectivamente, las mismas podrían producirse en la realidad jurídica ecuatoriana.

3.1.4. Imposibilidad de realizar modificaciones de mutuo acuerdo

Según se revisó en el acápite 1.4.9 del presente trabajo investigativo, igualmente existe una corriente minoritaria que señala que para proceder a modificar un contrato administrativo solamente hace falta invocar la autonomía de la voluntad de las partes.

Es claro que dicha tesis es totalmente inaplicable en el derecho público ecuatoriano, por las razones analizadas en el acápite 2.2. del presente trabajo.

3.2. La utopía de los estudios previos contractuales

De lo anteriormente analizado, se desprende claramente que el constituyente ecuatoriano, con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, instituyó una limitación a la posibilidad de modificar los contratos administrativos suscritos al tenor de la mencionada Ley. Es decir, el texto

concebido en la norma, acogió la corriente vanguardista de derecho administrativo que establece una gran rigidez e inmutabilidad a los contratos administrativos.

Esta corriente, se debe sobre todo, a uno de los principios transversales existentes en los modernos Estados Sociales de Derecho: El de planificación o planeación, que ya fuere debidamente analizado en el acápite 1.6.4 del presente trabajo investigativo.

En tal sentido, se observa que el segundo considerando motivacional de la expedición de la mencionada ley, reza: “Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”¹¹⁶; lo cual denota la importancia que tuvo la nueva concepción de la planificación en contratación pública para el poder constituyente de Montecristi.

Por su parte, uno de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, según el numeral 8 del artículo 9 de la ley citada, es “Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales”.

Por todo aquello, el artículo 23 de la LOSNCP establece a las entidades públicas la obligación de contar, previo a un proceso precontractual, los respectivos estudios completos y definitivos:

Art. 23.- Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. [...]

La disposición transcrita es fundamental para entender el régimen de inmutabilidad relativa en contratación pública existente en nuestro país, ya que de la misma se desprende el porqué de cercenar el principio del *Ius Variandi* a costa - aparentemente- del interés público.

En tal sentido, se entiende que una entidad pública, previo a iniciar el procedimiento precontractual y la correlativa suscripción del contrato, debe obligatoriamente realizar un estudio completo previo, que le permita, primeramente,

¹¹⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Considerandos motivacionales.

justificar el valor referencial, y segundo, determinar el alcance y características de la contratación; por lo que no podía justificarse, bajo ningún supuesto, una modificación a las condiciones contractuales, pues el estudio, al ser “definitivo” y “actualizado”, no debería contener ninguna clase de error.

De hecho, expresamente el citado artículo establece responsabilidad solidaria por los errores en los estudios precontractuales:

[...] La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

Lo anterior demuestra la gran relevancia de los estudios y la planificación, en la contratación pública ecuatoriana, responsabilizándose no solo a la máxima autoridad de la entidad, sino a todos los funcionarios relacionados a la elaboración de los mismos.

Sin embargo, por más que la norma establezca una obligación como la transcrita, la realidad y práctica administrativa ecuatoriana no se ajustan a dicho supuesto. En primer lugar, la planificación anual de contratación de las entidades públicas, incluido los valores referenciales, debe estar lista como fecha límite, hasta el 15 de enero de cada año¹¹⁷, lo cual se traduce que los estudios deberían realizarse en el último trimestre del año anterior, de forma completa y definitiva; sin embargo cualquier persona que haya estado involucrado en la actividad estatal, conoce que lo anterior no sucede, y que más bien las entidades se encuentran presionadas en ejecutar el presupuesto del año en curso.

En segundo lugar, se presupone que los estudios previos serán perfectos y completos, y por ende, se les considera como definitivos, y en consecuencia, no cabe ninguna modificación ulterior a los contratos suscritos, en especial en los contratos para la adquisición de bienes.

Por ello, si una entidad adquirió, por ejemplo, uniformes con un determinado color o compró equipos tecnológicos con ciertas características, posteriormente no podrá modificar lo originalmente contratado, a pesar que la entidad requiera otro

¹¹⁷ Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

color o exista una mejora tecnológica con los mismos costos; en todo caso, deberá resciliar el contrato y volver a iniciar un procedimiento precontractual, incluido nuevos estudios.

En el caso de construcción de obras, el quehacer jurídico administrativo es más alarmante aún, pues difícilmente los estudios originales, elaborados en la mayoría de los casos por consultorías externas, se ejecutan sin ningún cambio ni dificultad. He aquí que en la construcción de obras surge un sin número de imprevistos, condiciones inicialmente ignoradas e inclusive decisiones políticas posteriores, que afectan la ejecución del contrato y conllevan a cambiar significativamente las condiciones originalmente previstas. La gran cantidad de contratos complementarios suscritos e inclusive, el reconocimiento de obligaciones a través de convenios de pago relacionados a los contratos de obra pública, atestiguan la inexistencia de un estudio que haya sido perfecto en la construcción de una obra pública.

El legislador constituyente, al recoger un paradigma relativamente de vanguardia con la promulgación de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a la inmutabilidad de los contratos administrativos, basado en la importancia y obligación de planificar y tutelar el principio de igualdad, tuvo que haber considerado la realidad del quehacer administrativo ecuatoriano, y la posibilidad real de contar con estudios perfectos, completos y definitivos.

Al no contarse con un sistema, no solo de control, sino también de capacitación y promoción relacionado a la elaboración de estudios precontractuales, el planteamiento de inmutabilidad contractual solo genera problemas a la Administración Pública, que se ve impedida de cumplir sus objetivos institucionales y atender la finalidad pública.

3.3. El principio de los actos propios como contraposición a la necesidad de modificación contractual

Sin perjuicio de lo anterior y previo a realizar el análisis a las consecuencias jurídicas y operativas de la rigidez de los contratos administrativos en el Ecuador, considero necesario recordar otro de los principios regentes en la concepción moderna de Derecho Administrativo que, lógicamente, también es aplicado en nuestro país. Me refiero al principio de los actos propios.

En contratación pública, la regla *venire contra factum proprium nulla conceditur*, se basa en la “inadmisibilidad de que un contratante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior”¹¹⁸.

En tal sentido, si la Administración Pública tiene la obligación legal de realizar estudios completos, actualizados y definitivos previo a cualquier procedimiento precontractual, no le es lícito posteriormente invocar hechos desconocidos y sobrevinientes o necesidades “cambiantes” para modificar el contrato suscrito y así, lesionar el principio de igualdad de los demás proveedores, aunque dicha necesidad de cambio se justifique en un asunto, aparentemente, legítimo y necesario.

La Corte Constitucional de Colombia, ha enseñado al respecto:

[...] un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional que sanciona entonces como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

El impedimento de tener una actuación contraria a la anterior – o la teoría de los actos propios-, radica en la confianza de todos los sujetos relacionados a un sistema jurídico público en particular, como lo es el Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyas actuaciones que acoge, se presuponen realizadas de buena fe, y en consecuencia, los sujetos actúan en virtud de ella. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria. El tratadista y magistrado del Tribunal Constitucional español, Luis Díez Picazo, enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello dicho principio expone “no se puede ir contra los actos propios”¹¹⁹.

En el fallo de la Corte Constitucional colombiana antes citada, se concluyó:

¹¹⁸ Marcelo López Mesa, “La doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación”, *Vniversitas*, N° 119 (2009): 192.

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sala 5ª, 10/5/2002, sentencia T-366/2002, ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, referencia: expediente T-514798

[...] se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.¹²⁰

Por su parte los doctrinarios Augusto Morello y Rubén Stiglitz señalan:

[...] la doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión. Se trata de un impedimento de “hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitar”. Lo obstativo se apoya en la ilicitud material —se infringe el principio de buena fe— de la conducta ulterior en contradicción con la que le precede. Y se trata de un supuesto de ilicitud material que reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, considerado éste inescindiblemente¹²¹

Por lo tanto, se observa que la finalidad de la regla de los actos propios es satisfacer los valores de seguridad y equidad en las relaciones jurídicas públicas, pues la certeza de la relación jurídica se perdería si al ente público, se le permitiera ejercitar todas sus prerrogativas jurídicas aún las contradictorias, deslegitimando el sistema, en este caso, de la contratación pública o estatal.

En nuestra legislación, encontramos un esbozo del principio de los Actos Propios, en el artículo 96 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que señala:

Art. 96.- Actos propios.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.

Como se desprende del artículo invocado, la norma prohíbe que a un administrado se le perjudique por errores u omisiones cometidos por las entidades públicas en los respectivos procedimientos administrativos. Es así, que debemos

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Augusto Morello y Rubén Stiglitz, “Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia”, *La Ley* (2004): 1.

tener presente que la contratación pública, es de hecho, un procedimiento administrativo y que las especificaciones y necesidades de la entidad, tienen que hallarse dentro del trámite, en un informe denominado “Estudios previos”. Por ende, todos los potenciales proveedores (administrados) no pueden verse perjudicados con el cambio de especificaciones contractuales en plena ejecución del instrumento, pues dichas nuevas especificaciones, de haber sido conocidas al inicio del procedimiento precontractual, pudieron producir un proveedor adjudicado diferente.

Cabe resaltar que, si bien es cierto, el artículo antes señalado no recoge específicamente el principio de los actos propios en materia contractual, no es menos cierto, en palabras del jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas, que los principios generales del derecho, son fuente del derecho administrativo:

Cuando no hay normas propias del Derecho Administrativo que aplicar, esto es, en el caso de lagunas de ley o de imperfección legislativa, se aplican los principios generales del Derecho antes, incluso, que las normas de Derecho privado, pues aquel no es un conjunto de normas especiales ante cuya ausencia se aplican las del Código Civil, es un ordenamiento autónomo que se integra por sus propias reglas¹²²

Finalmente, se debe considerar que de conformidad al artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, todas las operaciones y actividades de la Administración Pública se presumen legítimas, y por lo tanto, los estudios previos tienen tal calidad y no podrían ser desconocidos por las propias administraciones públicas¹²³.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, quedas sustentado y ratificado el paradigma de inmutabilidad relativa de los contratos administrativos, vigente en la normativa de contratación pública ecuatoriana, debiéndonos preguntar entonces, cuáles son las consecuencias de dicho paradigma en la práctica administrativa ecuatoriana.

¹²² Jorge Zavala Egas, “La regla de los actos propios y su aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano, *Revista Jurídica IurisDictio*, N° 11 (2007): 100.

¹²³ **Art. 38.-** Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.

3.4. Los efectos jurídicos y operativos de la inmutabilidad de los contratos

A continuación, procedo a analizar, a la luz de la práctica jurídico administrativa ecuatoriana, los problemas que se evidencian en las distintas clases de contratos administrativos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en virtud del régimen de inmutabilidad relativa existente.

3.4.1. El contrato integral por precio fijo

El contrato integral por precio fijo, establecido en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es uno de las dos clases de contratos establecidos en dicha norma, que son *inmutables* totalmente, sin que se pueda realizar modificaciones esenciales o no esenciales al instrumento. Es decir, no se pueden suscribir contratos complementarios, emitir prórrogas ni incorporar fórmulas de reajuste de precios al mismo. Inclusive, esta clase de contrato tiene también una limitación para terminarlo de mutuo acuerdo, ya que a diferencia de otra clase de contratos, no se puede alegar circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, para motivar la resciliación del instrumento¹²⁴.

Esto se traduce en que los diseños y planos de la obra que se vaya a construir con esta clase contractual, tienen que ser perfectos y definitivos, y haberse analizado y previsto cualquier circunstancia futura que pueda afectar a los mismos, pues será inclusive imposible terminar de mutuo acuerdo el instrumento, debiendo el contratista concluirlo tal y como se encuentra diseñado.

Entonces, tenemos que una de las consecuencias de la inmutabilidad de esta clase de contratos, es que, si los diseños, planos y especificaciones contienen un error (algo muy frecuente por la complejidad de la obra pública), el contratista *tiene* que observar los mismos, aunque la obra acabe conteniendo errores arquitectónicos o estructurales. De hecho, el contrato debe continuar ejecutándose de la forma originalmente prevista, aunque de forma posterior al contrato, aparezcan circunstancias técnicas que ameriten el cambio.

Además de lo anterior, debemos recordar que esta modalidad contractual, solamente es aplicable si el monto referencial de la contratación es igual o superior al

¹²⁴ Art. 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado¹²⁵, lo cual es un monto sumamente alto, lo que denota una obra de gran magnitud y que justamente, se encuentra sujeta a posibles errores de diseño o imprevistos técnicos en su construcción.

Lo anterior no solo resulta lesivo para el interés público, pues no se puede concebir que una obra de millones de dólares pueda contener errores en su construcción por la imposibilidad de modificarlo, sino que también es una flagrante contradicción a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹²⁶, que dispone que los funcionarios y servidores públicos, deben precautelar el recurso público como si se tratasen de recursos propios.

Por tal razón, no es extraño que en la realidad de la gestión pública ecuatoriana, casi no se encuentren contrataciones de obra integrales a precio fijo. Uno de los pocos casos que existe, es la contratación de la plataforma financiera y la plataforma de gestión social, realizado por el Servicio de Contratación de Obras, cuyos presupuestos referenciales fueron de USD. 197'975.643,58 y USD. 94'782.536,41 respectivamente¹²⁷, sin que puedan ser modificados de ninguna manera, siendo un enorme riesgo para el Estado ecuatoriano.

Por lo tanto, otra de las consecuencias de la inmutabilidad total de esta clase de contratos, es que prácticamente dicha modalidad de contratación está cayendo en desuso e inaplicabilidad, observándose claramente que aplicarla, conlleva un riesgo enorme, no solo del contratista, sino también de la entidad pública, si los diseños y planos no se encuentran perfectamente elaborados.

3.4.2. El contrato de adquisición de bienes

Otro de los contratos que no pueden ser modificados de ninguna forma, son los contratos de adquisición de bienes. En tal sentido, como se analizó en el acápite 2.4. del presente trabajo, en ésta clase de instrumentos, no cabe la suscripción de

¹²⁵ Art. 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹²⁶ Art. 40.- **Responsabilidad por acción u omisión.**- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta Ley.

¹²⁷ Información provista por la página institucional del Servicio de Contratación de Obras. <http://www.contratacionobras.gob.ec/la-plataforma-financiera-en-el-norte-de-quito-es-una-realidad/>

contratos complementarios. Tampoco cabe la inclusión de fórmulas de reajuste de precios o de actuaciones administrativas que modifiquen las especificaciones originalmente estipuladas.

Por tal razón, un contrato para adquisición de bienes tiene que ejecutarse tal y como originalmente se encuentra estipulado, con las condiciones de entrega y forma de pago establecidas en los pliegos.

Sin embargo, es muy común que en la compra masiva de bienes o en la adquisición de equipos tecnológicos, los requerimientos originalmente previstos, se desfasen o sean sustituidos por una “mejor tecnología”, por lo que el contratista entrega un bien actualizado a la entidad contratante, por el mismo valor adjudicado, lo cual atentaría al principio de igualdad y trato justo antes analizados.

Es decir, si en los pliegos del proceso, y posteriormente, en virtud de la oferta del contratista, se adquirió un bien con determinadas características (marca, color, tecnología, capacidad, especificaciones, etc.); durante la ejecución del contrato, la entidad contratante no puede recibir un bien que no se ciña exactamente a dichas especificaciones, aunque el bien que se pretenda entregar por parte del proveedor, sea mejor del originalmente contratado.

Lastimosamente, la anterior práctica se observa frecuentemente en las distintas entidades estatales, en especial con la adquisición de equipos tecnológicos. Suelen aceptarse equipos más modernos, basándose en informes de administradores de contrato, mediante los cuales se determina que los equipos a entregarse son mejores a los originalmente adquiridos, y que no existe un perjuicio económico a la entidad pública, como si éste fuera el único elemento a ser analizado en tal decisión.

Si bien, en un primer momento podría resultar lógico aceptar bienes distintos a los adquiridos y estipulados en el contrato, en especial por los principios de administración de recursos públicos establecidos en la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, es indudable que un cambio de tales características -aunque sea para mejora-, modifica el contrato suscrito, y vulnera los derechos de igualdad y trato justo, no solo de los demás oferentes dentro del proceso, sino de todos los oferentes del mercado ecuatoriano que no participaron y pudieron haberlo hecho de haber sabido las características finales del bien adquirido por la entidad contratante.

Lo anterior sin duda genera un gran problema para el quehacer público, pues en caso que una entidad contratante requiera modificar las especificaciones de bienes

adquiridos, antes de la entrega, deber motivarse e impulsarse una terminación de mutuo acuerdo, en los términos establecidos en el artículo 93 de la LOSNCP, y proceder con un nuevo procedimiento de contratación, considerando los tiempos mínimos legales y administrativos para tal efecto. Es así, que en virtud del tiempo perdido en todo lo anterior, una administración pública podría paralizar un servicio, afectando al ciudadano o en su defecto, la entidad podría estar tentada a recibir los bienes sin un instrumento suscrito, y reconocer posteriormente las obligaciones, a través de un convenio de pago¹²⁸.

3.4.3. El contrato de ejecución de obra por precios unitarios

El gran problema que existe con la ejecución de obras, es sin duda la falta de precisión de los estudios y diseños previos. Sin entrar a cuestionar sobre la capacidad de los profesionales públicos y privados que elaboran diseños de obra en nuestro país, es un hecho que la obra pública responde a varias dinámicas, y que la ejecución de la misma es sumamente complicada.

Es evidente que durante la ejecución de la obra, hay un sin número de variables que no pueden ser completamente previstas y que se torna necesario realizar varias modificaciones al proyecto para que el mismo sea viable.

Ahora bien, como se analizó en el capítulo II, es posible modificar el contrato de obra y aumentar su valor hasta el 70%, utilizando para ello los distintos instrumentos previstos en la normativa; sin embargo los contratistas no tienen la obligación legal de suscribir contratos complementarios propuestos por la entidad contratante, ya que inclusive podrían no contar con la capacidad técnica y operativa para ejecutar dicho contrato complementario. Ante tal supuesto, la Entidad no tendría otra opción más que terminar de mutuo acuerdo el contrato de obra y contratar la etapa final del mismo, considerando todos los valores necesarios.

Eso a su vez, conlleva otra serie de problemas, no solo por el tiempo que se invierte en volver a contratar la obra por medio del procedimiento respectivo previsto en la LONSCP, sino porque la obra a medio ejecutar debe ser resguardada y protegida por la entidad pública hasta que exista un nuevo contratista, generándose

¹²⁸ Respecto al alcance y legalidad del convenio de pago, revisar el libro *El Convenio de Pago en la Contratación Pública ecuatoriana*, del autor Pablo Oswaldo Dávila.

gastos en guardianía y en caso de robos, debiéndose volver a contratar el rubro o material desaparecido.

Ahora bien, también se produce los casos en que rubros contratados, no pueden ser ejecutados por el contratista, porque necesita para ello, la ejecución de otros rubros concatenados que no fueron originalmente previstos. Situación que se agrava si durante la ejecución contractual, ya se ha consumido el 70% de aumento al valor contractual. En tales casos, lo correcto es igualmente terminar el contrato de mutuo acuerdo, para contratar la etapa final de la misma; situación que pocas veces sucede, y por el contrario, se exige a los contratistas ejecutar los rubros contractuales so pena de resolución unilateral del instrumento y se generan -o se pretenden generar- un sin número de convenios de pago para reconocer los rubros ejecutados no previstos en el contrato.

En todo caso, los límites impuestos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sumando la concepción irrealista de que los estudios y diseños de la obra son perfectos, causan dos problemas muy latentes en la práctica.

El primero es que los contratistas se encuentran financiando la obra pública con sus recursos. La falta de pago puntual por parte de las entidades contratantes y la ejecución de rubros no contractuales genera un desfinanciamiento de las empresas constructoras, que a su vez repercute a todos los niveles del mercado¹²⁹ y produce secuelas sociales perjudiciales, como desempleo, embargo de bienes, liquidación de empresas, etc.

El segundo problema latente, son los efectos sociales de tener una obra pública paralizada, en especial si dicha obra pública tiene relacionados con servicios públicos, como educación, salud y seguridad. Justamente, el *ius variandi* en otras legislaciones se justifica por la finalidad pública que debe atender la Administración, pues en un primer momento no es comprensible que ciudadanos no tengan acceso a distinta clase de servicios oportunamente, como consecuencia de trámites administrativos y burocráticos para corregir errores en las contrataciones realizadas. Sin embargo, en el Ecuador, con la concepción de la planificación oportuna y la

¹²⁹ “Constructores mantienen quejas por falta de pago”, El Universo (Guayaquil), 24 de diciembre del 2015.

elaboración de estudios completos y definitivos, el legislador constituyente creyó que la obra pública no tendría razón para detenerse, una vez comenzada su ejecución.

Dicha preocupación en la ejecución de obra pública no es nueva. Eduardo García de Enterría, al explicar una de las razones fundamentales de la existencia del *Ius Variandi*, señaló:

Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contratus lex* no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración¹³⁰.

De hecho, en los contratos de obra pública por precios unitarios, no debería existir un límite porcentual para aumentar los valores originalmente contratados, no solo porque es virtualmente imposible tener un diseño y estudios perfectos, sino porque es la obra concluida y funcional lo que le importa a la Administración Pública y por ende, la efectiva tutela a los derechos ciudadanos.

En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio de Bogotá, ante una consulta formulada por Ministro del Interior respecto a si es posible superar el límite establecido en la legislación de aumento de valor de un contrato de obra por precios unitarios (que según la legislación del país vecino es hasta el 50%), respondió magistralmente:

Tratándose de contratos de obra pública, de manera general puede decirse que es muy frecuente que las partes no conozcan a priori o desde el comienzo, las **reales** cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado, por lo cual no están dispuestas (en especial el contratista) a celebrar contratos a precio global o precio alzado, dado que existe un gran riesgo para la parte contratista o ésta querrá cubrirse tan bien que el riesgo, entonces, se traslada para el contratante, al resultar el precio tan inflado que cubra suficientemente el riesgo asumido. [...]

¹³⁰ García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 675.

Por el contrario, en los contratos a **precio indeterminado** pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.¹³¹

Es importante recalcar como la Sala colombiana enseña que un contrato de obra pública de precios unitarios, es un contrato de precio indeterminado, pues su valor real solamente se lo sabrá al momento de finalizar completamente el proyecto. Entonces, se tiene que el valor estipulado en esta clase de instrumentos, solo tiene una calidad de referencial o estimativo. La Sala a continuación señala:

Entender que la obligación contractual sólo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) en contratos a precios unitarios o por administración delegada o de reembolso de gastos y pretender que la ejecución de obras por mayor valor requiera de la suscripción de contratos adicionales, implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante, puesto que estaría sujeto a que se firmara un nuevo contrato adicional esto es, a que haya un acuerdo de voluntades para suscribirlo.

Esta situación colocaría al contratista frente al Estado en situación privilegiada, pues negociar la ejecución de la parte faltante del objeto del contrato sabiendo que de no haber la voluntad de la entidad de acordar un monto le tocaría abrir nuevo proceso licitatorio, es, en la práctica, tener un argumento de presión muy grande para obligar a la entidad a acceder a sus exigencias.¹³²

Aquí la Sala realiza una excelente reflexión que suele suceder en la práctica de contratación de obra pública en el Ecuador, pues no siempre el contratista tiene la voluntad de suscribir un contrato complementario, pero la Administración Pública necesita suscribir tal instrumento, para completar la obra pública. Se deduce ilógico que se suscriba un Acta de Entrega Recepción Definitiva de una obra que no se encuentra terminada, sin embargo, esto podría suceder si el valor del contrato se cumple y no se firma ningún contrato complementario.

¹³¹ Sala de Consulta y Servicios Civil de Bogotá, Radicación N° 1439, 18 de julio de 2002.

¹³² *Ibíd.*

La Sala colombiana concluye su análisis de la siguiente manera:

Con base en lo expuesto brevemente, es fácil concluir que es un error celebrar contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno de los sistemas de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicialmente. En efecto, el error consiste en pensar que ese precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, pues, como se explicó, sólo es un estimativo pero el verdadero valor se determinará una vez concluya la obra. Por lo mismo, no se trata de que se esté adicionando el contrato; no. Sólo se está procediendo conforme a lo previsto, esto es, aplicando el procedimiento de precios unitarios a las cantidades de obra ejecutadas y, por consiguiente, si son más cantidades de obra a las previstas, pues el valor del contrato es mayor, pero así fue como se convino.

Por lo mismo, no se trata de que exista un "cambio" o "adición" en el contrato, sino de la aplicación de las reglas contractuales previamente determinadas en el contrato original. Es una operación matemática y no más. [...]

En casos como el que se analiza, como se ha manifestado, no resulta legalmente procedente la celebración de un "contrato adicional", pues en verdad no existe variación o modificación o "adición" al alcance físico de la obra contratada. En efecto, lo que ocurre en estos casos es que simplemente, por una deficiente estimación de las cantidades de obra requeridas para ejecutar el objeto contractual (alcance físico de la obra) descrito en el mismo contrato, el presupuesto calculado para su ejecución resulta insuficiente y, por lo mismo, se hace necesario disponer de un mayor presupuesto para pagar el valor total y real de su ejecución.¹³³

Como se desprende de la cita anterior, la Sala colombiana considera que el precio estipulado en contrato administrativo de obra por precios unitarios, es solamente un valor referencial, por lo que no está sujeto al límite de aumento establecido en la norma para contratos complementarios, ya que no se trata de aumento a la obra como tal, sino a una precisión a los rubros contratados, que permita ejecutar la totalidad de la obra, pues no se entiende que una obra finalice a un determinado porcentaje de ejecución, sin que le sea de utilidad para nadie.

El criterio jurídico colombiano podría perfectamente extrapolarse a la realidad jurídica ecuatoriana, ya que la modalidad contractual y la figura de contratación analizada, son exactamente las mismas en ambos países, por lo que el análisis jurídico realizado es pertinente en nuestro sistema. En tal razón, no existiría un límite para aumentar los rubros originalmente contratados, lo cual permitiría a las entidades públicas, ejecutar un proyecto hasta su finalización, con menos problemas que los acaecidos actualmente.

¹³³ *Ibíd.*

En todo caso, la jurisprudencia ecuatoriana en torno a la ejecución de obra pública en virtud de contratos suscritos al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, continúa siendo exiguo, debiéndose las distintas cortes en el país, pronunciarse sobre los aumentos de cantidades contractuales.

Con los contratos de servicios, con las diferencias obvias en virtud del objeto, la problemática es similar a lo anteriormente analizado, sin embargo, considero que en dichos casos, no existe una gran necesidad de modificación, ya que a diferencia de las obras, los estudios previos a los contratos de servicio, generalmente no suelen tener mayor complejidad.

3.4.4. El contrato de fiscalización

Es una práctica habitual y necesaria en la ejecución de obra pública, que la misma se encuentre acompañada por una fiscalización, que verifique y revise la construcción, según lo estipulado en el contrato. De hecho, contar con una fiscalización en los contratos de obra por precios unitarios es indispensable, pues la misma revisa, cuantifica y mide los rubros ejecutados, para determinar el pago correspondiente en el periodo verificado.

Sin embargo, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no existe una modalidad de contrato específico para fiscalización, sino que la misma se la realiza como si se tratara de una consultoría. En tal razón, el artículo 6 numeral 8 de la norma mencionada, precisamente define a la Consultoría:

Art. 6.- [...] Consultoría: Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación. [...]

El problema radica que el contrato de fiscalización, se encuentra totalmente ligado al contrato de obra, y cualquier modificación que se realice en este último, afectará necesariamente a la fiscalización contratada, sin que a veces exista la previsión normativa para adaptar dicha modificación de forma oportuna.

Por ejemplo, como se analizó en el acápite 2.5.1. del presente trabajo, se puede aumentar el valor del contrato de obra, a través de órdenes administrativas, ya sea aumentando la cantidad de rubros contratados (órdenes de cambio) o incorporando la ejecución de nuevos rubros no previstos originalmente (órdenes de trabajo); sin embargo, no existe una figura similar en los contratos de fiscalización, sin que pueda cargarse “automáticamente” la fiscalización de las órdenes al contrato principal, ya que lógicamente aumentará la cantidad de rubros a fiscalizarse y por ende aumentará el valor del contrato. Por tal razón, una vez que se han emitido órdenes de trabajo y/u órdenes de cambio, es indispensable que se suscriba un contrato complementario al contrato de fiscalización, para considerar el aumento de los rubros generados en virtud de las órdenes.

Ahora bien, lo anterior genera una serie de problemas prácticos en la ejecución de la obra. El principio de continuidad de ejecución que se persigue con la emisión de las órdenes de trabajo y cambio, se ve mermado al tener que retardar la ejecución de las órdenes, en espera de la suscripción del contrato complementario de fiscalización, ya que si no existe tal instrumento, la fiscalización de las órdenes estaría realizándose fuera del contrato suscrito y por ende, no podría ser pagado con cargo al mismo.

Otro problema radica en el tiempo que la entidad pública utilizaría en la elaboración de contratos complementarios cada vez que se emita una orden de trabajo y/o de cambio. No existe un límite en el número de órdenes de cambio o de trabajo que la entidad contratante pueda emitir, siempre y cuando no superen en la suma total el 25% del valor del contrato para el primero y 10% para el segundo. Las órdenes son emitidas, según la necesidad en la ejecución y desarrollo del proyecto, por ello podría llegarse a emitir una gran cantidad de órdenes, debiéndose suscribir un mismo número de contratos complementarios de fiscalización, lo cual sin duda alguna resulta poco práctico en la ejecución de obras públicas y una gran carga de trabajo a la administración.

Es de mi conocimiento, que la mayoría de entidades públicas que contratan la ejecución de obras, han intentado solucionar este evidente problema, disponiendo a la empresa fiscalizadora contratada, la fiscalización automática de las órdenes de cambio y de trabajo, justificando el pago en la relación contractual original; generándose así una suerte de órdenes de trabajo y de cambio para la fiscalización.

Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, el contrato de fiscalización responde a una naturaleza de consultoría, y por ende, la única forma legal de aumentar su valor, es a través de un contrato complementario, en los términos señalados en los artículos 85 y 87 de la LOSNCP, por lo que cualquier aumento en el valor del contrato de fiscalización, sin la suscripción de esta clase de instrumento bilateral, no sería procedente. Además, cualquier disposición de ejecución de trabajos o prestación de servicios que generen una obligación pecuniaria a la entidad pública, debe contar previamente con la respectiva certificación presupuestaria, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas¹³⁴, por lo que no podría existir ninguna fiscalización automática de órdenes de trabajo y órdenes de cambio por parte de la fiscalización contratada.

La misma problemática sucede con la suscripción de contratos complementarios de obra que aumentan el valor de la misma, pues necesariamente deberán contar con el correlativo contrato complementario de fiscalización. En tal sentido, ambos contratos deberían, *necesariamente*, ser suscritos a la par, ya que si se firma primero el complementario de obra, no se podrán ejecutar los rubros contratados hasta que se firme el contrato complementario de fiscalización, y si se firma primero el contrato de fiscalización, se corre el riesgo que si no se llegare a firmar el de obra, se deberán tomar acciones para resciliar o resolver el instrumento suscrito, lo cual exige tiempo y recursos administrativos.

No hace falta mencionar la complejidad que se deriva de lo anterior, pues suscribir dos contratos prácticamente a la par, suele ser bastante complejo y difícil para la entidad contratante, y no siempre depende de la mismas, pues pueden existir demora en la entrega de garantías o suspensiones en el RUP al contratista, que impidan la suscripción oportuna de uno de los instrumentos.

3.4.5. El contrato de emergencia

¹³⁴ **Art. 115.- Certificación Presupuestaria.-** Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Una de las grandes preocupaciones de la contratación estatal o contratación pública, siempre ha sido el régimen de emergencia que permite inobservar las reglas generales de participación y selección, en virtud de una necesidad urgente que debe ser atendida en el menor tiempo posible.

Es así, que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 6 numeral 31 define a las situaciones de emergencia:

Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Por lo tanto, para que una entidad pública pueda disponer la contratación de emergencia para la adquisición de un bien, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, deberá motivar y demostrar que la situación es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Sin querer ahondar sobre el análisis de los anteriores requisitos y sobre la falta de cumplimiento de los mismos en varias entidades públicas, es importante mencionar que dicha clase de contrataciones se las realiza de forma directa, sin limitación en cuanto al monto, según lo dispuesto en el artículo 57 de la norma mencionada.¹³⁵

Ahora bien, la primera duda que suele surgir en esta clase de contratos, es si los mismos deben contar con estudios previos, según lo dispuesto en el artículo 23 de la LOSNCP que ya fuere analizado. El artículo menciona que “antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos [...]”.

En primer lugar, la norma contiene un mandamiento dispositivo y obligatorio respecto a la elaboración de estudios y diseños, previo a un *procedimiento precontractual*, debiéndose recalcar que la LONSCP no establece ningún procedimiento específico para contratos de emergencia. Sin embargo, se podría

¹³⁵ **Art. 57.-** [...] La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato

argumentar que siempre existirá un procedimiento administrativo para concretar y suscribir el instrumento.

En segundo lugar, el artículo 23 de la LOSNCP hace una aclaración respecto a la elaboración de estudios y diseños completos, ya que determina que los mismos se los realizará, “de acuerdo a la naturaleza de la contratación”, por lo que se desprende que hay contratos que no necesariamente tendrán estudios y diseños completos. En tal razón, los contratos de emergencia son los únicos que por su naturaleza, no pueden tener éstos estudios y diseños, ya que por definición -y simple lógica-, la situación emergente al ser imprevista e inmediata, impide a las entidades públicas realizar actuaciones complejas previas a la suscripción del contrato.

Entonces tenemos que los contratos de emergencia, no tendrán estudios ni diseños completos y definitivos y que las estipulaciones y requerimientos constantes en el instrumento, responderán a un análisis superficial realizado por la premura del caso y con la necesidad urgente de superar la emergencia.

Como se mencionó, en los contratos regulares suscritos por las entidades, en especial los de obra pública, es muy frecuente los errores en los diseños y estudios previos; entonces no se diga las especificaciones requeridas en un contrato de emergencia que no tuvieron el análisis prolijo requerido para una ejecución perfecta.

El problema radica que no existe una normativa especial para la ejecución de contratos de emergencia, en especial los de ejecución de obra, por lo que se debe observar las mismas disposiciones establecidas en la LOSNCP para contratos regulares. Entonces, los contratos emergentes de adquisición de bienes no podrán ser modificados de ninguna manera, los contratos emergentes de servicio solamente podrán aumentar hasta el 35% del valor contractual, y los contratos emergentes de ejecución de obra hasta el 70%, lo cual, en una situación de emergencia podría ser insuficiente y no se podría superar la misma.

3.5. La renuncia al anticipo

Finalmente, considero importante abordar en el presente estudio, una de las prácticas habituales en la contratación pública ecuatoriana: la renuncia al anticipo.

En tal sentido, se observa que existen proveedores adjudicados, que ante la imposibilidad de entregar la garantía de buen uso del anticipo previo a la firma del contrato, en los términos señalados en el artículo 75 de la LOSNCP, solicitan la

renuncia del anticipo a las entidades contratantes, siendo esto aceptado por las mismas.

Ahora bien, dicha práctica es sin duda una modificación a los pliegos del proceso y una afectación al principio de igualdad y trato justo establecidos en el artículo 4 de la ley señalada. El anticipo no es una condición a favor del contratista y por ende, susceptible de renuncia (a menos que el propio pliego así lo dispusiera), sino que es una condición de ejecución contractual impuesta por la entidad pública al momento de convocar o invitar a un procedimiento de contractual. Dichas condiciones no pueden ser modificadas de forma previa o durante la ejecución del contrato, ya que, de ser modificadas, atenta al derecho de los demás proveedores del mercado. Más aún, cuando los pliegos del proceso señalan que el plazo del contrato comenzará a correr con la entrega del anticipo, por lo que la renuncia al mismo, también modificaría otra condición contractual y tendría que ser sustituida por otra estipulación que ningún otro proveedor (participante y no participante) conocía.

Por otro lado, también sucede que la renuncia al anticipo se solicita luego de suscrito el contrato, lo cual también resulta en una modificación contractual sin sustento legal para que se produzca, porque, realizando una analogía, si es posible renunciar unilateralmente a una estipulación contractual a favor de la contraparte, entonces nada impediría que se haga lo mismo con otra clase de estipulaciones como la imposición de multas.

Por lo tanto, la entrega del anticipo, no puede ser renunciado ni modificado por ninguna de las partes contractuales, ni antes ni posterior a la firma del contrato, debiéndose observar lo determinado en los pliegos del proceso y lo estipulado en el instrumento. En caso que la entidad contratante no entregare el anticipo en el término máximo estipulado, se constituiría en mora, sin que sea necesario una interpelación o requerimiento judicial, según la regla determinada en el numeral 1 del artículo 1567 del Código Civil¹³⁶.

Por el contrario, si una entidad contratante, por circunstancias económicas imprevistas, no pudiere entregar un anticipo estipulado en un contrato suscrito,

¹³⁶ **Art. 1567.-** El deudor está en mora: 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora [...].

debería proceder a la terminación de mutuo acuerdo del instrumento y volver a realizar la contratación con la nueva modalidad de pago requerida.

Como ya se ha mencionado, tener que suscribir una terminación de mutuo acuerdo por la imposibilidad de modificar el instrumento suscrito, produce una serie de efectos adversos a la gestión pública, que invierte tiempo y recursos en una nueva contratación, paralizando o retardando la atención correlativa a la ciudadanía. Sin embargo, mientras no exista una disposición legal que permita la renuncia de anticipo o si los pliegos del contrato no lo prevén, dicha modificación no es procedente, aunque pueda ser justificada.

Conclusiones

Según la doctrina clásica y general de Derecho Administrativo, el principio de *ius variandi* o facultad de modificación contractual por parte de las entidades públicas, es un principio indiscutible e inclusive es una de las prerrogativas básicas de todo contrato administrativo; siendo esta posición la acogida mayoritariamente en las distintas legislaciones de tradición romana.

Sin embargo, en la doctrina administrativista moderna y en especial, en las directrices de contratación pública emanadas por la Unión Europea, se observa que dicho paradigma ha ido sufriendo una reversión, llegándose a determinar que los contratos administrativos no pueden ser modificados -de forma general- una vez suscritos, ya que lo contrario implicaría una vulneración a los principios de igualdad y trato justo, que rige la contratación pública moderna.

En tal razón, si bien la doctrina y la práctica jurídica administrativa ha desarrollado una gran cantidad de figuras que permiten la modificación del contrato administrativo; cada una respondiendo a una condición o hecho que motivan y justifican dicho cambio; según el paradigma moderno, solamente debería admitirse las modificaciones previstas en la legislación, en los propios pliegos precontractuales y las efectuadas en virtud de una sentencia emanada del poder judicial; considerándose que las modificaciones previstas en la norma, deberían ser excepcionales y limitadas.

Igualmente, en virtud de la investigación realizada, se desprende que existe un fuerte debate en el foro académico, sobre la existencia de una clasificación de la clase de contratos que una entidad pública puede llegar a suscribir. En tal razón, una parte declinante de la doctrina administrativista manifiesta que las entidades públicas pueden suscribir contratos administrativos y también contratos privados, desarrollando una infinidad de teorías tendientes a identificar la diferencia entre ambas. Por su parte, otro sector doctrinario en auge, argumenta que no existe tal clasificación, y que todos los contratos de la administración pública, contienen en mayor o menor medida, normas de derecho público.

En todo caso, en el Ecuador, ninguna norma hace una distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común suscritos por la

Administración, y por lo tanto, todas las declaraciones de voluntad realizada por un ente de derecho público con otra persona de derecho público o derecho privado, productora de efectos jurídicos, es un contrato administrativo. Además, por disposición de la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, todos los contratos suscritos al tenor de los mismos, son contratos administrativos.

Una vez que se ha analizado exhaustivamente la norma de contratación pública ecuatoriana, se desprende que la misma ha acogido la tendencia moderna respecto a la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos administrativos eliminándose así el principio del *ius variandi*. También se ha limitado, casi en su totalidad, otros mecanismos y regímenes de modificación contractual que suelen encontrarse en las normativas de contratos públicos, como lo son por ejemplo, la renegociación del instrumento, los contratos modificados o adendorios, la cesión de derechos y la conservación del instrumento; lo que vuelve al régimen aplicable en el Ecuador, un régimen sumamente rígido respecto a la posibilidad de modificar las condiciones originalmente estipuladas en un contrato administrativo suscrito al tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es decir, en el Ecuador, los contratos administrativos suscritos al tenor de la mencionada Ley, son inmutables de forma general, existiendo muy pocas actuaciones jurídicas que puedan conllevar a su modificación, lo cual denota la gran rigidez de los instrumentos suscritos.

La incorporación de dicho régimen, por defecto no puede ser catalogado como incorrecto, sino que depende de la práctica jurídica administrativa y del buen desarrollo normativo para que el régimen adoptado funcione adecuadamente. En tal razón, se observa que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no ha desarrollado con prolijidad normas que permitan implementar correctamente este régimen de inmutabilidad, además que la planificación y estudios previos distan muchos de ser perfectos, lo cual genera una gran necesidad de modificación en plena ejecución contractual (en especial en contratos de obra), sin que exista los instrumentos ni permisión legal para llevarlo a cabo.

Bibliografía

Publicaciones

- Arce Rojas, David. “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”. *Vniversitas*, N° 105 (2003): 287.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.
- Barra, Rodolfo. *Contrato de Obra Pública*. Tomo 2. Buenos Aires: Abaco, 1986.
- Cassagne, Juan Carlos. “Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional” (2008): 14.
http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Cebrián Herranz, Laura y otros. *Manual de Contratación del Estado*. Granada: Comares, 2011.
- Comadira, Julio. *Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- Correa, José Luis. *Los Contratos Administrativos o de la Administración en Argentina*.
<<http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro185/lib185-1.pdf>>
- Dávila Vinuesa, Luis. *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis editores, 2003.
- Dávila, Pablo Oswaldo. *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito: Editora Cevallos, 2015.
- De Laubadère, André. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.
- Delgado Echeverría, Jesús. *Las nulidades de los contratos: En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Dromi, Roberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

- Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Escuin Palop, Catalina. *Curso de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- Expósito, Juan Carlos. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Gallego Córcoles, Isabel “La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas Sobre Contratación Pública”. Conferencia. X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 6 de febrero de 2015.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Decimosexta Ed. Navarra: Editorial Aranzandi, 2013.
- Gimeno, José María. “La Contratación Pública: Problemas Actuales”. Conferencia. Jornada Organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.
- Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 1992.
- Gris González, Juan Carlos. “La Modificación de los contratos en el sector público”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, No. 28 (septiembre de 2012): 20.
- Herández Salguero, Elena. “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. *Jornada sobre la contratación pública*, (2013) <http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundamesaredonda_modificacin_contratos_elena_hernez.pdf>
- Jéze, Gastón. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Tomo IV. *Teoría general de los contratos de la administración*. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- Jéze, Gastón. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- López Arévalo, William. *Tratado de Contratación Pública*. Vol. I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.

- López Mesa, Marcelo. “La doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación”. *Vniversitas*, N° 119 (2009): 192.
- Marial, Hector. “El Derecho Administrativo y la decadencia Argentina”. Ponencia. Buenos Aires, 22 de agosto 2012. <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/15mairal12.pdf>>
- Marienhoff, Miguel. *Contratos de la Administración Pública, teoría general y de los contratos en particular*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- Ministerio de Hacienda de España, *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de situación de la contratación pública* (2004). <<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/Subsecretaria/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>>
- Morales, Escrihuela. *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Malaga: La Ley, 2012.
- Morello, Augusto y Stiglitz, Rubén. “Inaplicabilidad de la doctrina del acto propio a la declaración viciada por falta de libertad y por violencia”, *La Ley* (2004): 1.
- Mossett Iturraspe, Jorge. *La Frustración del Contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Pardo, Esteve. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Peña Ayaso, Jairo Iván. *Prueba Judicial. Análisis y Valoración*. Bogotá: Consejo Nacional de la Judicatura, 2008.
- Pérez Hualdo, Alejandro. *Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos*. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/9/art/art6.pdf>>
- Prado, Nohora Elena. “Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjeras vs las mipymes en contratación estatal: Un límite a la globalización”. *Revista Saber, Ciencia y Libertad* (2010): 78
- Rodríguez Arana, Jaime. “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, No. 12 (2008): 803. <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/7496/1/AD_12_art_42.pdf>
- Santofimio, Jaime Orlando. *Convencionalidad y Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1953.
- Secaira, Patricio. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Torán, Mario. “El contrato administrativo en el derecho francés”. *Revista de ciencias jurídicas*, No. 26 (1975): 92-121.
- Vedel, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar ediciones, 1980.
- Zavala Egas, Jorge. “La regla de los actos propios y su aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano”. *Revista Jurídica IurisDictio*, N° 11 (2007): 100.

Normativa

- Constitución de la República del Ecuador [2008].
- Argentina, *Decreto Delegado 1023/2001*.
- Ecuador, *Código Civil*, en Suplemento del Registro Oficial N° 46 (24 de junio del 2005).
- Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, en Suplemento del Registro Oficial N° 303 (19 de octubre de 2010).
- Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, en Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 306 (22 de octubre del 2010)
- Ecuador, *Código Tributario*, en Suplemento del Registro Oficial N° 38 (14 de junio del 2005).
- Ecuador, *Decreto Ejecutivo N° 1793*. Suplemento del Registro Oficial N° 621 (26 de junio del 2009).
- Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Última reforma mediante Decreto Ejecutivo N° 618, en Registro Oficial N° 475 (08 de abril del 2015).
- Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*, en Registro Oficial N° 349 (31 de diciembre de 1993).
- Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, en Suplemento del Registro Oficial N° 48 (16 de octubre del 2009).

Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, en Suplemento del Registro Oficial N° 595 (12 de junio del 2002).

Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Suplemento del Registro Oficial N° 395 (4 de agosto del 2008).

Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Suplemento del Registro Oficial N° 588 (12 de mayo del 2009).

Ecuador, *Resolución N° 046-2015-M*. Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en Registro Oficial N° 483 (21 de abril del 2015).

Ecuador, *Resolución N° NAC-DGERCGC16-00000010*. Servicio de Rentas Internas, en Suplemento del Registro Oficial N° 672 (19 de enero del 2016).

Ecuador, *Resolución N° RE-SERCOP-2014-00004*. Servicio Nacional de Contratación Pública, en portal institucional <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>

España, *Ley de Contratos del Sector Público*, en Boletín Oficial del Estado N° 261 (31 de octubre de 2007).

España, *Ley de Economía Sostenible*, en Boletín Oficial del Estado N° 55 (05 de marzo de 2011).

España, *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Real Decreto Legislativo N° 2 de 16 de junio del 2000.

Jurisprudencia

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 24 de octubre de 1994, expediente 11632.

Colombia, Sala de Consulta y Servicios Civil de Bogotá. Radicación N° 1439 de 18 de julio de 2002.

Ecuador, Tribunal Constitucional. Caso N° 150-2001-RA, Primera Sala. Registro Oficial N° 346-S de 13 de junio del 2001.

España, Tribunal Supremo. Sentencia de 1978.

Respuestas de información

Ecuador, Contralor General del Estado, oficio N° 25137-DAPyA de 28 de octubre de 2015.

Ecuador, Procurador General del Estado, oficio N° 13379 de 30 de mayo del 2013

Ecuador, Procurador General del Estado, oficio N° 13534 de 11 de junio del 2013.

Ecuador, Subcontralor General del Estado, oficio N° 25358-DAPyA de 30 de octubre del 2015.

Otros

Enciclopedia Jurídica Omeba.

Real Academia Española. Diccionario en línea.