

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

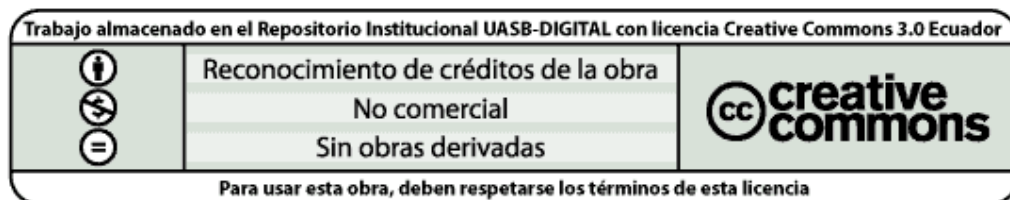
Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

La distribución de riesgos en el contrato administrativo

Autora: Eliana León De la Torre

Tutor: José Suing Nagua

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Eliana Margoth León De la Torre, autora de la tesis intitulada “La distribución de riesgos en el contrato administrativo”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos de red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital electrónico.

Quito D.M., 23 de mayo de 2016

Ab. Eliana Margoth León De la Torre

Resumen

Este trabajo de tesis, aborda el estudio de los acontecimientos que pueden alterar la ejecución de un contrato administrativo, que se deriva en la modificabilidad de las obligaciones pactadas entre las partes, a estos acontecimientos se los denomina “riesgos”.

Los riesgos se constituyen en cualquier situación que altera las condiciones que fueron establecidas en los documentos precontractuales y en el contrato estatal y que afectan directa o indirectamente en la economía del contrato. La finalidad de identificar, estimar, valorar los riesgos es justamente, evitar que el interés público del Estado y el patrimonio del contratista se vean lacerados por estos acontecimientos sobrevinientes.

La prevención de los riesgos, lleva consigo la posibilidad de incluso determinar su solución como una responsabilidad de cada una de las partes, en solitario o en conjunto, puesto que, los riesgos que se originan en el Estado serán solucionados por este, aquellos que se originen con base a las actividades que debe ejecutar el contratista, este deberá enfrentarlos y aquellos que no podían ser previstos, serán asumidos por las dos partes, en situación de igualdad.

Adicionalmente, la distribución de riesgos se constituye en límite:

1. A la alegación del rompimiento de la economía del contrato por parte del contratista por cualquier situación que puede ser mitigada sin que afecte en gran medida a sus intereses, y
2. A la facultad exorbitante (*ius variandi*) del Estado que, en muchas ocasiones, trata de solventar la inadecuada elaboración de estudios previos y la falta de información relevante en la contratación, que es obligación intrínseca de la Administración.

Dedicatoria

Este trabajo de tesis, está dedicado a mi familia y novio Christian Iglesias, por su incondicional apoyo.

Agradecimiento

Extiendo mi agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar por los preciados conocimientos impartidos en el programa de Maestría en Derecho, que sin duda me han permitido un significativo crecimiento profesional.

Un agradecimiento especial, al Dr. José Suing Nagua, por sus valiosos aportes, su experiencia e incondicional apoyo en la elaboración de este trabajo, sin el cual hubiese sido imposible su culminación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Capítulo Uno

Principios jurídicos relacionados a la distribución riesgos en el contrato administrativo

1.	Principio Rebus sic stantibus	12
2.	Principio del Ius variandi	16
3.	Principio de Responsabilidad de la Administración Pública	22
4.	Principio del Equilibrio económico-financiero del contrato	28

Capítulo Dos

La distribución de riesgos en el contrato administrativo

1.	Concepto de riesgo	31
2.	Teorías sobre la existencia de los riesgos	33
	2.1. Teoría de la imprevisión	33
	2.2. Hecho del príncipe	37
	2.3. Caso Fortuito y Fuerza Mayor	39
3.	Clasificación de los riesgos	41
	3.1. Riesgos previsibles	42
	3.2. Riesgos no previsibles	45
4.	Tipificación de los riesgos	47
	4.1. Riesgos económicos	48
	4.2. Riesgos sociales o políticos	49
	4.3. Riesgos operacionales	49
	4.4. Riesgos financieros	50
	4.5. Riesgos regulatorios	51
	4.6. Riesgos de la naturaleza	51
	4.7. Riesgos ambientales	52
	4.8. Riesgos Tecnológicos	53
5.	Asignación y estimación de los riesgos	53
	5.1. Asignación de riesgos	53
	5.1.1. Concepto	53

5.1.2. Criterios para la asignación de riesgos	54
5.2. Estimación de riesgos	60
5.2.1. Concepto	60
5.2.2. Criterios y procedimiento para la estimación de los riesgos	61
5.3. Mitigación	62
5.4. La tipificación, asignación, estimación y mitigación de los riesgos, dentro del proceso administrativo del contrato estatal.	63
6. Mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero en los contratos estatales	64
6.1. Reajuste de precios	64
6.2. Contratos complementarios	65
6.3. Costo más porcentaje	67
6.4. Orden de trabajo	68
Capítulo Tres	
Derecho comparado en la distribución de riesgos	70
Capítulo Cuatro	
Conclusiones y Recomendaciones	87
4.1. Conclusiones	87
4.2. Recomendaciones	90

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata acerca de la distribución de riesgos en los contratos estatales o llamados también administrativos, que se puede definir como una institución jurídica que permite la tipificación, asignación y mitigación de aquellos elementos sobrevinientes que pueden ser ajenos a las partes contractuales o pueden provenir del propio Estado, que causan un desequilibrio económico financiero del contrato, traduciéndose en una excesiva onerosidad del mismo o en la inejecutabilidad de las obligaciones pactadas.

La característica que da paso a la aplicación de esta institución en los contratos administrativos es que estos al igual que los contratos privados, la ejecución de las obligaciones contractuales pueden ser de tracto sucesivo, motivo por cual se encuentran expuestos a que efectos dañosos posteriores a su suscripción afecten su normal desarrollo, sobre todo a la economía del contratista. En este sentido cabe señalar que las partes contractuales, para una aplicación correcta de la distribución de riesgos en primer lugar, deberán contar con la capacidad de discernir aquellos riesgos que son parte intrínseca de la naturaleza del contrato y que por tanto son aceptados como parte propia de las condiciones contractuales, sin lugar a la alegación del quebrantamiento de su ecuación financiera y en segundo lugar, realizar todas las investigaciones que permitan acceder a información completa y actualizada que les permita establecer las situaciones que pueden desequilibrar la economía del contrato y de acuerdo a la capacidad técnica, económica y jurídica de las partes pueden asignarse cada uno de los riesgos, para enfrentarlos en conjunto o por separado, y tomar las medidas necesarias para aplacarlos.

La presente problemática parte de las situaciones que se han suscitado y siguen aconteciendo en la contratación estatal ecuatoriana, debido a que existen varios procesos judiciales que se encuentran sustanciándose en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, cuyo motivo es la solicitud de un resarcimiento económico por parte del contratista al Estado ecuatoriano por el quebrantamiento del equilibrio económico financiero, lo cual sin duda se traduce en un probable estancamiento de la ejecución de las obligaciones e incluso en la inejecutabilidad de las mismas, así como también un costo de oportunidad alto para la Administración. La causa de la judicialización de los

contratos estatales parte de una escasa regulación en principio, referente a las instituciones jurídicas que permiten la modificabilidad de las obligaciones, la extinción parcial de las mismas o la propia terminación de mutuo acuerdo, como son: el caso fortuito o fuerza mayor y los imprevistos técnicos o económicos a los que hace referencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ante lo cual cabe investigar las medidas previstas por la mencionada ley para devolverle al contrato su estabilidad financiera y si la normativa vigente es suficiente para regular el extenso bagaje de riesgos contractuales que se pueden presentar. Así también, en segundo orden, es necesario resaltar que ha existido una inadecuada introducción de ciertas figuras como como es el caso del contrato complementario, cuya figura por su redacción es utilizada propiamente para la elusión de procedimientos precontractuales por parte de las entidades contratantes, que responden a la falta de aplicación del principio de planeación y más no se constituye como una forma de mantener el equilibrio económico financiero del contrato como tal, siendo estas consideraciones que se prestan para una revisión de dichos mecanismos, su alcance y orientación.

Esta investigación, parte de un interés académico, ya que la idea del presente trabajo es aportar jurídicamente con el estudio de una institución adoptada por otros países cercanos, que tienen una gran similitud con nuestro sistema jurídico, como el caso de Colombia, con miras a fortalecer la contratación estatal, contando con reglas claras que permitan el éxito de la contratación asegurando la consecución del interés público y la protección de los derechos económicos del contratista. En este contexto, el desarrollo de la tesis, se basó en fuentes bibliográficas que engloban las posiciones doctrinarias de tratadistas en la materia y pronunciamientos de los tribunales ecuatorianos e internacionales, a través de los cuales se identifiquen los riesgos que afectan los contratos administrativos, la definición de la parte contractual que manejará el riesgo y lo mitigará, precisar como está concebida la existencia de los riesgos en el Ecuador y los mecanismos establecidos en la norma y por último, precisar qué momento de la formación de la voluntad administrativa es el adecuado para la tipificación, asignación y estimación de los riesgos contractuales.

Finalmente para cumplir con el cometido del presente estudio, en el primer capítulo se tratará las bases teóricas que han permitido la modificabilidad de las obligaciones contractuales; en el segundo capítulo se abordará las teorías jurídicas que precisan las causas generadoras de los riesgos, la responsabilidad del Estado frente a

ellos y el proceso de la distribución de los riesgos como tal. En el tercer capítulo, con miras a fortalecer la base teórica basada en la doctrina, se acude al Derecho comparado, realizando un estudio comparativo entre la normativa vigente en las Repúblicas de Colombia y Ecuador, tomando en cuenta que Colombia ha incluido en su legislación la distribución de riesgos, constituyéndose en un referente pragmático de la eficacia de la institución jurídica así como los inconvenientes en su aplicación; por último, en el cuarto capítulo se recoge las conclusiones y recomendaciones del análisis realizado, partiendo de la premisa de que el presente estudio es un aporte que puede promover en las instituciones ecuatorianas como el Servicio Nacional de Contratación Pública, un estudio más exhaustivo sobre el tema y de considerarlo pertinente sea incluido a la legislación ecuatoriana, con los cambios necesarios que adecuen a dicha figura al sistema jurídico vigente.

Capítulo Uno

PRINCIPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS A LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Los contratos en general se encuentran regulados por principios o máximas jurídicas que establecen el marco en el cual se han de pactar y desarrollar las obligaciones convenidas entre las partes. En este contexto, el contrato administrativo, si bien pertenece al Derecho Público, conforme han evolucionado las sociedades, se ha hecho imperativa la necesidad de aplicar principios jurídicos del Derecho Privado al Público, porque sin importar el tipo de convención, estas pueden verse afectadas por elementos exógenos que obliguen a modificar las obligaciones o a que las mismas se tornen inejecutables.

De acuerdo a lo mencionado, el principio jurídico de Derecho Privado que será estudiado en el presente capítulo es el *rebus sic stantibus*, cuya aplicación en el Derecho Público obedece a la necesidad de mantener vigente las obligaciones entre las partes, porque a diferencia del contrato particular, en el estatal, se encuentra en juego el interés público. Es importante rescatar que su aplicación, reafirma el ejercicio del derecho que las partes tienen a mantener una igualdad en las cargas contractuales, incluyéndose en ellas la posibilidad de asumir la mitigación y solución de inconvenientes que alteren el normal desarrollo del contrato, de acuerdo a sus capacidades.

Por otra parte, en este capítulo también se abordarán principios jurídicos pertenecientes al Derecho Público, mediante los cuales la Administración hace frente a los riesgos contractuales, tal es el caso del *ius variandi*, que a diferencia del antes mencionado, se constituye en la facultad que posee el Estado para efectuar cambios al contrato de forma unilateral. Ante la existencia de esta capacidad estatal, la doctrina ha planteado la aplicación de principios como el de responsabilidad de la Administración Pública y del mantenimiento del equilibrio económico – financiero, cuya finalidad

consiste en tratar de equiparar la relación Estado – contratista, pues sobre la Entidad Contratante pesará siempre el deber de tomar las medidas necesarias para que se ejecuten las obligaciones contractuales de acuerdo a sus requerimientos a través de la actuación adecuada de sus funcionarios en la creación, adjudicación, suscripción y ejecución del contrato administrativo, así como en el mantenimiento de la economía de este, evitando su excesiva onerosidad que puede afectar al mismo Estado y también al contratista.

1. Principio del Rebus Sic Stantibus

María Leoba, señala que este principio parte del derecho canónico y medieval y surge como la contraposición explícita al principio *pacta sunt servanda*, el cual establece intangibilidad de las obligaciones contractuales, que de acuerdo a lo definido en el Código Napoleónico implicaba que el contrato debe ser cumplido de manera ineludible pues es ley para los suscribientes, aunque esto origine un perjuicio para uno de ellos. Conceptualmente, este principio podría definirse con el aforismo que señala “estando así las cosas o manteniéndose ese estado” y de aparecer un hecho que lo cambie, debería producir una desventaja para una de las partes.¹ Complementando esta afirmación doctrinaria, el tratadista Bartolo Sassoferrato² reflexiona estableciendo que cuando se pactan contratos cuya ejecución es sucesiva, las obligaciones pueden mantenerse intactas siempre que la situación en que se suscribió el convenio permanezca de la misma forma.

En este contexto, es necesario mencionar que Roca Sastre³, además de mantener la visión respecto del *rebus sic stantibus* señalada anteriormente por los otros tratadistas, adiciona el concepto de existencia “tácita” de esta cláusula, lo cual es reafirmado por Kauffman⁴, quien establece que uno de los requisitos de aplicabilidad de este principio es: la imprevisibilidad. Adicionalmente, Juan Terraza al hablar de la aplicación del *rebus sic stantibus*, abarca las consecuencias del mismo, estableciendo que de existir

¹ María Leoba Castañeda Rivas, “La imprevisión en los contratos: La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/art/art10.pdf>, 209.

² *Ibíd.*, 206

³ Roca Sastre citado por Bárbara Urrejola Scolari, Trabajo de Tesis “Teoría de la Imprevisión”, Universidad de Chile, 2003 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1, 19.

⁴ *Ibíd.*, 20.

una circunstancia sobreviniente que perjudique a una de las partes, esto la faculta para no cumplir con las obligaciones convenidas, lo cual se traduciría también en la posibilidad de demandar la rescisión del contrato.⁵

Por otra parte, recurriendo a la jurisprudencia española, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 2 de Murcia⁶, en su sentencia No. 251 de 22 de junio de 2014, respecto de la cláusula rebus sic stantibus, señala que la cláusula “rebus”, se convierte así en un “instrumento que permite establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones que exige”, ante lo cual deberán concurrir ciertas circunstancias:

- Alteración extraordinaria de las circunstancias que se mantenían al tiempo de la celebración del contrato.
- Desproporción enorme de las prestaciones entre la entidad contratante y el contratista, que destruyan totalmente la economía del contrato.
- Todo lo acontecido deberá obedecer a hechos sobrevinientes que no podía ser previstas bajo ningún concepto por las partes.

Al respecto la abogada Carmen Baón Rosamanda⁷, amplía las circunstancias expuestas, señalando que:

- Los hechos o acontecimientos deben cambiar radicalmente la ejecución del contrato y por tanto estas deben presentarse una vez que el mismo haya sido suscrito con todas las formalidades establecidas por la ley. Adicional a ello, debe ser de tal forma la afectación que produzca, que si una de las partes o las dos hubiesen pronosticado de alguna forma los inconvenientes presentados no se hubieran comprometido en la misma forma en que la hicieron.

⁵ Roca Sastre citado por Bárbara Urrejola Scolari, Trabajo de Tesis “Teoría de la Imprevisión”, Universidad de Chile, 2003 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1, 105.

⁶Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Murcia, España, <https://www.murcia.es/documents/11263/1183138/CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-CONTRATACION-ADMINISTRATIVA.pdf>

⁷Carmen BaónRosamanda, “La cláusula 'rebus sic stantibus' y su aplicación en el panorama actual”, Blog Ramón Cajal Abogados, 2012,<<http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter-Procesal-junio2012.pdf>>

- Debe existir una total desequilibrio de las prestaciones contractuales, en la cual una de las partes se verá gravemente perjudicada frente a la otra, ya que mientras para una parte las obligaciones quedarán intactas para la otra serán mínimas.
- En cuanto a los acontecimientos que causen la desproporción, estos deberán ser inimaginables para las partes, de acuerdo a la naturaleza de contratación y por tanto irresistible, ya que no debe tener la capacidad técnica y económica para superarlo.

Como parte de esta apreciación doctrinaria, la mencionada abogada señala, que por tanto, no todos los contratos pueden ser susceptibles de la aplicación de esta cláusula, sino que dicho instrumento debe cumplir con ciertos requisitos:

1. El contrato debe ser de carácter conmutativo, es decir que debe haber obligaciones recíprocas entre las partes que se deben cumplir y que por circunstancias sobrevinientes se rompa el equilibrio entre estas.
2. Debe ser de tracto sucesivo. Si el contrato tiene un tiempo extenso para la ejecución de las obligaciones pactadas, tiene una mayor probabilidad que existan acontecimientos que les obliguen a modificarlas.
3. De acuerdo a la naturaleza del objeto del contrato, deberá estar expuesto a que pueda suscitarse hechos que obliguen a modificar las obligaciones.⁸

Por su parte en el Ecuador se reconoce la aplicación de este principio dentro del Derecho Privado, es así que el Código Civil dispone “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁹. Del estudio de la redacción de la norma se puede concluir que el Derecho Civil ecuatoriano mantiene vigente, en primer lugar el principio pacta sunt servanda, porque se define al contrato como “una ley” para sus suscribientes, pero también se reconoce que pueden existir elementos, hechos o acontecimientos que pueden llevar a la terminación del mismo, aunque no da paso expreso a la teoría de la imprevisión.

⁸Carmen BaónRomasanda, “La cláusula 'rebus sic stantibus' y su aplicación en el panorama actual”, Blog Ramón Cajal Abogados, 2012,<<http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter Procesal-junio2012.pdf>>

⁹ Código Civil, República del Ecuador, artículo 1562.

En materia de contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana, que se encuentra vigente desde el año 2008, reconoce la existencia de elementos que pueden afectar al contrato a través de las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor¹⁰, para lo cual realiza una remisión al Derecho Privado, pues se aplica la definición de estas figuras que se encuentra establecida en el Código Civil, cuyas consecuencias pueden causar un desequilibrio en la economía del contrato.

Recurriendo a la jurisprudencia ecuatoriana, Esteban Ortiz Mena, en su trabajo “El principio Rebus sic Stantibus en la Legislación Ecuatoriana”, toma una sentencia por los tribunales ecuatorianos, en el año de 1981, que señala:

"El contrato no es absoluto e inmutable sino una institución esencialmente relativa, que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes, han variado. En el desarrollo de esta idea, han repetido muchos autores que los contratantes al contratar se han referido a las circunstancias existentes en ese momento y han pensado que esas circunstancias y no otras son las que regularán la ejecución del contrato. La imprevisión, pues, es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula rebus sic stantibus. Otros autores, sin tratarse de la idea esencial que acoge la citada cláusula, pero precisando un poco mejor su contenido, han dicho que la imprevisión se funda en que las nuevas circunstancias económicas suelen cambiar la prestación primitiva, de suerte que el deudor, en el momento de ejecutarlo, se encuentre con otra prestación distinta de la que originalmente contrajo y obligado a ejecutar otra prestación distinta, resulta contrario a la buena fe. Separándose de la idea que acoge la cláusula rebus sic stantibus, otros autores han expresado que la imprevisión se funda en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse sin causa a expensas de otra. Si se obliga al deudor a cumplir la misma prestación a pesar del cambio de circunstancias, el acreedor

¹⁰El artículo 30 del Código Civil señala: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

obtendrá un enriquecimiento indebido, pues el contratar nuevamente la prestación le costaría más”¹¹

Para complementar lo establecido en este fallo, recurre a otro por los tribunales ecuatorianos en el año de 2011, que establece: “Ello no ocurre en la imprevisión contractual: la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinariamente e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato un abuso del derecho.”¹²

Como conclusión se puede señalar que el principio *rebus sic stantibus*, es una institución cuya existencia se hizo necesaria ante el candado jurídico que se creaba al momento de la suscripción un contrato, cuya ejecución comprendía largos períodos de tiempo; y en efecto es totalmente antijurídico que el contrato o convención al ser un instrumento que está basado en la concurrencia de voluntades, lacere de manera directa los derechos del contratante o del contratista; por tanto, es imperativo reflexionar que si estos inconvenientes se suscitaban en el plano privado, también lo harían en lo público, pues debemos recordar que el contrato administrativo se denomina como tal porque una de las partes siempre será el Estado, pero aquello no significa que el contratista deba llevar todas las cargas contractuales o viceversa, ya que a diferencia del contrato privado, está en juego el interés público.

2. Principio del Ius Variandi

El *ius variandi*, es un principio jurídico que parte de la influencia de la existencia del principio de modificabilidad de los contratos o *rebus sic stantibus*, cuya naturaleza es de Derecho Privado. A partir del XIX, los Estados advirtieron que no era posible el mantener la intangibilidad de las obligaciones contractuales, porque la finalidad de los contratos administrativos llevan consigo la satisfacción premiosa de las necesidades de conglomerados sociales, por lo que en muchas ocasiones, la Administración se vio

¹¹Esteban Ortiz Mena, “El Principio *Rebus sic Stantibus* en la Legislación Ecuatoriana” <http://www.monografias.com/trabajos82/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana2.shtml#ixzz47YKwaVkf>, 1 y 2.

¹²Ibíd., 2.

abocada a realizar remiendos a los convenios suscritos, cuyas obligaciones terminaban totalmente desfiguradas en su conjunto.¹³

En el ámbito del Derecho Administrativo, el principio de mutabilidad de los contratos consiste en una potestad específica de la Administración para realizar cambios en las obligaciones pactadas y las condiciones de cumplimiento establecidas en el mismo,¹⁴ lo que el tratadista Agustín Gordillo, considera como el principio de flexibilización de las obligaciones que le atañe particularmente al Estado, pero que sin duda debe tener limitaciones, dentro de las cuales se debe tomar en cuenta las nuevas necesidades públicas y el respeto a los derechos del contratista.¹⁵ Complementariamente, Miguel Marienhoff y Fernando Garrido Falla¹⁶, enriquecen esta posición señalando que es posible la aplicación del *pacta sunt servanda* en el contrato administrativo porque este conlleva la prevalencia de intereses superiores y aunque las obligaciones sean modificadas, el contrato no ha perdido la calidad de ser ley para las partes, a lo cual se contraponen Mairal¹⁷, pues este tratadista considera que no es necesaria la utilización de este principio, tomando en cuenta que el contrato administrativo, al ser parte del tratado general de los contratos, la cláusula *pacta sunt servanda* se entiende incluida en este. Por su parte, Escola¹⁸ abiertamente menciona que el contrato administrativo debe partir de la aplicación del *pacta sunt servanda*, pero que mientras en el derecho particular se constituye en un principio de aplicación ineludible y absoluta, en el contrato administrativo es un principio relativo, admitiendo de esta manera la modificabilidad de las obligaciones; posición que es compartida por Farrando.¹⁹

Jaime Rodríguez – Arana, concluye que, doctrinariamente, el *ius variandi* es una prerrogativa exorbitante que posee la Administración frente a un solo objetivo: el interés

¹³ Miguel Ángel Bercaitz, “Teoría General de los contratos administrativo”, en Analía Antik, “Ius variandi versus principio de igualdad: Razón de Estado y Estado Democrático como paradigma de análisis”, Revista de Derecho Público, 2006-1, (Buenos Aires: Rubizal-Culzoni Editores, 2006) ,266.

¹⁴ Roberto Dromi, “Las Ecuaciones de los Contratos Públicos” (Buenos Aires: Ciudad Argentina), 2001,38.

¹⁵ Agustín Gordillo, mencionado por Daniel Páez Salgado en el trabajo de tesis “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador”, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, septiembre de 2012.

¹⁶ Pedro José Jorge Coeviello, “El contrato administrativo: Lex inter partes o ius variandi”, Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, número 66, 2011, 170.

¹⁷ *Ibíd.*, 173.

¹⁸ Julio Rodolfo Comandira y Héctor Jorge Escola, “Derecho Administrativo Argentino”, (México D.F.: Editorial Porrúa), 2006, 273.

¹⁹ *Ibíd.*, 273.

general.²⁰En este contexto, Loya del Río define al interés público como “la adopción de medidas orientadas a garantizar la prestación del servicio, o a aumentar la calidad a favor de los ciudadanos o destinatarios del mismo.”²¹

Como se puede observar, a manera de resumen se puede señalar que si bien existen posiciones doctrinarias contrapuestas respecto propiamente de la existencia del principio de modificabilidad en los contratos en el derecho privado, mayor desazón causa en los tratadistas, el que dentro del derecho administrativo, sea una prerrogativa que le corresponda específicamente al Estado; ante ello, comparto la posición, de que la modificabilidad de las obligaciones es muy necesaria en el ámbito público o privado, pues un contrato si bien debe ser cumplido no puede convertirse en una atadura jurídica que destruya económica o técnicamente a una de las partes, en el caso de la administración, más aún es indispensable la aplicación de este principio, debemos recordar, como ya lo han afirmado varios tratadistas, que el bien común debe estar siempre sobre el interés particular, por supuesto partiendo de la firme convicción, que no debe darse cabida al abuso de la figura, afectando al contratista en sus derechos constitucionales.

Acudiendo nuevamente a Loya del Río, este realiza un estudio pormenorizado del *ius variandi*, señalando que, para la aplicación de este principio jurídico las modificaciones que la Administración requiera realizar al contrato deben cumplir con tres condiciones específicas:

- “1. Se identifiquen y establezcan las razones de interés público por las que se efectúa la modificación a las cláusulas contractuales;
2. Se definan los límites materiales a esta modificación (el porcentaje que tiene el contratista y la obligación de afrontar dichos cambios); e,
3. Identificar los límites formales o procedimentales, es decir, que se cumplan con las normas de carácter administrativo para la tramitación del expediente.”

²⁰ Jaime Rodríguez-Arana, “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”, <http://www.buenjuicio.com/wp-content/uploads/2015/09/prerrogativas-administracion.pdf>, 2008, 797.

²¹Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid: Edit. La Ley, 2010), 180.

Adicionalmente, este tratadista va más allá y le da forma a la aplicación del interés público dentro del contrato administrativo, pues define el marco en el que podrán fluctuar dichas modificaciones, señalando que:

“a) Estas deben rezar sobre aspectos como la calidad, innovaciones tecnológicas, cantidad, nuevas prestaciones, tiempo, aumento de plazo.”²²

Como salta a la vista, como conclusión se puede señalar que se puede cambiar las obligaciones relativas a la ejecución contractual pero sin desnaturalizar el objeto de la contratación, es decir que se puede alterar varios de los compromisos contractuales siempre que estos vayan orientados a la mejor ejecución del bien, obra o servicio contratado.

En este punto la Administración debe tener presente que, es de su responsabilidad el mantenimiento del equilibrio del contrato, y que es improcedente por tanto la acumulación de actividades extras al contratista que puedan volver al contrato excesivamente oneroso y que pudieron ser previstas con anterioridad y así evitar gastos extraordinarios para el entidad contratante y su contra parte, que pueden resultar inconvenientes.

b) Los cambios deberán ser de carácter imprevisto²³. Al respecto, acudamos a la definición de imprevisto establecido por la Real Academia de Lengua Española, que define a este término como: “hecho que no ha podido conocerse de manera anticipada”²⁴ Conforme lo estudiaremos más adelante, se puede señalar que la imprevisión, en el campo del derecho administrativo, consiste justamente en aquellos acontecimientos que obligan, en este caso al Estado, a modificar las obligaciones contractuales, pero se debe entender que la imprevisión, no debe darse por la inadecuada elaboración de los términos y obligaciones definidas por la Entidad Contratante en los estudios previos y posteriores etapas del procedimiento precontractual, sino a situaciones que tomando todas las previsiones, no podrían haber sido consideradas por la Administración al momento de iniciar la contratación, pues no responden de manera directa al objeto de la contratación.

²²Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid: Edit. La Ley, 2010), 179.

²³ *Ibíd.*, 179.

²⁴The free dictionary, definición de la palabra “imprevisto” <http://es.thefreedictionary.com/imprevisto>

c) Todas las modificaciones deben estar debidamente instrumentadas. Esta regla, es apenas lógica, pues si las obligaciones principales se elevaron a la suscripción de un documento escrito en el cual se manifiesta la voluntad expresa de las partes efectuar en su beneficio acciones recíprocas, de igual forma se deberán instrumentar las obligaciones secundarias o accesorias.

Por ejemplo, en el la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece la aplicación de los contratos complementarios como una herramienta jurídica en la cual constarán obligaciones adicionales al contrato principal suscrito entre las partes; por tanto este deberá cumplir con las mismas formalidades legales que el primero, entre las cuales se encuentran: asignación presupuestaria; forma de pago, tiempo y modalidad de ejecución; elevación a escritura pública y la correspondiente rendición de garantías por parte del contratista.²⁵

²⁵Art. 90.- Certificación de Recursos.- Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones

Art. 87.- Normas para la aplicación de los contratos complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para el caso de obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera:

1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la presente Ley.
2. Para el caso de rubros nuevos se empleará el artículo 89 de esta Ley.
3. Si se sobrepasa los porcentajes previstos en los artículos señalados en los numerales que preceden será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que éstos no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal. La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con esta Ley.

En los contratos complementarios a los que se refieren los dos artículos precedentes constarán la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios, de ser el caso. En los contratos complementarios se podrá contemplar el pago de anticipos en la misma proporción prevista en el contrato original.

No procede la celebración de contratos complementarios para los de adquisiciones de bienes sujetos a esta Ley.

En todos los casos, en forma previa a la suscripción de los contratos complementarios, se requerirá la verificación presupuestaria correspondiente.”

d) Por último, la Administración debe cumplir con los correspondientes procedimientos administrativos establecidos por la ley para realizar las reformas contractuales.²⁶

Acudiendo al principio universal de que en el Derecho Público se debe hacer específicamente lo establecido en la norma, que se ve traducida en el principio de legalidad de los actos realizados por la Administración, las modificaciones que se realicen a los contratos administrativos deben cumplir con el procedimiento establecido en la ley que regule este tipo de actos administrativos.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo en lo referente de la ampliación de plazo, el contratista deberá alegar, por escrito, la existencia de caso fortuito y fuerza mayor dentro de las 48 horas posteriores de ocurrido dicho evento, que no le permitieron cumplir con las obligaciones en el tiempo convenido por lo cual solicitará una prórroga de plazo; el Administrador del contrato, deberá presentar el correspondiente informe en el cual acepta o niega dicha ampliación, para que posteriormente la documentación pase al área jurídica, quien elaborará el correspondiente documento en el cual las partes expresamente aceptan el nuevo plazo contractual y por ende el nuevo cronograma de trabajo.

Como conclusión, se puede establecer que el Ecuador, en el derecho de los contratos administrativos, acepta la aplicación de este principio, pues dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, existen varios momentos en los cuales la Administración puede recurrir a su ejercicio, siendo además de las mencionadas anteriormente, la capacidad que tiene la Entidad Contratante para hacer “aclaraciones”, al proceso de contratación publicado en el Sistema Nacional de Contratación Pública, y por tanto realizar cambios a las obligaciones contractuales cuyo límite implica la imposibilidad de una modificación esencial del objeto de la contratación o a su presupuesto, que recurriendo a la doctrina, deberán realizarse con miras a mejorar las condiciones económicas, técnicas y jurídicas del contrato en favor del interés público.

²⁶Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid: Editorial La Ley, 2010), 179.

3. Principio de responsabilidad de la Administración Pública

Conforme lo señala Jesús González, el Estado, dentro del Derecho Administrativo, al ser una de las partes contractuales, se reconoce que este puede ser sujeto del ejercicio de deberes y derechos que se desprenden de las obligaciones pactadas en el contrato administrativo.²⁷ Partiendo de esta afirmación, la Administración, por tanto debe responder por las acciones u omisiones efectuadas por sus personeros, que generen un perjuicio al contratista o, en una concepción más amplia, al administrado.

Históricamente, este principio ha pasado por tres etapas, que a decir de Libardo Rodríguez, la primera que se puede denominar como “la irresponsabilidad”, la segunda como “la responsabilidad” y la tercera “la responsabilidad creciente”. La primera etapa, que se desarrolló en la segunda mitad del siglo XIX, consiste doctrinariamente en la idea de que el Estado no es responsable por los daños que causara por su actividad, ya que este la ejerce con base en la *soberanía*, siendo su esencia intrínseca la capacidad de imponerse sobre todos sin generar el derecho a compensación alguna; esta doctrina se mantuvo vigente, hasta que en Francia, la ley dispuso cierta responsabilidad del Estado, en un caso específico que se trataba de la ejecución de trabajos públicos;²⁸ así mismo, posteriormente, esta concepción se extendió a las actividades de poder ejercidas por el Estado, que se traducían en acciones de gestión, actuando de esta forma como un particular.

La segunda etapa, se dio inicio de 1873, a través de un fallo del Tribunal de Conflictos francés más conocido como el fallo blanco²⁹. Como resultado de este, se modificó de alguna forma la noción de irresponsabilidad de la primera etapa, no fue un

²⁷Jesús González Pérez, “Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, primera edición (Madrid: Civitas, 2009), 45.

²⁸ Libardo Rodríguez, “Derecho Administrativo General y Colombiano”, décima octava edición (Bogotá: Editorial Temis), 2013, 607.

²⁹ El Fallo Blanco, consistió en un proceso que lo conoció el Tribunal de Conflictos Francés, en el cual un ciudadano apellidado Blanco, demandó al Prefecto del Departamento de Gironde, representante del Estado, que tenía como objeto declarar la responsabilidad civil del Estado, con base a los artículos 1383 y 1384 del Código Civil, por la herida que sufrió su hija, por hechos realizados por los obreros empujados por la administración de tabacos. En este contexto, en su parte relevante, el Tribunal señaló “la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios regidos por el Código Civil para las relaciones de particular; [...] esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”

cambio radical puesto que la responsabilidad no se instituyó como un principio general sino que se extendió a la noción de que el Estado debía ser responsable por los daños que cause con ocasión de la ejecución de un servicio público, pero en términos restringidos; aunque por varios doctrinarios esta se consideró como la piedra angular de la existencia del Derecho Administrativo.³⁰

Por último, la tercera etapa, que parte con la sentencia mencionada, consiste en que el Derecho Administrativo ha alcanzado un desarrollo considerable, en cuanto a la responsabilidad del Estado, según Jean Rivero, en aspectos como:

- La responsabilidad se fue extendiendo a aquellos servicios públicos que nunca fueron considerados, como el caso de la Policía Nacional.
- La culpa grave que era exigida para que el Estado se haga responsable, pasó a ser menos rígida, haciendo que cualquier clase de culpa sea susceptible de compensación estatal, llevándole en algunos casos a que se establezca una responsabilidad objetiva, y que de esta manera el Estado sea responsable exista culpa o no.
- Las normas que se toman como base para el establecimiento de las indemnizaciones son mucho más favorables a los perjudicados.
- Por parte de los tribunales han sido cada vez más frecuentes la aceptación de estos casos en favor de los perjudicados, y adicionalmente la acción se ha extendido no solo a la institución pública sino al funcionario que causó el perjuicio.³¹

Por su parte en el Ecuador, ha sido reconocido y aplicado este principio por los juzgados y tribunales de la República, acudiendo a uno de ellos, la Corte Suprema de Justicia señaló:

“En la antigüedad el criterio que primaba era el que el Estado no debía ser responsabilizado por sus actuaciones por razones de soberanía, entonces, los criterios de responsabilidad y soberanía se consideraban como contrapuestos. Más, actualmente, rige el principio de responsabilidad del Estado y consecuentemente de justiciabilidad de

³⁰ *Ibíd.*, 608

³¹ Jean Rivero, “Páginas de Derecho Administrativo” (Bogotá: Editorial Temis-Universidad del Rosario) 2002, 297.

sus actuaciones. Con respecto al Estado, como persona de derecho público que es, sólo es posible hablar de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que por medio de sus agentes cause”³²

Desde un punto de vista complementario Juan Carlos Cassagne,³³refiriéndose propiamente al principio de responsabilidad del Estado, en el Derecho Administrativo, manifiesta que es indiscutible que el derecho particular debe ceder ante el bien y común que en muchas ocasiones significará que el particular deberá llevar cargas especiales, lo cual merece una reparación justa, al respecto en el Ecuador, la Corte Suprema de Justicia señala:

“En la persecución de los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado.”³⁴

Una vez analizado este principio desde el punto de vista del derecho civil y el derecho administrativo general, con sus correspondientes alcances, es necesario abordar que la responsabilidad del Estado se divide en dos clases: la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual.

La responsabilidad extracontractual esencialmente corresponde a la capacidad que el administrado tiene para exigir de la Administración Pública la indemnización por los daños y perjuicios que le ocasione la actividad de los poderes públicos en su patrimonio, cuyo fundamento es la ilicitud de los efectos que causen dichos actos

³² Corte Suprema de Justicia. Caso William Stairum Carpio Ocampo c. Director Nacional de Rehabilitación Social y Ministerio de Gobierno. Causa No. 30-2002. Registro Oficial 249 de 12 de enero de 2004.

³³Juan Carlos Cassagne, “Derecho Administrativo I” (Buenos Aires: Editorial AbeledoPerrot), sexta edición, 1998, 266.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Caso Félix Gonzalo López Yáñez c. Presidente de la República y Procurador General del Estado. Causa No. 71-2005. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 octubre de 2009.

administrativos en las personas, sus bienes o en el ambiente.³⁵ Partiendo de este concepto, la responsabilidad extracontractual engloba los actos que son emitidos por todas las instituciones y órganos que integran el Estado, por lo que la responsabilidad extracontractual, puede ser:

- a) Legislativa: esta corresponde a los daños y perjuicios que deben derivarse de la creación y puesta en vigencia de una ley, que estando acorde a los preceptos constitucionales, causa un perjuicio sumamente grave a un grupo en particular, lo cual se constituye en una causa de reparación por parte de la Administración.
- b) Judicial: esta se refiere a los perjuicios que se desprenden de una inadecuada administración de justicia, esta comprende faltas constitucionales dentro de un proceso judicial, como una detención efectuada sin los procedimientos necesarios, la violación al derecho a la defensa, retardo injustificado del proceso judicial.
- c) Reglamentaria: son los daños que se derivan de la aplicación de cuerpos reglamentarios o resoluciones con efecto erga omnes u ordenanzas.
- d) Administrativa: es aquellos daños que se derivan de la emisión de actos administrativos, de simple administración y hechos administrativos de las diferentes instituciones públicas sobre sus administrados.³⁶

A manera de conclusión cabe señalar que el derecho de reparación y la responsabilidad del Estado nacen de inadecuadas acciones de cada una de las instituciones y entidades que componen el Estado, lo cual se traduce simplemente en la inoportuna prestación de un servicio público a los administrados, los cuales cuentan con herramientas como el reclamo administrativo y los recursos administrativos que les permiten impugnar y solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Ahora, debemos atender a la segunda clase de responsabilidad del Estado: la responsabilidad contractual. Esta se refiere a los daños que se originan como resultado

³⁵Corte Suprema de Justicia. Caso Félix Gonzalo López Yáñez c. Presidente de la República y Procurador General del Estado. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 octubre de 2009, vid., Corte Suprema de Justicia. Caso Celia Estela Ramones Córdova c. Director Nacional de Defensa Civil. Causa No. 232-2004. Registro Oficial 366 de 24 de junio de 2008, citado por Daniela Páez Salgado, trabajo de Tesis “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador” Universidad San Francisco, Colegio de Jurisprudencia, 2012, 31.

³⁶ *Ibíd.*, 32.

de una relación contractual entre el Estado y un particular. Este tipo de responsabilidad se subdivide también en dos tipos o clases: La primera que corresponde a los incumplimientos que son regulados por la teoría general de los contratos; dentro de ella el contratista responde por retrasos en la obra, bien o servicio, por la mala calidad de los materiales, entre otros incumplimientos y por su lado, el Estado responde por incumplimientos tales como la entrega tardía del anticipo, la falta de entrega de información relevante para el inicio o desarrollo de la ejecución del contrato, entre otros acontecimientos.³⁷

La segunda clase de responsabilidad contractual, consiste en aquella que se origina sin falta o culpa del Estado, con base en el *ius variandi*, el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión. Este se constituye en un deber del Estado, bastante peculiar e ineludible, puesto que con base al principio del equilibrio económico-financiero del contrato, la Administración además de las responsabilidades propias de su condición y del alea del contrato, debe elevar sobre su hombro cargas adicionales, porque el contratista no deberá realizar ninguna acción para estabilizar la economía del contrato, pues esta se constituye también en un deber exclusivo de la Administración.³⁸, pues los servidores, como representantes de la Administración, deberán velar por “los fines esenciales del Estado; además, deben ser vigilantes de la ejecución o el desarrollo de la actividad contractual; como también a sortearse en la búsqueda de la protección de los derechos del contratista, y de los terceros que puedan verse afectados en la ejecución contractual.”³⁹

El tratadista Roque Luis Conrado Imitola, trata una parte de este principio que los doctrinarios antes señalados no han mencionado, y se trata de la responsabilidad del Estado dentro del procedimiento precontractual del bien, obra o servicio, materia del contrato administrativo. Para este, los servidores públicos se constituyen en una suerte de vigilantes y supervisores del desarrollo total del contrato y de los derechos del Estado, del contratista y de terceros que forman parte del contrato de manera indirecta.

³⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo” (Madrid: Editorial Civitas), Tomo I, 1982, 383.

³⁸ Efraín Pérez “Derecho Administrativo”(Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones), tomo II, 2009, 766-795

³⁹ Roque Luis Conrado, “Los principios en la contratación estatal” (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012) ,57.

Adicionalmente, señala que este principio guarda una relación estrecha con el principio de selección objetiva, que se define como la obligación que tienen los funcionarios públicos de las entidades contratantes para:

1. La construcción correcta del pliego de condiciones, específicamente en cuanto al establecimiento claro de las obligaciones que tiene que cumplir el contratista.
2. La asignación de parámetros de calificación para el escogitamiento del oferente.⁴⁰

Como reflejo del cumplimiento del criterio doctrinario de Conrado, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en su artículo 23, la exigencia de la construcción de estudios previos para la correcta construcción de los términos de referencia, que incluso es regulada con minuciosidad por la Resolución N° INCOP-054-2011 de 12 de noviembre de 2011, en la que el Instituto Nacional de Contratación Pública, actual SERCOP, dispone lo que ha de contener los términos de referencia de los procedimientos precontractuales. Así mismo, un claro ejemplo es el artículo 41 de la LOSNCP, que establece cuáles son los parámetros mínimos para el escogitamiento de un consultor.

De manera general, el principio de responsabilidad del Estado, en los contratos administrativos en el Ecuador, se ve reflejado en la aplicación de la cláusula de la prórroga de plazo, a través del reconocimiento de la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, ya que el encarecimiento de las obligaciones contractuales, son aceptadas y por ende enfrentadas por el Estado, ya que no deja de reconocer el reajuste de precios, de estos haber variado, en favor del contratista.

Como conclusión se puede establecer que el principio de responsabilidad del Estado, debe estar presente en cada una de las acciones efectuadas por la Administración sean como resultado de un acto administrativo o un contrato administrativo, ya que su deber es preservar el bien común pero sin afectar gravemente el derecho de los administrados.

Es necesario también reflexionar que, este principio de responsabilidad debe ser entendido incluso en favor del propio Estado, ya que en este radica la facultad de llevar correctamente el proceso administrativo para la contratación de una obra, bien o

⁴⁰ *Ibíd.*,67

servicio, el establecimiento claro de las obligaciones contractuales para cada una de las partes, el escogitamiento correcto del contratista y el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

4. Principio del equilibrio económico-financiero del contrato.

Partiendo del principio de responsabilidad del Estado, tratado anteriormente, otro de los principios que atañen al contrato estatal, es aquel que propugna su mantenimiento económico financiero o lo que otros tratadistas denominan el equilibrio de la ecuación económica de las obligaciones contractuales. Este principio tiene sus inicios en el derecho romano, que señala: “todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento solo sea exigible mientras las cosas sigan siendo iguales”; reconociéndose a través de esta máxima jurídica que todos los contratos cuya ejecución es a largo plazo, pueden verse afectados por elementos exógenos que pueden alterar las obligaciones, pero también que deben tratar de mantener las cargas contractuales en similares circunstancias, para que exista una conmutatividad en las mismas que obligue a las partes a cumplirlas.

Libardo Rodríguez señala que el equilibrio económico-financiero consiste en que “en los contratos estatales se mantendrá la igualdad y equivalencia de los derechos y obligaciones surgido al momento de proponer o contratar, según sea el caso, de tal manera que si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.⁴¹ Complementariamente, Celso Bandeira de Mello, manifiesta que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato también significa que debe existir una proporcionalidad entre las cargas contractuales que decide llevar su hombro el contratista y la ganancias que percibe por las mismas.⁴²

Con base en estas dos afirmaciones doctrinarias, podemos señalar por tanto que en el contrato administrativo debe garantizarse la igualdad “legal” de las prestaciones contractuales, estableciéndose que quien debe velar por ello siempre será el propio Estado. Bajo esta premisa, García de Enterría, realiza una puntualización interesante,

⁴¹ Libardo Rodríguez, “Derecho Administrativo General y Colombiano” (Bogotá: Editorial Temis), décimo octava edición, 2013, 535.

⁴² Celso Bandeira de Mello, “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”, Derecho administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff (Buenos Aires: Abeledo-Perro), 1998, 903.

refiriéndose a otro principio que es intrínseco al contrato estatal: el principio de riesgo y ventura, que guarda una relación directa con el equilibrio del contrato; y es que este se constituye en un reflejo en el derecho administrativo del *pacta sunt servanda*, pero como lo señala el autor, mucho más benigno, pues a diferencia de en un contrato particular, el Estado deja abierta la posibilidad de que ante la posible existencia de ciertos eventos como terremotos, guerras, entre otros, se pueden alterar las obligaciones contractuales, dando de este manera la capacidad al contratista de alegar un desequilibrio de las prestaciones y con ello obligando al Estado a que reconozca este perjuicio a través de las medidas establecidas en la Ley.

Como complemento a esta postura, el Consejo de Estado Colombiano, señala que:

“El equilibrio económico financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa [...] Es solamente la relación aproximada, el 'equivalente honrado'[...] entre cargas y ventajas, que el contratante ha tomado en consideración; 'como un cálculo', al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado contratar.”⁴³

Con base en los aspectos doctrinales y jurisprudenciales, podemos concluir que el principio económico financiero del contrato se constituye en primer lugar, en un derecho del contratista a que se considere por parte del Estado, las excesivas cargas contractuales que asumidas por este que pueden afectar a su patrimonio; en segundo lugar, también es una limitación para la Administración, porque a través de la aplicación de este principio se genera el deber de reconocer al contratista los perjuicios económicos que le causare, eventos sobrevinientes que afecten las obligaciones que pueden provenir del propio Estado o por aquellos que no se originen en ninguna de las dos partes, ante los cuales la Administración debe ir en su ayuda para que el contrato no se torne inejecutable; y por último, es una restricción para el contratista, pues este no puede alegar cualquier acontecimiento como motivo de desequilibrio de las

⁴³ Consejo de Estado de la República de Colombia, sección tercera, sentencia No. 14577 de 29 de mayo de 2003, M.P. Ricardo Hoyos Duque, citada por Roque Conrado Imitola, “Los principios de la contratación estatal” (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez), 2012, 80.

prestaciones, sino que estos deben contar con ciertas premisas: que sean totalmente imprevistos (imposibles de imaginar que pueden suceder por la naturaleza del objeto del contrato), que no pertenezcan al alea normal del contrato (acontecimientos que se pueden prever o que fueron previstos en los documentos precontractuales y el contrato) y la existencia de un perjuicio económico real.

Ahora, remitiéndonos a la normativa ecuatoriana vigente, podemos observar que si bien no existe una norma expresa dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento de aplicación o las Resoluciones normativas emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, referente al principio del equilibrio económico financiero del contrato, se ha incluido a este principio de forma tácita puesto que se reconoce la aplicación del reajuste de precios en los contratos de bienes, obras y servicios que se encuentren sujetos al sistema de precios unitarios, e incluso los contratos de consultoría contratados bajo cualquier modalidad.⁴⁴ Acudiendo a la jurisprudencia, en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, reconoció la existencia del equilibrio económico-financiero del contrato y su alterabilidad ante motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes.⁴⁵

⁴⁴Art. 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 suscribieran bajo cualquier modalidad.”

⁴⁵Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009.

Capítulo Dos

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En el capítulo anterior, se recurrió a los principios jurídicos del derecho privado cuya aplicación se ha extendido al derecho público, así como a principios jurídicos del derecho administrativo, que fueron contruidos como un reflejo de los primeros, acogiendo la posibilidad de que los contratos de tracto sucesivo cuyo objeto sean la compra de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios que sean suscritos por el Estado, también tienen una alta probabilidad de verse afectados por elementos exógenos a las partes o por aquellos que pueden provenir de la propia Administración, deformando las obligaciones contractuales haciéndolas inejecutables o excesivamente onerosas, perjudicando por tanto al interés público y en segundo orden al patrimonio del contratista. A través de estos principios se buscaba sentar las bases necesarias que permitan establecer que es casi una regla general la existencia de eventos sobrevinientes en el contrato administrativo de tracto sucesivo y que por tanto es necesario el estudio de este tipo de acontecimientos, los mecanismos de su tratamiento y la medidas para devolverle al contrato su estabilidad económico –financiera.

A continuación, en primer lugar se definirá lo que debemos entender por riesgo, en segundo lugar, recurriremos a la doctrina para señalar las posturas doctrinarias respecto de los riesgos contractuales y en tercer lugar, se profundizará el estudio que abarcará la identificación, asignación y mitigación de los mismos.

1. Concepto de riesgo

La palabra riesgo, desde la Real Academia de la Lengua Española, como una definición primaria señala que esta consiste en la “contingencia o proximidad de un

daño”⁴⁶, y para complementar lo dicho se deberá entender por contingencia, “la posibilidad de que algo suceda o no suceda”⁴⁷, es decir que, un riesgo puede entenderse como un elemento dañoso cuya existencia es aleatoria. Al respecto, desde la doctrina Roque Luis Conrado, fiel a la definición esencial de la palabra, define al riesgo como “la posibilidad de ocurrencia de un hecho o evento que pueda generar un perjuicio o daño a las personas, cosas, bienes muebles e inmuebles [...]”⁴⁸.

En una definición orientada propiamente a los contratos administrativos, el Consejo Nacional de Política Económica y Social de la República de Colombia, dentro de su documento referente a la distribución de riesgos en los proyectos de infraestructura, establece que un riesgo debe considerarse como la “probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del contrato, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”⁴⁹ y en un concepto general este mismo cuerpo colegiado, señala que el riesgo es la “medida de la variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento. El riesgo contractual en general es entendido como todas aquellas circunstancias que puedan presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo [...]”⁵⁰

A manera de reflexión, de acuerdo a las definiciones antes anotadas, se pueden establecer que los riesgos contractuales poseen ciertas características:

1. Aleatoriedad, es decir que estos eventos no pueden ocurrir como pueden hacerlo, dentro del contrato administrativo.
2. Deben causar efectos dañosos para las partes.

⁴⁶ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, definición de la palabra “riesgo” <http://dle.rae.es/?id=AVWiN0d>, 2016.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Roque Luis Conrado Imitola, “Los principios en la Contratación Estatal” (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 104.

⁴⁹ Documento del Consejo Nacional de la Política Económica y Social de la República de Colombia, “Conpes 3107 de 2011”, en Inocencio Meléndez Julio, “Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI”, La adecuada identificación, tipificación, asignación y distribución de riesgos contractuales, Tomo IV, (Bogotá: Editorial Temis S.A.-Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 399.

⁵⁰ República de Colombia, Consejo Nacional de la Política Económica y Social, “Del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública”, 2011

<<http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>>, 13

3. Deben sobrevenir en la etapa de ejecución del contrato, causando un desequilibrio económico al contrato estatal.

2. Teorías sobre la existencia de riesgos en el contrato

Los riesgos contractuales, como ha quedado establecido en el capítulo anterior, pueden presentarse en la etapa de ejecución del contrato, traducándose en un desequilibrio de las cargas contractuales; en este sentido, procederemos a explicar las teorías del derecho privado, como es el caso de la teoría de la imprevisión y las figuras del caso fortuito o fuerza mayor, cuya aplicación se ha extendido al contrato estatal y la que corresponde al derecho público, denominada hecho del príncipe, mediante las cuales los doctrinarios clasifican el origen de estos elementos dañosos y con ello las características que se deben cumplir para su aplicación.

Adicionalmente, es necesario señalar que se ha incluido a las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, como parte de las doctrinas alusivas a los riesgos en el contrato administrativo porque en el Ecuador nuestra legislación de derecho público, reconoce la existencia de estas eventualidades a través de estas dos figuras, acogidas y definidas por el Código Civil ecuatoriano.

2.1. Teoría de la imprevisión

Daniela Páez Salgado,⁵¹ define a la teoría de la imprevisión como la “doctrina jurídica mediante la cual el contratista puede optar por la revisión del contrato administrativo, cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, alteren la ecuación económica-financiera.” Esta teoría, pertenecía en primera instancia a los contratos regulados por el derecho privado pero en 1916, en Francia, a través del caso de la Compañía de Gas de Burdeos, el Consejo de Estado Francés aplicó la teoría de la imprevisión a un servicio público, haciendo que la compañía siga prestando el servicio de gas y electricidad de conformidad a lo que la técnica permitía, con la ayuda de la Municipalidad de Burdeos a través del reconocimiento económico a la contratista, que permitía restablecer su economía ante el

⁵¹Daniela Páez Salgado, trabajo de Tesis “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiero en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre de 2010 en el Ecuador”, Universidad San Francisco de Quito, 2012, 41.

encarecimiento del carbón”⁵², motivo por el cual se convirtió en el puntal de la aplicación de esta teoría en el derecho público y privado. Complementando esta posición, Luisa Fernanda Mejía, establece que la teoría de la imprevisión también denominada la doctrina del riesgo imprevisible consiste en el acaecimiento de hechos que dificultan gravemente las obligaciones pero no las vuelve inejecutables, tomando en cuenta que no deben ser originadas por ninguna de las partes, pero debe afectar específicamente a una de ellas⁵³. Lorenzo de Maza, también comparte la posición antes mencionada, señalando que la deformación de las obligaciones por la incidencia de los acontecimientos sobrevinientes debe ser tan grave, que las partes de haber conocido que podían haber concurrido dichos inconvenientes no se hubiesen comprometido a las obligaciones pactadas en el contrato.⁵⁴ Georges Péquignot, por su parte además de lo ya sentado por los otros doctrinarios señala que para la aplicación de esta teoría el contratista es quien debe soportar las cargas provenientes de esa alea anormal del contrato, por lo que este tiene derecho a solicitar a la Administración que vaya en su auxilio, compartiendo dichas cargas extraordinarias a través del reconocimiento económico de lo que ha tenido que soportar con base a las circunstancias que rodeen el contrato⁵⁵, aunque incluso, de acuerdo a Daniel Peñailillo, estos acontecimientos que se encuentran dentro del terreno de la imprevisión, pueden causar también la extinción de ciertas obligaciones.⁵⁶ Ahora, con base a los elementos aportados por las conceptualizaciones realizadas por los diferentes tratadistas, es necesario mencionar

⁵²La teoría de la imprevisión se considera justamente como un reflejo del principio del derecho privado *rebus sic stantibus* que faculta a realizar modificaciones contractuales ante el cambio de las circunstancias que causaban una excesiva onerosidad en la prestación a cargo del concesionario y se trataba del “alea económica imprevisible”. La compañía estaba obligada a suministrar a la ciudad de Burdeos gas a razón de cierto precio por metro cúbico. Durante la Primera Guerra Mundial los ejércitos alemanes ocuparon la región carbonífera de Francia. El precio del carbón se elevó de un modo extraordinario: de 22 a 117 francos. La compañía solicitó a la comuna una indemnización que le fue negada. El Consejo de Prefectura resolvió que el pliego de condiciones era intangible, y por consiguiente, el gas debía suministrarse al precio estipulado, aun en detrimento de los intereses comerciales de la prestataria. Interpuesta apelación ante el Consejo de Estado, éste resolvió que no podía subsistir íntegramente el pliego, puesto que la economía del contrato se había alterado totalmente, pese a lo cual, en razón del interés general era imprescindible sostener el servicio público de alumbrado y calefacción de la ciudad. Declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal, que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes al contratar.

⁵³ Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad Contractual del Estado”(Bogotá: Jurídica Radar Ltda.- Actualidad Jurídica, 1987), 90 y 91

⁵⁴ Esteban Paredes Fredes, “Sobre la teoría de la Imprevisión”, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, primera edición, 2009, http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n, 4.

⁵⁵ José Luis Benavides, “El Contrato Estatal entre el derecho público y el privado” (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 2004, 439.

⁵⁶Esteban Paredes Fredes, “Sobre la teoría de la Imprevisión”, 2009, 5 y 6.

cuáles son los requisitos o condiciones de aplicación de esta teoría en el contrato administrativo:

1. Es aplicable en los contratos de tracto sucesivo. Los contratos de ejecución instantánea no podrían en razón de su poco tiempo de ejecución no podrían verse afectado por cualquier circunstancia sobreviniente, ya que generalmente la afectación viene con el tiempo.⁵⁷

2. Debe tratarse de circunstancias imprevisibles e imprevistas, lo cual quiere decir que estos acontecimientos deben responder a la característica de que las partes nunca podrían haber considerado que este tipo de hechos podrían suceder y afectar al contrato y por ello deben suscitarse en su etapa de ejecución.⁵⁸ Una condición accesoria a esta, las circunstancias imprevisibles deberán responder a la alea económica, que debe ser diferenciado del alea físico o del alea administrativo.⁵⁹

3. Las circunstancias ajenas a la actividad administrativa. Para la aplicación de la teoría de imprevisión, los acontecimientos que alteren el equilibrio financiero del contrato, no deben ser causados por la Administración, de forma directa o indirecta; estas deben responder a hechos de la naturaleza, fluctuaciones en el mercado o actividades de sujetos privados.⁶⁰ Es importante mencionar que las situaciones que sean causantes del desequilibrio en el contrato, deben haber surgido posteriormente a la celebración del mismo, caso contrario, implicaría que el contratista asumió la posibilidad de la existencia de dichos riesgos y por tanto debe enfrentarlos y asumirlos en solitario, sin que la Administración tenga obligación alguna de colaborar con este.⁶¹

4. Debe existir una grave repercusión contractual. Solo aquellas situaciones que afecten, de manera excesiva a la equivalencia de las obligaciones contractuales y provoquen una clara ruptura del equilibrio en el contrato, y que no provengan de ninguna de las dos partes, el contratista podrá solicitar la correspondiente

⁵⁷Ibíd, 6.

⁵⁸Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad Contractual del Estado”, 1987, 90.

⁵⁹José Luis Benavides, “El Contrato Estatal entre el derecho público y el privado, 2004, 439.

⁶⁰ Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad Contractual del Estado”, 1987, 90.

⁶¹ Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid:Edit. .La Ley, 2010), 183.

colaboración por parte de la Administración.⁶²Adicionalmente José Luis Benavides, señala que es necesario que el hecho sobreviniente afecte de forma directa a las obligaciones contractuales, debe existir por tanto una relación directa y estrecha entre el imprevisto y las prestaciones, lo cual se traducirá en que el contratista se ve obligado a soportar un aumento grave de los bienes y servicios necesarios en la ejecución del contrato sin que lo pueda evitar.⁶³

5. Deberá tratarse de un contrato oneroso y conmutativo⁶⁴. El primer concepto se refiere que por el cumplimiento de las obligaciones contractuales las partes tienen por objeto una utilidad y en cuanto al segundo, se refiere a que las partes deben tener obligaciones recíprocas de dar o hacer.⁶⁵

6. El hecho no debe impedir la ejecución del contrato. Como se ha mencionado anteriormente, los elementos sobrevinientes deben irrogar daño a las obligaciones, pero no las debe tornar inejecutables, por ello la postura de los doctrinarios es siempre que el Estado debe indemnizar parcialmente al contratista con miras a mantener vivo el contrato o como última opción extinguir algunas obligaciones contractuales sin que implique la modificación de la esencia del objeto contractual.⁶⁶

7. La imprevisión no puede ser alegada por la Administración. En referencia a esta característica, José Luis Benavides, señala, que el efecto dañoso debe irrogar un daño grave a la economía del contratista, causándole prácticamente la ruina, no debe consistir tan solo en una variación de su ganancia, por lo que el Estado con base al interés público le genera la obligación de indemnizarlo parcialmente para que el contratista se recupere económicamente y tenga la capacidad de ejecutar las

⁶²Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid: Edit. La Ley, 2010), 183.

⁶³ José Luis Benavides, “El Contrato Estatal entre el derecho público y el privado, 2004, 441.

⁶⁴ Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad Contractual del Estado” (Bogotá: Jurídica Radar Ltda.-Actualidad Jurídica, 1987), 91.

⁶⁵Conceptos tomados del Código Civil Ecuatoriano:

Art. 1456.- Contrato Oneroso.-“cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”

Artículo 1457.- el contrato oneroso puede ser conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.”

⁶⁶Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad Contractual del Estado” 1987, 92.

obligaciones contractuales.⁶⁷ Cabe señalar que la ayuda que prestará el Estado, al ser parcial, corresponderá al daño emergente, más no al lucro cesante.⁶⁸

Por último, respecto de la posición ecuatoriana ante la teoría de la imprevisión, deberemos decir que la misma no se refleja explícitamente por ninguna norma de carácter público o privado, más si por la jurisprudencia, que en el caso del derecho administrativo, la Corte Suprema de Justicia señala que “cuando el equilibrio económico o financiero del contrato es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se tornan aplicables principios administrativos como el de la imprevisión [...]”⁶⁹

2.2. Hecho del Príncipe

El hecho del príncipe denominada también *factum principis*, lleva consigo la afectación al contrato por actuaciones provenientes de la Administración. En este contexto, existen opiniones contrapuestas respecto a los alcances de esta teoría. Miguel Loya del Río, considera que el hecho del príncipe engloba: los cambios realizados por la entidad contratante (que es en sí la Administración), de manera directa a las obligaciones establecidas en el contrato (*ius variandi*) y aquellas decisiones de provenientes del Estado, de carácter general que pueden alterar las condiciones contractuales⁷⁰, esta posición también es sostenida por Vedel⁷¹, ya que tiene una influencia del derecho francés.

⁶⁷Ibíd., 93.

⁶⁸ Miguel Loya del Río, “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato (Madrid:Edit. La Ley, 2010), 183.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009. Además, el ex-Tribunal Constitucional ha reconocido también la teoría de la imprevisión como una fórmula aplicable en los contratos administrativos: “[e]l análisis conduce a excluir cualquier formulación sobre la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, así como la recurrencia a teorías y principios relativos a la imprevisión o de las que tienen que ver con el equilibrio contractual, todas ellas dignas de valoración en el caso concreto de una controversia judicial específica sobre obligaciones contractuales [...]”; citada por Diana Páez Salgado en su trabajo de Tesis “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador”, Universidad San Francisco de Quito, 2012,44.

⁷⁰Miguel Loya del Río “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, El equilibrio económico-financiero del contrato”2010, 184.

Por su parte, Eduardo García de Enterría⁷² conjuntamente con Gaspar de Ariño⁷³, comparten la posición de que las actuaciones de tipo general no referidas al contrato específicamente como reglamentos, ordenanzas, resoluciones generales, también forman del hecho del príncipe, porque aunque no sea de manera directa irrogan un daño específico al contratista.

Y por último, desde otra posición Roberto Dromi, considera que el hecho del príncipe se circunscribe a la actuación de cualquier autoridad que forme parte del Estado, pero que no sea de la entidad contratante, cuya repercusión es la modificación de las obligaciones contractuales.⁷⁴

Al igual que la anterior teoría, el *factum principis*, para su aplicación debe contar con algunas características⁷⁵:

- Si las medidas (económicas) son de carácter general, no deben tener vínculo directo con el contrato, pero deben causar el rompimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.
- Debe ser imprevisible. Siempre deberá provenir de la Administración y deberá presentarse en la etapa de ejecución del contrato.
- Debe existir nexo causal entre el contrato y el acto de la Administración que lo afecte.
- El acto del Estado debe ser especialmente dañoso y singular hacia el contrato y debe ser susceptible de evaluación, para que pueda ser calculada la compensación al contratista, en términos justos.

Por último, las repercusiones del hecho del príncipe, de acuerdo a Miguel Loya del Río⁷⁶, son las siguientes:

⁷¹Georges Vedel en su obra “Derecho Administrativo”, señala que el hecho del príncipe “consiste en cualquier actuación de la entidad contratante relacionada o no con el contrato pero que afecte sus condiciones.”

⁷² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, (Madrid: Editorial Civitas), 1982,731

⁷³ Gaspar Ariño, “La reforma a la Ley de Contratos del Estado”(Madrid: Unión Editorial, 1984), en Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad contractual del Estado” (Bogotá: Jurídica Radar Ltda. – Actualidad Jurídica, 1987), 88.

⁷⁴Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad contractual del Estado”(Bogotá: Jurídica Radar Ltda. – Actualidad Jurídica, 1987), 88.

⁷⁵ Miguel Loya del Río “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, 2010, 181.

- Si el rompimiento del equilibrio económico – financiero del contrato corresponde a una modificación del contrato en uso de la facultad de modificación unilateral del Estado (*ius variandi*), la indemnización o reparación del contratista, debe ser integral (lucro cesante y daño emergente).
- Si por el contrario, la modificación en el contrato se da como resultado de un acto de carácter general, como la incidencia se da de manera indirecta, la reparación debe ser parcial, reconociéndole al contratista el daño emergente.

En el Ecuador, se aplica la teoría del hecho del príncipe ya que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación reconoce la figura del reajuste de precios, como una medida de compensación al contratista por los actos que puedan venir de la Administración que de manera general o específica afecte a las obligaciones contractuales; incluso en la normativa específica referente a los contratos petroleros se aplica el reajuste económico por modificaciones en la política y normativa laboral, contractual y tributario.⁷⁷

2.3. Caso fortuito y fuerza mayor

Estas dos figuras pertenecen específicamente al derecho privado, pero al igual que ciertas teorías y principios antes abordados su uso ha sido extendido al derecho privado. La razón por la que abordaremos estas figuras, es porque son utilizadas tácitamente en la normativa ecuatoriana, referente a la contratación estatal.

Respecto del caso fortuito y fuerza mayor, existen posiciones contrapuestas; en este sentido tratadistas como Giorgi, Demolombe, Demogue, entre otros mantienen que de acuerdo a la corriente romanista estos dos términos son sinónimos ya que ambos se traducen en hechos extraños, cuya ocurrencia no es culpa de las partes y que su repercusión en las obligaciones contractuales es que las partes son eximidas de la ejecución de dichas responsabilidades. Esta posición guarda también el derecho francés

⁷⁶ Miguel Loya del Río “Cuaderno de Derecho para Ingenieros Contratación Pública”, 2010, 182.

⁷⁷Diana Páez Salgado en su trabajo de Tesis “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador”, Universidad San Francisco de Quito, 2012, 40.

definiendo al caso fortuito y la fuerza mayor como “todo suceso que no se puede prever o aquel que no se puede resistir aún cuando se hubiese previsto.”⁷⁸

En contraposición a esta postura, Jorge Jiménez Bolaños, establece que autores como Montés Penadés, señalan que si existen diferencias conceptuales entre la fuerza mayor y el caso fortuito, desde varias ópticas:

- Desde el evento: la fuerza mayor responde a hechos de la naturaleza, mientras que el caso fortuito a hechos realizados por el hombre.
- Imprevisibilidad e inevitabilidad: El caso fortuito es imprevisible por más diligentes que sean las partes. La fuerza mayor es un acontecimiento que aunque fuera previsto es inevitable.
- Lugar del evento: el caso fortuito se origina dentro de las partes contractuales (*ius variandi* por ejemplo); mientras que la fuerza mayor es fuera de la relación contractual.⁷⁹

Para complementar esta posición, Josserand y Adolfo Exner realizan claramente las diferencias entre caso fortuito y fuerza mayor, de igual forma desde varias aristas:

“[...]A la causa del acontecimiento, o sea, el caso fortuito concierne a hechos provenientes del hombre; en cambio la fuerza mayor toca con los hechos producidos por la naturaleza; b) A la conducta del Agente, esto es, al paso que el caso fortuito es la impotencia relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta; c) A la importancia del acontecimiento, vale decir, que los hechos más destacados y significativos constituyen casos de fuerza mayor y los menos importantes, casos fortuitos; d) Al elemento que lo integra, por cuanto el caso fortuito se estructura por ser imprevisible el acontecimiento y, en cambio, la fuerza mayor por la irresistibilidad del hecho; y, e) A la exterioridad del acontecimiento, o sea, el caso fortuito es el suceso interno que, por ende, ocurre dentro de la órbita de la actividad del deudor o del agente del daño; la fuerza mayor consiste en el acontecimiento externo y puramente

⁷⁸ Alberto Coustasse Del C y Fernando Iturra, “El caso fortuito ante el Derecho Civil” (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958), 67.

⁷⁹ Jorge Jiménez Bolaños, “Caso Fortuito y Fuerza Mayor. Diferencia Conceptual” Revista de Ciencias Jurídicas No. 123, Universidad de Costa Rica, 2010, 86 y 87.

objetivo. Y, algunos de los que se ubican en este criterio, no le concede efecto liberatorio de responsabilidad al caso fortuito sino a la fuerza mayor [...]"⁸⁰

Bajo estas concepciones, sobre las cuales estoy de acuerdo, existe realmente diferencias importantes entre el caso fortuito y la fuerza mayor, cuya importancia radica sobre todo en las repercusiones de su aplicación pues, aparentemente, mientras el caso fortuito no se constituye en un eximente para el Estado la fuerza mayor si lo es. Gaspar Ariño⁸¹ al respecto señala que incluso ni siquiera la fuerza mayor debería eximir al Estado de responder el daño irrogado al contratista, pues pesa sobre el contratista, demasiadas cargas que pueden quebrar su economía.

El Ecuador, frente al caso fortuito y la fuerza mayor, guarda una estrecha relación con el derecho chileno, tomando a estas dos figuras como dos acepciones similares. Cabe rescatar también que al igual que otros países de la región, estas dos figuras en el Ecuador no han sido desarrolladas, más allá de lo establecido en el Código Civil⁸², pero como lo afirma el mismo Gaspar Ariño, debemos hacernos una pregunta ¿con base en estos conceptos, sean unidos o separados, quien nos dice si está bien o no aplicados sus alcances? Este es un grave problema porque aquí es cuando toma una gran importancia los juzgados y tribunales, ya que las partes prefieren judicializar el problema y contar con una sentencia que establezca como se han de aplicar las figuras a su caso concreto, lo cual se constituye en una medida poco eficaz debido a la duración del proceso contencioso administrativo.

3. Clasificación de los riesgos

Para hablar de la clasificación de los riesgos contractuales, debemos en primer lugar tratar la teoría de los riesgos o la de responsabilidad sin culpa, la cual nació al final del siglo XIX, en contraposición a la clásica teoría de la responsabilidad basada en la culpa. Respecto a esta teoría, el tratadista Augusto Borrero, señala que esta se implantó, como parte del derecho civil, en la época de la revolución industrial, cuando

⁸⁰ Página web Gerence.com, "Fuerza mayor o caso fortuito" <http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html>

⁸¹ Gaspar Ariño, "La reforma a la Ley de Contratos del Estado" (Madrid: Unión Editorial, 1984), en Luisa Fernanda Mejía, "La responsabilidad contractual del Estado" (Bogotá: Jurídica Radar Ltda. – Actualidad Jurídica, 1987), 97.

⁸² Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

se inició el desarrollo tecnológico, en la cual se dieron accidentes con las nuevas maquinarias por lo que al no saber las causas, la culpa se volvió un concepto sumamente subjetivo, creándose entonces la teoría del riesgo.⁸³

Según el mismo autor, a través de esta teoría se trata de atribuir al riesgo a quien lo creó, más no a quien lo sufre; pero ante la imposibilidad de determinar el culpable, esta teoría plantea el prescindir la culpa como característica de esta responsabilidad, por lo que solo se debe tomar en cuenta el perjuicio, el nexo causal entre lo realizado por el que irrogó el evento dañoso y el perjuicio causado, traduciéndose en una responsabilidad objetiva a través de la demostración del daño material causado.⁸⁴

Es así que, esta teoría conforme lo afirma Dayana Rengifo⁸⁵, “nació como la respuesta justa y equitativa del ordenamiento jurídico [...] al no poder la víctima materialmente probar la culpa, nace entonces, la responsabilidad objetiva como forma de poder indemnizar a las personas que sufrían un daño, teoría que ha venido evolucionando pero que guarda el mismo fundamento, esto es, que el demandante no debe probar la culpa.”, y en este punto el doctrinario Julio Inocencio Meléndez, reflexiona respecto de los riesgos, estableciendo que siempre han existido, existen y existirán; no se pueden prever con total certidumbre, pero se pueden mitigar; el manejar el riesgo es un negocio, ya que las condiciones para prevenirlo o mitigarlo deben ser negociadas entre las partes y que la ocurrencia de cualquier riesgo afecta a las partes.⁸⁶

Partiendo de esta reflexión, la doctrina establece que hay riesgos que se pueden prever y aquellos que no lo son:

3.1. Riesgos previsibles

Los riesgos previsibles “se consideran todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan

⁸³ Augusto Borrero Ramírez, “Teoría de las Obligaciones”, Tomo I (Medellín: Editorial: Esparta, 2003), 307.

⁸⁴ *Ibíd.*, 311.

⁸⁵ Dayana Rengifo Flores, Trabajo de Tesis “Teorías de los riesgos previsibles en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales”, Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, Bogotá, 2015, 37.

⁸⁶ Julio Inocencio Meléndez, “La Responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los contratos estatales”, Tomo I, Régimen Patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009), 556.

en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos [...]”⁸⁷ es decir que, los riesgos previsibles se constituyen ciertas circunstancias que al tratarse de un determinado objeto contractual, su ocurrencia es prácticamente inevitable y por tanto, las partes pueden estar preparadas, determinando si la Administración, el contratista o las dos partes toman las acciones necesarias para mitigarlo y continuar con la ejecución del contrato. Ahora, Felipe de Vivero, acota una posición respecto de la teoría de los riesgos, y es que este plantea que no todos los riesgos deben ser materia de preocupación de las partes, sino aquellos que sean relevantes para la economía del contrato y por ende al equilibrio económico financiero del contrato y cuya incidencia se traduzca “en la pérdida que resulta de la diferencia de los resultados económicos esperados del contrato sin materialización del evento de riesgo y los que realmente se obtuvieron cuando este se materializó”.⁸⁸

En este contexto el tratadista Julio Meléndez, define a los riesgos previsibles, estableciendo que:

“Son aquellos en que por su naturaleza, contenido, alcance y frecuencia con los que ocurren existen frente a ellos evidencia de ocurrencia, dada la experiencia en el asunto. Previsible por la probabilidad alta de ocurrencia común porque son hechos reiterados en contratos de la misma tipología ordinarios porque es posible establecer su causa, efecto y es posible cuantificarlos, algunos de manera previa a su ocurrencia y otros con posterioridad. Estos tipos de riesgos se pueden identificar en la estructura del contrato, y es lo que conocemos como tipificación, es decir, riesgos directos, indirectos técnicos, etc. Igualmente se pueden distribuir entre contratante y contratista y se hace a través de los que conocemos como asignación de riesgo de manera exclusiva o compartida, teniendo en cuenta la parte que las puede controlar”⁸⁹

⁸⁷ Documento de la República de Colombia, Departamento Administrativo para la prosperidad Social, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cecilia de la Fuente de Lleras, Dirección de Contratación de 5 de septiembre de 2012, 13 fojas, 4,5.

⁸⁸ Felipe de Vivero Arciniegas, “Compendio de Reforma al Régimen de Contratación Estatal” mencionado por Dayana Rengifo Flores, Trabajo de Tesis “Teorías de los riesgos previsibles en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales”, Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, Bogotá, 2015, 38.

⁸⁹ Julio Inocencio Meléndez, “La Responsabilidad Contractual en el Derecho Público de los contratos estatales”, 2009, 569.

Complementando a la definición del riesgo previsible; el mismo autor señala que a través de la distribución de riesgos lo que las partes deben buscar es adentrar en el contrato todos los eventos imaginables que pudieren afectar su ejecución, que generen dificultades, encareciendo las prestaciones originales, teniendo por tanto posteriormente que establecer la parte que deberá enfrentar dicho evento grave, sumando a estos a las demás obligaciones que deberá cumplir como parte del contrato; adicionalmente recalca que, la parte que asuma el riesgo no podrá exigir a la otra indemnización alguna.

La República de Colombia, en su normativa legal, dispone bajo que consideraciones debe efectuarse la distribución de los riesgos preVISIBLES:

- Debe aplicarse correctamente el principio de planeación, lo cual significa que la entidad contratante debe ejecutar unos estudios exhaustivos respecto de las obligaciones contractuales referentes al objeto contractual, tomando en consideración los efectos dañosos que pueden inferir en dichas obligaciones.
- El proceso de estimación de los riesgos contractuales debe ser efectuado, valorado y complementado por el contratista.
- Cada una de las instituciones públicas deben adoptar dentro de sus documentos precontractuales una política de riesgos a través de una matriz que permita su identificación, valoración, asignación y mitigación.⁹⁰

Con relación al primer punto, el tratadista Álvaro Darío Becerra, manifiesta que la previsión de los riesgos no puede darse a través de augurios o criterio antojadizos, sino que debe responder a la ciencia, a la memoria histórica respecto de contrataciones similares y la capacidad del Estado y el contratista para enfrentarlos y soportarlos y recalca que los riesgos preVISIBLES deben considerarse todos aquellos eventos que a pesar de ser remotos pueden incidir en el contrato, dejando clara la idea de que deben ser pocos los eventos que se encuentren en el terreno de la imprevisión.⁹¹

Como conclusión, se pueden señalar que los riesgos preVISIBLES son todos los que las partes, sobre todo el Estado como contratante y responsable del establecimiento de

⁹⁰República de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. -CONPES 3714(01, diciembre, 2011) Riesgo Previsible en Contratación Pública <www.dnp.gov.co>

⁹¹ Álvaro Darío Salazar, “Los Riesgos en la Contratación Estatal”(Bogotá:Leyer, 2008), 17.

las obligaciones contractuales, con base en los estudios científicos puedan establecer como elementos que pueden alterar el equilibrio económico del contrato, por lo que es imprescindible establecer que para ello es necesaria la correcta intervención del funcionario público, ya que este debe tratar de imaginar y cubrir todos los eventos dañosos con la finalidad de que sus efectos sobre el contrato sean mínimos y que al determinar la parte contractual que se hará cargo de ella, exista una respuesta inmediata que permita mantener la ejecución de las obligaciones, logrando rescatar la economía contractual.

3.2. Riesgos no previsibles

Los riesgos no previsibles, contrariamente al otro grupo como su nombre lo indica, son aquellos que no pueden ser previstos y por ende no pueden ser tipificados, asignados, estimados y mitigados, porque se constituyen en acontecimientos que para las partes era casi imposible imaginar que podrían ocurrir y alterar la ejecución del contrato.⁹² Por tanto, este tipo de riesgos se encuentran dentro de los terrenos de la teoría de la imprevisión, que consiste en “circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, que afectan gravemente la economía del contrato, que no impiden su ejecución pero que obliga al contratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida para él.”⁹³ Es así que, como parte de la teoría de la imprevisión, y por ende los riesgos no previsibles se evoca a aquellos resultantes de la existencia de tres figuras que ya fueron tratadas con anterioridad la fuerza mayor, las sujeciones materiales y el hecho del príncipe.

Con referencia a la fuerza mayor, esta deberá operar siempre que los eventos dañosos no provengan de ninguna de las dos partes contractuales y que por lo tanto estas no tenían la posibilidad de poder diagnosticar su existencia con anterioridad, por ende estos no podrán haberse originado por quien sufre sus estragos; estos eventos deberán ser irresistibles de tal manera que torne inejecutable a las obligaciones, generalmente deberán provenir de la naturaleza y en algunas ocasiones de la mano del hombre. Por otro lado, las sujeciones materiales se refieren a condiciones geológicas del

⁹²Documento de la República de Colombia, Departamento Administrativo para la prosperidad Social, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cecilia de la Fuente de Lleras, Dirección de Contratación de 5 de septiembre de 2012, 13 fojas, 7.

⁹³ Juan Ángel Palacio Hincapié, “La contratación de las Entidades Estatales”, sexta edición (Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2010), 254.

terreno, que puede encontrar el contratista al ejecutar la obra, su característica deberá ser que estas pueden alterar gravemente la ejecución de las obligaciones más no tornarlas inejecutables y, por último, el hecho del príncipe, que corresponden a las decisiones emitidas por la autoridad pública, no encuadradas en el *ius variandi*, que afectan gravemente la ejecución del contrato, pero no lo vuelve inejecutable.⁹⁴

Según el mismo tratadista, todos estos eventos que (fuerza mayor, sujeciones materiales y hecho del príncipe), deberán cumplir ciertos parámetros de carácter general como son:

- Deben ser hechos excepcionales y futuros, acompañados de la total imposibilidad de poder preverlos.
- Debe afectar gravemente al contrato y que no haya podido ser previsto incluso en su suscripción, esto implica que no debe tratarse una simple pérdida de ganancia del contratista o aquellas pequeñas dificultades que corresponda al riesgo propio de todo negocio.
- No pueden haberse originado en las partes y además las partes no deben contar con la forma de cómo evitarlos.
- Estos deben ser de carácter temporal, excepto la fuerza mayor, que faculta las partes a solicitar la terminación del contrato.⁹⁵

Se puede concluir por tanto que, los riesgos imprevistos definitivamente para que lo sean deben ser eventos totalmente ignorados por el Estado y el contratista, que a través de la información con la que puedan contar no hayan podido dilucidar su posible existencia y afectación, así también Palacio Hincapié, señala que por lo general estos eventos imprevistos, deben alterar la economía del contrato y será la Administración la que deberá solucionar este desfase indemnizando total o parcialmente al contratista, pero estableciendo que la fuerza mayor si es un elemento que si bien no exime, puede terminar con la ejecución del contrato, ahora la conveniencia o no de la terminación le

⁹⁴Juan Ángel Palacio Hincapié, “Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho” (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005), 9 y 10.

⁹⁵Juan Ángel Palacio Hincapié, “La contratación de las entidades estatales”, 6 ed., (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010), 429-431.

corresponde, bajo mi punto de vista a la entidad contratante, ya que ella representa al interés público, que se encuentra sobre cualquier interés particular.

4. Tipificación de los riesgos

Una vez que se hemos concluido con las bases que nos permitan dilucidar, de manera general cuáles son los eventos que las partes deben establecer como previsibles o imprevisibles, de acuerdo a la doctrina, es necesario que entremos propiamente al proceso de distribución de riesgos, dentro la cual la tipificación es su primera etapa.

Conceptualización

Según Roque Luis Conrado, la tipificación consiste en la identificación de los acontecimientos dañosos, establecer los elementos que los configuran logrando una individualización de los mismos. Este proceso debe llevarse a cabo en dos momentos: el primero, en la etapa preparatoria, cuando en solitario la entidad contratante elabora los pliegos y en la etapa precontractual, cuando interviene el oferente (futuro contratista) y lo realizan de forma conjunta.⁹⁶

Por su parte para Becerra, la tipificación consiste en “describir las diversas situaciones que, se piensa, constituyen el riesgo; en otras palabras señalar los hechos de la humanidad o de la naturaleza que en un futuro pueden ocasionar daño para la estructura económica del contrato”⁹⁷ Así también, en concepto más amplio, se deberá entender por tipificación “es el proceso de caracterización de los riesgos que puedan preverse en las diferentes etapas del contrato, agrupándolos dentro de diferentes clases que presenten características similares. Así la tipificación de los riesgos previsibles podrá consistir en la identificación de los distintos riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato e incorporación en una clase, si ella existe.”⁹⁸

Para José Alejandro Sánchez, la tipificación consiste en que con base a los estudios que realiza la entidad contratante, se permita determinar cuáles son los riesgos

⁹⁶Roque Luis Conrado Imitola, “Los principios en la contratación estatal”, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 105.

⁹⁷Álvaro Darío Becerra Salazar “Los riesgos en la contratación estatal” (Bogotá: Leyer, 2008), tomado por Dayana Rengifo Flórez, en su trabajo de tesis, “TEORÍA DE LOS RIESGOS PREVISIBLES EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES”, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2015, 54.

⁹⁸República de Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Documento sobre los riesgos contractuales elaborado por la Dirección de Contratación Pública, 2012, 8.

que pueden afectar al contrato. La Administración, bajo el principio de planeación, deberá incluir la lista de los riesgos que deberán ser repartidos entre el Estado y el contratista, dentro de los pliegos de contratación, luego de ello se procederá a la negociación de las condiciones y cuál de las partes será el responsable de cada uno de los riesgos de forma intransferible y destaca que la Administración, de manera general, siempre tendrá la administración los riesgos.⁹⁹

En este marco, con base en la memoria histórica de las contrataciones, basada sobre todo en los inconvenientes que ha tenido la contratación estatal, el Consejo Nacional de la Política Económica y Social de la República de Colombia, señala que los riesgos que en mayor medida inciden en las contrataciones estatales, son los que se han agrupado de la siguiente manera:

4.1. Riesgos económicos:

“Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.”¹⁰⁰

Para Rafael Dickson Morales, estos incluye todas las modificaciones políticas en el sector cambiario, comercial, competencia, financiamiento, cambios y ajustes tarifarios y tributarios.¹⁰¹

En el caso del Ecuador, un riesgo económico muy común, son los cambios de política tributaria, como por ejemplo el incremento de los dos puntos del Impuesto al Valor Agregado IVA, lo cual comportaría un encarecimiento de los materiales de construcción de un contrato de obra; en este caso Ernesto Matallana¹⁰², plantea la posibilidad de que este tipo de riesgo sea incluido en el pliego, señalando que en la propuesta del oferente debe estar incluido el valor de la política tributaria ya

⁹⁹

¹⁰⁰ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 20.

¹⁰¹ Rafael R. Dickson Morales, “ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN REPÚBLICA DOMINICANA: UN CRITERIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN”, Universidad A. Coruña, 8.file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/rafael-dickson-morales%20RIEGOS.pdf.

¹⁰²Ernesto Matallana Camacho, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015,333.

implementada, siempre que esta haya sido dictada por el Estado antes de la presentación de la oferta.

4.2. Riesgos sociales o políticos

“Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. También suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí, el Gobierno y la población, grupos de interés o la sociedad. Por ejemplo los paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad podrá acudir a las autoridades públicas competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales”, como la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Ministerio del Interior.”¹⁰³

En cuanto a este riesgo, cabe señalar que no es considerado por muchos tratadistas como relevante, pues su incidencia es extremadamente baja, a menos que dentro del país exista una gran conmoción interna. Ahora, en el Ecuador, sí han surgido pasajes en su historia política que nos permiten entender que existe la necesidad de que la Administración y el contratista valoren la incidencia de este tipo de riesgo ya que han existido grandes períodos de inestabilidad política que sin duda pusieron en crisis las contrataciones que se encontraban ejecución, pues un cambio de gobierno lleva consigo un cambio de visión en todos los aspectos, incluyendo el contractual.

4.3. Riesgos operacionales

Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato. Entre otros encontramos: la posibilidad de que el monto de la inversión no sea el previsto para cumplir el objeto del contrato. También se presenta la extensión del plazo, cuando los contratos se realizan en tiempos distintos a los inicialmente programados, por circunstancias no imputables a las partes. También se pueden presentar por la no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológico. No se

¹⁰³República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 20.

consideran parte de estos riesgos “las especificaciones o materiales incorrectos, fallas en embalaje, manipulación, transporte o descarga del bien suministrado, insuficiencia de proveedores, pérdidas o destrucción de los bienes a suministrar, daño, hurto o pérdida de materiales o equipos para la ejecución del contrato, obtención o renovación de licencias o permisos.”¹⁰⁴

Generalmente, este tipo de riesgos tienen incidencia en los contratos de ejecución de obra pública, en la cual el concesionario debe operar la infraestructura, en este sentido, en el Ecuador, se han celebrado varios contratos de concesión de vialidad, en los cuales los riesgos operacionales se constituyen en el mantenimiento adecuado de las carreteras para lo cual debía la empresa concesionaria adquirir la maquinaria y contratar el personal necesario para la prestación óptima del servicio público y la explotación adecuada de los bienes (carreteras) que le permitan recuperar su inversión, pero asumiendo todos los costos.¹⁰⁵

4.4. Riesgos financieros

“Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras. El primero se refiere a la dificultad de conseguir recursos financieros, ya sea en el sector financiero o el mercado de capitales para lograr el objetivo del contrato. El segundo hace referencia los términos financieros de dichos recursos, entre estos encontramos plazos, tasas, garantías, contragarantías, refinanciaciones, entre otros.”¹⁰⁶

Estos riesgos inciden esencialmente cuando es explícita la incapacidad del Estado para afrontar el costo del contrato (generalmente de infraestructura) y acude a solicitar al propio contratista las fuentes de financiamiento¹⁰⁷, en el Ecuador existen

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 21.

¹⁰⁵ Ernesto Matallana Camacho, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015,337.

¹⁰⁶ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 21.

¹⁰⁷ Ernesto Matallana Camacho, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015,338.

algunos casos, entre ellos el contrato de concesión suscrito entre la Autoridad Portuaria y la empresa Contencon S.A., para el dragado de acceso al puerto de Guayaquil.¹⁰⁸

4.5. Riesgos regulatorios

“Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que siendo previsibles, afecten al equilibrio contractual. Por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en los regímenes especiales (regalías, pensional), planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.”¹⁰⁹

Cabe señalar que este riesgo es bastante amplio, pues las regulaciones pueden ser de cualquier índole, que pueden afectar la ejecución de las obligaciones contractuales, por ejemplo en el Ecuador, el Municipio de Quito, expidió una ordenanza posterior a la No. 123 que regula el tema de contaminación acústica, refiriéndose al sonido que deberán tener las cornetas implementadas para dar aviso acerca de una erupción volcánica. Este cambio se lo realizó justamente cuando en el cantón Alangasí se había contratado la instalación y funcionamiento de estos elementos, causando un retraso en la ejecución debido a que como fue una norma que entró en vigencia en la etapa pos contractual y las bocinas debieron ser cambiadas.¹¹⁰

4.6. Riesgos de la naturaleza

“Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque puedan ser previsibles por su presencia y diagnóstico están fuera de control de las partes.” Al igual que los riesgos sociales o políticos se puede acudir a instituciones públicas que puedan tener información respecto de eventos de la naturaleza que pueden ocurrir, en el caso del Ecuador por ejemplo a la Secretaría de Riesgos, pero es necesario también entender que existen riesgos de este tipo, cuya

¹⁰⁸Ecuadorinmediato.com,edición 4356,

http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=wap_news_view&id=2818749213
“Correa dice que el Cabildo y el puerto paguen el dragado”

¹⁰⁹ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 21.

¹¹⁰Diario El Comercio, “En el Valle de los Chillos se instalaron tres torres del sistema de alerta temprana por la actividad del Cotopaxi”, 29 de septiembre de 2015, <http://www.elcomercio.com/actualidad/quito-cotopaxi-sistema-alertatemprana-loschillos.html>

ocurrencia es imposible de determinar incluso por parte de las instituciones que se dedican a su estudio, por los que caerían en el terreno de la imprevisión.¹¹¹

Para tratadistas como Ernesto Matallana, este tipo de riesgos se denominan también “riesgos asociados con la fuerza mayor y caso fortuito”¹¹² que para este, comporta la existencia de hechos sobrevinientes cuya probabilidad de ocurrencia e impacto en el contrato son altos. En el caso del Ecuador, podríamos tomar como ejemplo los contratos de obras que se celebrarán para reconstruir las edificaciones que se destruyeron por el terremoto ocurrido el 16 de abril de 2016, pues en las zonas afectadas siguen ocurriendo réplicas que pueden afectar la ejecución de nuevas construcciones y a pesar de no poder predecir exactamente su probabilidad de ocurrencia, puede ser asignado y prevenir sus efectos adversos.

4.7. Riesgos ambientales

“Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y el uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por la mala gestión de la licencia ambiental y/o plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado no siendo imputables a las partes.”¹¹³

Estos riesgos ambientales, en el Ecuador, han sido materia de disputas de carácter internacional que, generalmente, se han originado por los contratos de explotación petrolera suscritos por el Ecuador y empresas petroleras como Chevron Corporation al no haberse establecido claramente las exigencias de planes de manejo ambiental y las acciones de remediación, cuya incidencia es alta en sectores como el oriente ecuatoriano, en la cual la fauna, la flora y sobre todos los ciudadanos pueden verse gravemente afectados por la explotación petrolera.

¹¹¹ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 22.

¹¹² Ernesto Matallana Camacho, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015,338.

¹¹³ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “DEL RIESGO PREVISIBLE EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, diciembre 2011, 22.

4.8. Riesgos tecnológicos

“Se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimientos de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato así como la obsolescencia tecnológica.”¹¹⁴

Este tipo de riesgos, generalmente deben ser considerados en contratos de obra o servicios, en la cual los trabajos tienen un alto componente de carácter tecnológico. En el Ecuador, respecto de este riesgo se puede tomar como ejemplo los contratos de sistemas informáticos complejos que deben ser compatibles a tecnologías ya existentes, tal es el caso de la adquisición e implementación de un servidor blade que soporte la red tecnológica de una institución o de varias instituciones, cuyas cuantías no suelen ser grandes pero si considerables.

5. Asignación y estimación de los riesgos

Continuando con las siguientes etapas de la distribución de riesgos contractuales, una vez que se encuentran definidos los posibles riesgos que puedan afectar a la ejecución contractual, de acuerdo a la naturaleza del objeto del contrato, se debe proceder a asignar y estimar los mismos.

5.1 Asignación de riesgos

5.1.1 Concepto

El asignar los riesgos, según Roque Luis Conrado se traduce en determinar bajo quien estos se sitúan, dependiendo de las actividades que realicen cada una de las partes, se deberá saber a quién se le debe atribuir.

Para el CONPES, la asignación es “es el proceso de distribuir los riesgos de acuerdo con la capacidad de cada una de las partes para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo [...]

¹¹⁴ *Ibíd.*, 22.

Esta asignación, al incluir los riesgos previsibles dentro de la ecuación contractual, permite dar un tratamiento específico a los mismos, suprimiendo la posibilidad de alegar posibles alteraciones al equilibrio económico.”¹¹⁵

José Alejandro Sánchez menciona que la asignación consiste esencialmente en una negociación entre el Estado y el contratista, con base a los estudios realizados por el primero, pero que pueden ser modificados o reafirmados de común acuerdo entre las partes, aunque se debe tomar en cuenta que, al momento en el oferente presentó su oferta, este se adhiere a los riesgos establecidos en una aceptación tácita, sobre la cual no puede existir reclamo alguno, mucho menos alegar el desequilibrio económico del contrato ante la incidencia de uno de los riesgos propuestos.¹¹⁶

5.1.2. Criterio para la asignación de riesgos

Según Roque Luis Conrado, “la asignación de riesgos debe ser 'técnicamente objetiva', con claridad y precisión, y en donde no se atribuya un riesgo que no corresponda con la realidad de las circunstancias de la obra, en virtud de que sería contrario al principio de transparencia, si se le atribuye un riesgo a la entidad que no le compete; se podría además estar incurso en un posible detrimento patrimonial, debido a que asume y paga unos valores que no le correspondería asumir.”¹¹⁷

De esta manera, para evitar una inequitativa o inadecuada asignación de los riesgos contractuales, es necesario tomar en cuenta que los riesgos deberán ser asumidos:

- Por la parte que esté en mejor disposición para evaluarlos, controlarlos y administrarlos,
- Por la parte que disponga del mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base a estos principios y en las características de los proyectos se

¹¹⁵República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, 28.

¹¹⁶ José Alejandro Sánchez, “Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública”, (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia), 2012, 42.

¹¹⁷ Roque Luis Conrado, “Los principios en la contratación estatal, 105.

debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos en los proyectos.¹¹⁸

Las entidades contratantes para asignar los riesgos contractuales, como primer paso deben identificar los mismos, tipificarlos y ver si la Administración o el contratista tiene la capacidad de enfrentarlo de mejor manera., tomando en cuenta que la herramienta fundamental para una correcta identificación y posterior asignación o distribución de los riesgos es el contar con la información técnica, jurídica y económica actualizada y completa del proyecto a emprenderse.¹¹⁹

Por su parte, Posner y Rosenfield¹²⁰, establecen que existen principios para una asignación eficiente de los riesgos, que son:

- Debe asumir el riesgo la parte que está en mejor posición para prevenir la materialización del riesgo.
- Debe asumir el riesgo la parte que esté en mejores condiciones para minimizar la pérdida antes que ocurra.
- Debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para mitigar la pérdida una vez que esta haya ocurrido, aun sino puede prevenir la ocurrencia del siniestro.
- Debe asumir el riesgo la parte que está en mejores condiciones para tomar un seguro o auto asegurarse contra el riesgo residual o remanente.

De estos principios, que en esencia son similares a los planteados anteriormente, se puede colegir que para asumir la asignación de un riesgo, las partes deben verificar primero su capacidad de autoprotección ante este, incluyendo los efectos dañosos directos y residuales que de él se desprendan y también la forma en que su existencia incide en la economía del contrato. Se puede entender también, de acuerdo a estos dos tratadistas, que la idea de la asignación del riesgo no es solo mitigarlo sino que

¹¹⁸República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, 28.

¹¹⁹ República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, 29.

¹²⁰Posner R. y Rosenfield, A. Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis, en V. Goldberg Ed. Reading in economics of contractlaw, 1997, p. 211. Citado por Uribe Evamaría, La valoración del riesgo en la contratación administrativa, (Bogotá, Universidad de los Andes), 2010, p. 243.

prevenirlo, así que las partes contractuales no solo deben tomar medidas de administrar el impacto sino la probabilidad de ocurrencia del riesgo.

Adicionalmente, el Consejo Nacional de la Política Económica y Social de la República de Colombia, señala que para una correcta asignación se deberá tomar en cuenta los siguientes lineamientos:

- Se debe considerar el tipo y modalidad del contrato para realizar la transferencia de responsabilidades al contratista, porque existen algunas cuyas responsabilidades correspondientes al alea normal del contrato, significan un enorme riesgo para el contratista.
- La transferencia de los riesgos debe hacerse con en la medida que se cuente con toda la información necesaria para aplacar a estos.
- La asignación de los riesgos al contratista debe hacerse con base a su capacidad de administración y a través de la toma de medidas de aseguramiento del proyecto por su parte, como la contratación de seguros.
- El riesgo cuando se lo transfiere debe ser claro y preciso, obviando todo término abstracto a ambiguo, que pueda descalabrar el proceso de distribución del riesgo, porque se incluir algo que definitivamente no es previsible, causando un daño patrimonial.
- Por último, no se debe restringir el derecho del contratista a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico financiero, pues se debe recordar que existen otro tipo de riesgos que no son previsibles y pueden ocurrir afectando la conmutatividad del contrato.¹²¹

Así mismo dentro de este documento, el mencionado Consejo, con base a la clasificación de los riesgos antes realizada, una propuesta de cómo se debería asignar los riesgos contractuales, pero aclara que la entidad contratante deberá ser la que con base a los estudios propios del objeto contractual deberá determinar la transferencia adecuada de cada uno de los riesgos:

¹²¹República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, 30.

- **Riesgos económicos:** de manera general, el contratista debería asumir este riesgo porque se supone que cuenta con la información suficiente y con las condiciones necesarias para llevar a cabo el objeto de la contratación, a parte de su experticia en el manejo del mercado.

En el Ecuador, uno de los riesgos económicos que incidió en las contrataciones estatales fue el cambio de moneda, que encareció extremadamente la contratación estatal, lo cual desencadenó a aplicación de indemnizaciones parciales por parte del Estado ecuatoriano hacia los contratistas, ya que el sucre al tener un valor adquisitivo mucho menor que el dólar, hizo que el pago pactado en favor del contratista resulte totalmente irrisorio, lacerando en gran medida su patrimonio, si este resolvía continuar con la contratación.

Existen riesgos económicos, como por ejemplo la devaluación de la moneda, que en el Ecuador no puede pasar debido al uso del dólar, pero es una situación muy común en los contratos administrativos que puede ser asumida por el contratista, pues se supone que este estudió la devaluación de la moneda al momento de presentar su oferta por lo que la entidad contratante no deberá reconocer ningún valor por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

En el Ecuador, el desdolarizar la economía y crear otra moneda, que permita cubrir la deuda del gobierno y el déficit existente, también traería consigo una consecuente devaluación de esta última y por tanto la baja en el valor adquisitivo de los dólares y el aumento de los costos de la materia prima, por lo que contractualmente tendríamos un escenario igual que cuando se implantó la dolarización, pues parte del patrimonio del contratista se esfumaría y los costos de ejecución sería demasiado altos, lo cual rompería la economía del contrato.

Riesgos Sociales o Políticos: deberán ser asignados a la Administración, ya que por lo general, estos provienen del Estado en su conjunto, o se generan por una decisión de este, que lacera indirectamente al contrato. Es necesario aclarar también que puede ser asignado parcialmente al contratista, siempre y cuando él tenga la obligación de garantizar también la prestación del servicio público

En el Ecuador, si se encuentra concesionada una obra pública y existen disturbios en dicha vía pública en la cual se destrazan las luminarias y el pavimento, el daño emergente será cubierto por la Administración, lo cual conlleva el resarcimiento económico de los daños y el lucro cesante por el contratista.

- **Riesgos Operacionales:** deben ser asignados al contratista, ya que se supone que cuentan con información suficiente y con la experticia para sobreponerse a estos, ya que son propias de la ejecución contractual.

En el Ecuador, es muy común por ejemplo el alza en ciertos bienes o servicios como el de provisión de combustibles, y si este tiene una alta incidencia un nivel medio de impacto y una probabilidad media de ocurrencia, será el contratista, como ejecutor de la obra o servicio el que deberá analizar y estudiar las condiciones del negocio, para establecer acciones internas que no afecten al contrato.

- **Riesgos Financieros:** por regla general, se considera que debe asignarse este tipo de riesgo al contratista porque cuenta con la información suficiente, respecto del objeto contractual y también respecto del comportamiento en el mercado.

En el Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la posibilidad de que las entidades realicen procesos de contratación, en la cual la fuente de financiamiento la deba suministrar el contratista, este es un riesgo de cajón que deberá asumir este en solitario, debido a que no será la responsabilidad de la entidad contratante si después de haber señalado que contaba con los fondos, los mismos no le fueron entregados. Este adicionalmente se configuraría como un incumplimiento.

Actualmente en el Ecuador se ha considerado tomar en cuenta las denominadas Alianzas Público Privadas, que se definen como “un modelo de gestión delegada por el cual el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, encomiendan a una empresa privada la ejecución de un proyecto público y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios, a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo”¹²², lo

¹²²<http://www.produccion.gob.ec/beneficiosapp/>

cual implica que al aportar todos los fondos de financiamiento o gran parte de ellos, es obligación propia e ineludible del contratista privado tomar las medidas que considere necesarias para aplacar todos los riesgos financieros que se deriven de la contratación, pues este deberá contar como parte de sus obligaciones con las fuentes de financiamiento necesarias para la ejecución del proyecto, tomando en cuenta que el Estado cumple un rol totalmente secundario en el cual solo exige y reconoce lo ofrecido y pactado.

- **Riesgos Regulatorios:** estos deben ser asignados de acuerdo al tipo de regulación que sea expedida que pueda afectar al contrato, por ejemplo si la regulación es de carácter técnico es lógico que sea asignada al contratista.

En el Ecuador, por ejemplo en los contratos de obra pública, el contratista puede verse afectado por la expedición de un reglamento emitido por el Ministerio del Ambiente, lo cual puede tener un impacto en la propuesta de ejecución realizada por el contratista, lo cual obligará a cambiar la forma de ejecución de las obligaciones, teniendo que dichos riesgos ser asumidos por la Entidad Contratante con una indemnización parcial y la consecuente ampliación del plazo.

- **Riesgos de la Naturaleza:** siempre y cuando el contratista cuente con la suficiente información para mitigar los embates de la naturaleza, de manera clara y precisa, los puede asumir éste.

Por otra parte, Ernesto Matallana considera prudente que sea una asignación compartida, porque al no saber a ciencia cierta la magnitud del embate de la naturaleza, implica de por sí que la probabilidad y el impacto sean altas. En este sentido el contratista y la Entidad Contratante deberán asumir los daños causados en la infraestructura y el contratista el lucro cesante y la imposibilidad de la reclamación de desequilibrio económico financiero del contrato.¹²³

- **Riesgo Ambiental:** “la asignación depende de la especificidad de cada proceso”. En el caso de los contratos petroleros (extracción de crudo), la mitigación (remediación ambiental) está a cargo del contratista.

¹²³ Ernesto Matallana Camacho, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015,338.

En el Ecuador, tenemos varios contratos de concesión para la exploración y explotación de petróleo, los cuales parecen adolecer de una inadecuada transferencia de los riesgos ambientales al contratista, que se produzcan como parte de las actividades petroleras. El contratista es el que deberá realizar la remediación ambiental porque en primer lugar debe cumplir el plan de manejo ambiental aprobado y en segundo lugar, la empresa es la que aplica la tecnología para la extracción del crudo que afecta al medio ambiente y ellos son los que deben desarrollar acciones para minimizar su impacto.

- **Riesgos Tecnológicos:** el contratista, generalmente, debería hacerse cargo de este tipo de riesgos porque se supone que cuenta con información suficiente respecto a los avances tecnológicos que puedan ser aplicables al objeto de la contratación.

En este tipo de riesgos, en el Ecuador, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al ser considerados los servicios de desarrollo tecnológico, en su esencia, como servicios de consultoría, podrían correr a cargo del contratista exclusivamente, ya que conoce las condiciones tecnológicas existentes pues están reflejadas en los pliegos y tanto en la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones o en la etapa de negociación pueden pulirse todos los aspectos técnicos necesarios. Ahora, también puede ser una asignación compartida pues debemos recordar que las entidades contratantes deben realizar los estudios previos que deben ser completos y actualizados sobre el tema que se desea contratar.

5.2. La estimación de los riesgos

5.2.1. Concepto

La estimación consiste en “hacer un cálculo estimado de su cuantificación, es decir valorar cuantitativamente su ocurrencia. Desde luego es una aproximación, la cual dependerá del tipo de obligación a asumir por la parte.”¹²⁴

En un concepto más amplio, el Consejo Nacional de la Política Económica y Social señala que la estimación “consiste en valorar la probabilidad de ocurrencia y el

¹²⁴ Roque Luis Conrado, “Los principios en la contratación estatal”, 105.

nivel de impacto de los riesgos que han sido tipificados y que teniendo en cuenta su materialidad, requieren una valoración, [...] La estimación es una técnica que permite dar una aproximación de la magnitud del riesgo previsible de acuerdo con su probabilidad e impacto.”¹²⁵

5.2.2. Criterios y procedimiento para la estimación de los riesgos

La estimación de los riesgos debe ser efectuada desde dos aspectos: cualitativo y cuantitativo. El aspecto cualitativo encierra la capacidad de determinar la probabilidad de ocurrencia del riesgo y el impacto que este causaría en las obligaciones contractuales, calificándolas con base en los parámetros: alta, media alta, media baja y baja.¹²⁶

La probabilidad es considerada “como una medida de la creencia o conocimiento que tiene acerca de la ocurrencia futura (o pasada) de un evento [...]”. Así mismo, el impacto “es la medida de la magnitud de sus consecuencias monetarias de un evento generador del riesgo sobre el objeto del contrato [...]”¹²⁷ Para establecer la probabilidad y el impacto que pueda generar un evento imprevisto, se debe contar con cierta información:

- “Series históricas,
- Análisis teórico,
- Experiencia relevante prácticas y experiencia de la industria o del sector,
- Publicaciones o noticias relevantes,
- Opiniones y juicios de especialistas y expertos,
- Estudios técnicos Informes emitidos por las entidades competentes.”¹²⁸

En cuanto al impacto, el Consejo Nacional de la Política Económica y Social de Colombia, se establece que el impacto se mide de la siguiente manera:

¹²⁵ República de Colombia, Consejo Nacional de la Política Económica y Social 31704, 22.

¹²⁶ *Ibíd.*, 24.

¹²⁷ *Ibíd.*, 24.

¹²⁸ República de Colombia, Consejo Nacional de la Política Económica y Social 31704, 27.

- Alta: afecta de sobremanera al contrato, generando incluso la inejecutabilidad del mismo, corresponde al porcentaje 30% sobre el valor del contrato.
- Medio-Alto: afecta considerablemente al contrato pero no lo torna inejecutable, corresponde entre el 15% y el 30% sobre el valor del contrato.
- Medio-Bajo: afecta el contrato de manera moderada, corresponde al porcentaje de entre el 5% al 15% sobre el valor del contrato.
- Bajo: dificulta la ejecución del contrato de forma leve y corresponde al 15% del valor del contrato.

La valoración cuantitativa, consiste en la aproximación numérica de dichos riesgos con base a la valoración cualitativa efectuada con anterioridad, es decir que a través de este método se puede medir el costo económico del riesgo y su incidencia en la economía de las partes. Este al igual que la valoración cuantitativa debe echar mano de la experiencia en contratos similares, el sector al cual pertenece el objeto contractual y los estudios técnicos realizados por instituciones al respecto.¹²⁹

5.3. Mitigación

La mitigación es la última fase o paso respecto de la distribución de los riesgos y como tal esta comprende las medidas que se tomarán las partes contractuales para atenuar las repercusiones de los riesgos, manteniendo la ecuación económico-financiera del contrato. Estas decisiones deben ser definidas antes de la adjudicación y firma del contrato, es decir, deben constar como parte de los documentos precontractuales, con base a los acuerdos a los que las partes llegaron en referencia a la distribución de los riesgos, pero también debe constar dentro de la redacción del contrato principal, ya que una vez que han sido distribuidos los riesgos dañosos, sean que sucedan o no, son parte de las obligaciones recíprocas aceptadas por el Estado y el contratista.

En la República de Colombia, por parte del contratista, una de las medidas más comunes es la contratación de pólizas de seguro, ante ciertas eventualidades, sobre todo

¹²⁹República de Colombia, Consejo Nacional de la Política Económica y Social 31704, 27.

aquellas que provienen de la naturaleza y de la fluctuación de los valores en el mercado.¹³⁰

5.4. La tipificación, asignación, estimación y mitigación de los riesgos, dentro del proceso administrativo del contrato estatal.

Por último, es necesario realizarnos una pregunta, ¿En qué etapa del proceso del contrato estatal deben establecer la tipificación, asignación, estimación y mitigación de los riesgos?

Del estudio respecto de los riesgos contractuales, se puede establecer que se deben considerar la existencia de estos eventos dañosos desde que inicia el proceso de contratación, es decir que, es obligación de la entidad contratante, dentro de la elaboración de los estudios previos, correspondientes a la etapa preparatoria, realizar la tipificación, estimación y asignación parcial de los riesgos contractuales. Adicionalmente, conforme lo señala Roque Luis Conrado, estos deberán extenderse a la etapa precontractual, porque con base en los principios de transparencia, responsabilidad del Estado, publicidad y equilibrio económico financiero, el participante debe conocer y negociar dichos aspectos con la entidad y esta a su vez verificar si el oferente (futuro contratista) puede o tener la capacidad para enfrentarlos, lo cual deberá ser de manera implícita una forma de calificar si es idóneo o no para ejecutar el contrato.¹³¹

En este marco, Colombia al igual que Ecuador, cuenta con procedimientos precontractuales estandarizados, es así que después del proceso de preguntas y respuestas, que se lleva a cabo para aclarar algunas cuestiones sobre todo de carácter técnico, antes de la entrega de ofertas, debe llevarse a cabo la audiencia de distribución de riesgos, en la cual, se deberá incluir o eliminar aquellos riesgos que pueden o no afectar a la contratación, la parte que los va a manejar e incluso las medidas a tomarse

¹³⁰Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la República de Colombia, “Metodología, Valoración y Seguimiento de riesgos en los contratos estatales” (Bogotá: DÍgitos y Diseños, 2011), 51 y 52 <http://www.irc.gov.co/irc/es/riesgo/valoraciondepasivoscontingentes/ManualdeValoracionAPP.pdf>

¹³¹Roque Luis Conrado, “Los principios en la contratación estatal”, 103.

en caso de que estos ocurran, logrando de este modo garantizar que las partes conocen perfectamente sus derechos y obligaciones al momento de la suscripción del contrato.¹³²

Adicionalmente, es menester mencionar que es imprescindible que la distribución de riesgos se realice en la etapa precontractual, pues estos se presentan dentro de la etapa de ejecución del contrato y la idea de esta figura es justamente la prevención de estos, de tal manera que las partes asuman cada una sus cargas contractuales sin afectación a la otra y sin tener que acudir a los juzgados para el reconocimiento de derechos y afectaciones.

6. Mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero en los contratos estatal

Ante la innegable existencia de los riesgos contractuales, una vez que se ha planteado la distribución, asignación, estimación y mitigación de los riesgos previsibles, ante su eventual ocurrencia, la doctrina ha planteado algunas formas legales de compensar al contratista por el desequilibrio económico- financiero del contrato, además de las medidas de mitigación previstas, y de esta forma igualar las cargas entre las partes, devolviéndole la conmutatividad al contrato administrativo.

Entre los mecanismos previstos, en el régimen colombiano y otros países sudamericanos entre ellos el Ecuador, vamos a referirnos a los siguientes:

1. Reajuste de precios
2. Contratos complementarios
3. Costo más porcentaje
4. Órdenes de Trabajo

1. Reajuste de Precios

El reajuste de precios es un mecanismo a través del cual el Estado rezarse al contratista porque aquellas situaciones, de diferente orden, respecto del encarecimiento de los componentes del contrato. Esta herramienta puede ser aplicada en cualquier tipo

¹³²Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la República de Colombia, “Metodología, Valoración y Seguimiento de riesgos en los contratos estatales”, 51.

de contrato sea este de ejecución de obras, prestación de servicios incluidos los de consultoría y la compra de bienes, excepto de los contratos llave en mano, cuya característica principal es justamente la imposibilidad de revisar los precios una vez celebrado el contrato.¹³³

De acuerdo a lo antes mencionado, sus características son las siguientes:

- El contrato debe estar realizado con base al sistema de precios unitarios.
- Este opera cuando han sufrido cambios los valores de los componentes contratados.
- La variación debe valorarse desde que ocurrió la modificación hasta el momento de su pago.
- Para su cálculo deberá tomarse en cuenta la información estadística de entidades oficiales (en el caso del Ecuador, se utilizará la información generada por el INEC)
- Esta deberá aplicarse de manera mensual o de acuerdo a la forma de pago pactada entre las partes.¹³⁴

2. Contratos Complementarios

Refiriéndonos exclusivamente a lo establecido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana, esta define al contrato complementario señalando que “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

¹³³Art. 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 suscribieran bajo cualquier modalidad.

¹³⁴María José Luna Lara, Trabajo de tesis “Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública”, Universidad Andina “Simón Bolívar”, 2009, 60.

los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”.¹³⁵

- De acuerdo a la definición realizada por la mencionada ley orgánica, las características de este tipo de contratos son:
 - Este es un contrato accesorio al contrato principal, mediante el cual se realizarán la ejecución de rubros nuevos, por lo que deberá estar sujeto al sistema de precios unitarios.
 - Estos rubros nuevos, deberán ser implementados por la ocurrencia de acontecimientos sobrevinientes técnicos.
 - Este tipo de contratos solo es posible realizar en contratos de servicio y obras.

¹³⁵Art. 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.

Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente.

Para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la Entidad Contratante, si los tuviere; en caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes.

Art. 87.- Normas para la aplicación de los contratos complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para el caso de obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera:

1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la presente Ley.
2. Para el caso de rubros nuevos se empleará el artículo 89 de esta Ley.
3. Si se sobrepasa los porcentajes previstos en los artículos señalados en los numerales que preceden será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que éstos no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal

- No puede exceder del 35% del contrato principal reajustado y en cuanto a las consultorías hasta el 70%
- Dentro de este al igual que el principal, se podrá aplicar el reajuste de precios.
- Si el contratista rindió garantías en el contrato principal, deberá rendirlas por el complementario.
- En este se puede plantear la forma de pago que se considere necesaria.

3. Costo más Porcentaje

Esta figura solo puede ser aplicable a los contratos administrativos de ejecución de obras, cuando existen diferencias entre el cuadro de cantidades de obra establecido por la entidad contratante y las cantidades reales necesarias para la realización del objeto contractual; en este sentido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana, faculta a que la contratante, sin necesidad de la celebración de un nuevo contrato o proceso precontractual, ordene y pague directamente hasta el veinte y cinco por ciento del valor reajustado del contrato, sin que modifique el objeto del contractual.¹³⁶

El costo más porcentaje tiene las siguientes características:¹³⁷

- Las modificaciones deben constar por escrito, en las cuales deben señalarse la cantidad y calidad del equipo, mano de obra y materiales empleados, previa aprobación del Fiscalizador.
- Se debe contar con los recursos económicos.¹³⁸

¹³⁶Art. 88.- Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes

¹³⁷ María José Luna Lara, Trabajo de Tesis “Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública”, Universidad Andina “Simón Bolívar”, 2009, 63.

<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/T761-MDE

LunaMecanismos%20para%20conservar%20el%20equilibrio%20econ%20C3%B3mico.pdf>

¹³⁸Art. 90.- Certificación de Recursos.- Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras

- Estos no se cancelan con las planillas mensuales sino hasta quince días después de su emisión.

4. Orden de Trabajo

Las órdenes de trabajo se utilizarán para la creación de rubros nuevos hasta el 10% del valor del contrato principal reajustado, utilizando la modalidad costo más porcentaje; si sobrepasa de este porcentaje deberá celebrarse un contrato complementario.

Este mecanismo al igual que el contrato complementario y la diferencia en cantidades de obra deberá estar aprobado por la Fiscalización y suscrito por las partes, así como contar con la correspondiente certificación presupuestaria.¹³⁹

A manera de conclusión, cabe señalar que estos mecanismos, se constituyen en medios que se encuentran al servicio de la entidad contratante con la finalidad de garantizar la ejecutabilidad de las obligaciones y la calidad de la contratación. En el Ecuador, como se puede colegir de la lectura, estos han sido diseñados con los mismos alcances definidos en las legislaciones de países vecinos, aunque es necesario señalar que en nuestro país, han sufrido distorsiones en su aplicación.

La inclusión de estas herramientas en la legislación ecuatoriana, de acuerdo a la perspectiva jurídica que se pretende abarcar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es imperativa, porque esta refleja la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato, aunque en mi opinión, la falta de desarrollo y sobre todo de inclusión expresa de las teorías contractuales sobre los riesgos, hacen que las entidades contratantes apliquen ya sea de forma indiscriminada o no apliquen estas herramientas, de acuerdo a su conveniencia. Es una práctica muy común en la contratación estatal ecuatoriana, observar que las entidades contratantes, a pesar de ser contratos de tracto sucesivo de obras y servicios, estipulan incluso desde el proyecto del contrato la renuncia al reajuste de precios, y por otro lado la falta de

adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones.

¹³⁹Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley. Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

conocimiento del contratista, pues acepta esta condición sin reclamo alguno, sin tomar en cuenta que se está lacerando su derecho al restablecimiento del equilibrio económico – financiero.

Respecto de los demás mecanismos, se puede evidenciar que, ante su redacción abierta y ambigua, faculta a la entidad contratante a cubrir sus grandes errores de planeación en los estudios previos, porque los desfases son cubiertos sobre la marcha, dándose casos incluso en los que el contratista debe asumir costos extras sin reconocimiento alguno, debido a que el porcentaje de ejecución de nuevos rubros sobrepasa el 35% establecido para los contratos complementarios. En este sentido, considero que es correcta la inclusión de estas herramientas que son muy útiles ya que aseguran el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pero en nuestra legislación deben ser correctamente contextualizadas, para que la norma no sufra abusos y el contratista no se vea perjudicado, ante ello es necesaria la actuación de los entes públicos que ejercen un tipo de control permanente, como sería el caso del Servicio Nacional de Contratación Pública, pues este tiene rectoría sobre todo el proceso de contratación o en su defecto, podría ser parte ineludible del control posterior ejercido por la Contraloría General del Estado, a través de sus exámenes especiales en el que se establezcan responsabilidades administrativas y civiles, por la falta de previsión de los funcionarios públicos que construyeron los estudios previos y el consecuente encarecimiento de la contratación.

La tipificación, asignación y mitigación de los riesgos, justamente ante estos inconvenientes se convertiría en una medida muy útil porque obligaría a las entidades contratantes a la realización de unos estudios exhaustivos sobre lo que se pretende contratar, permitiría tener una mayor colaboración de carácter económico y técnico por parte del contratista, pero sobre todo, sería muy poco continua la utilización estos mecanismos, puesto que los hechos dañosos sobrevinientes ya no siempre serán asumidos por el Estado y herramientas como el costo más porcentaje o los contratos complementarios, responderían específicamente a cambios poco esenciales pero que garantizan la complementariedad y calidad de la obra, bien o servicio.

Capítulo Tres

DERECHO COMPARADO ACERCA DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La “distribución de riesgos”, es una institución jurídica que ha cobrado importancia en algunas legislaciones de los países sudamericanos, y es que como se ha podido estudiar a lo largo de los dos capítulos anteriores esta responde a la necesidad de lograr el éxito del contrato administrativo como objetivo primordial, y en segundo lugar también, el conservar y respetar los derechos del contratista, como colaborador del interés público, pues la división de las cargas contractuales y las medidas establecidas con anterioridad permiten que aquellos riesgos que pueden ser previstos por las partes sean controlados y en muchos casos eliminados, logrando de esta manera mantener la ejecutabilidad de las obligaciones.

La República de Colombia, es uno de los países en cuya normativa legal vigente mantiene un notable desarrollo de esta figura que merece ser materia de estudio y tomarla como ejemplo frente a la normativa de nuestro país, que como hemos también podido observar a lo largo de este trabajo, si bien no explícitamente, acoge las teorías que promueven la aceptación de la mutabilidad de las obligaciones en contratos administrativos de tracto sucesivo a través de la inclusión de herramientas que permiten mantener el equilibrio económico – financiero entre las partes.

En Colombia, se realizó la inclusión de esta figura jurídica, como una manera de garantizar el mejoramiento de las contrataciones efectuadas por el Estado (sobre todo los de obra pública e infraestructura) y es que el gran problema de su contratación administrativa es que se judicializaban la mayoría de los contratos alegando el quebrantamiento del equilibrio económico-financiero del mismo, ya que el talón de Aquiles de la Administración eran las grandes deficiencias en la realización de las

especificaciones técnicas efectuadas por los funcionarios públicos, lo cual se constituía en el establecimiento de obligaciones ambiguas y por ende en un inadecuado escogitamiento del contratista; toda ésta situación se traducía generalmente en el despilfarro de dinero público, la insatisfacción del interés público y la percepción ciudadana de la existencia de corrupción en la contratación estatal.¹⁴⁰ Actualmente, este país cuenta con una legislación que regula cada uno de los procedimientos precontractuales, a tono con los avances tecnológicos pues todos ellos son sustanciados a través de una página web en la cual las instituciones públicas deben publicar cada una de las instancias del procedimiento hasta su adjudicación, denominado Sistema de Información para la Contratación Estatal (SICE) y el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).¹⁴¹

En el Ecuador, al igual que en Colombia, antes de la existencia de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y demás normativa conexas, la legislación ecuatoriana en esta materia era dispersa y mantenía procedimientos precontractuales que permitían un gran nivel de discrecionalidad, y aunque se establecía la intervención de la Procuraduría y Contraloría General del Estado, en calidad de control previo, existían muchas contrataciones que escapaban de sus ojos y del control ciudadano, llevando consigo también la percepción de la existencia de corrupción. Así mismo, en el año 2008, tomando como influencia los cambios efectuados por Colombia y otros países como Argentina, se creó una página web en la cual las entidades públicas deben publicar los procesos de contratación hasta su adjudicación, aunque es necesario señalar que en el Ecuador esta herramienta se ha ido ajustando, hasta que se logró conminar a las instituciones del Estado, también a la publicación de la etapa de ejecución del contrato; este portal se denomina Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) y como parte de este el Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE).¹⁴²

¹⁴⁰ Inocencio Meléndez Julio, “Derecho Contractual Colombiano: Identificación, asignación y distribución de riesgos” <http://www.monografias.com/trabajos95/derecho-contractual-colombiano-identificacion-asignacion-y-distribucion-riesgos/derecho-contractual-colombiano-identificacion-asignacion-y-distribucion-riesgos.shtml>

¹⁴¹ John Jairo Bejarano Roncancio, “Fundamentos de Contratación Pública para proyectos de alimentación y nutrición”, <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>, 50

¹⁴² La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador establece:

Los procedimientos precontractuales establecidos en Colombia y Ecuador para compra de bienes, la ejecución de obras o prestación de servicios, de manera general, mantienen una similitud, en cada una de sus etapas, que son: publicación, preguntas y respuestas, presentación de ofertas, calificación y adjudicación; la única diferencia notable entre ellas es que Colombia adoptó como una de sus etapas la asignación, estimación y mitigación de los riesgos contractuales previsibles, situación que no ha sido incluida en la legislación ecuatoriana y por ende en las etapas de los procedimientos precontractuales; pero ante la gran similitud conceptual de los dos sistemas jurídicos puede ser tomada en cuenta con miras a mejorar esta parte de la contratación estatal ecuatoriana.

Desde el punto de vista constitucional, Colombia, en su Carta Magna de 1991, se declaró como un estado social de derecho, en el cual los contratos estatales deben ir orientados al cumplimiento de una finalidad específica, por lo que el Estado “deberá contar con los elementos de juicio para atender este propósito”.¹⁴³ Con base en esta afirmación, la legislación colombiana respecto de los procesos de contratación pública y específicamente acerca de la distribución de riesgos, ha emitido varias leyes: Ley 185 de 1995, Ley 448 de 1998 y la Ley 819 de 2003, que a su vez han sido complementadas por el Decreto Ejecutivo 423 de 2001.

Por su parte, el Ecuador cuenta con una Constitución cuya vigencia es mucho más corta que la colombiana, pues la misma fue aprobada mediante Asamblea Constituyente hace ocho años; en su texto nuestra Carta Magna incluye algunos

Art.7. Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP.El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

Art. 21.- PORTAL de COMPRASPUBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

El portal de COMPRASPUBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP. La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPUBLICAS. El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.

¹⁴³ John Jairo Bejarano Roncancio, 50.

conceptos nuevos, entre ellos la declaración del Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia;¹⁴⁴ lo cual se traduce en la base de otras normas constitucionales que también atañen la contratación estatal, como el principio de legalidad¹⁴⁵; el establecimiento de la transparencia, la eficiencia y la calidad como principios de las compras públicas¹⁴⁶ y aquel que dispone que los ciudadanos deben tener una remuneración proporcional a su trabajo.¹⁴⁷

Como se puede observar en los dos países, ante la relevancia de la compra pública, como un instrumento que permite la satisfacción del interés público, el cual debe conllevar la correcta utilización de los recursos económicos del Estado, las Cartas Magnas establecen el marco jurídico bajo los cuales deben ser ejecutadas cada una de las contrataciones estatales y también protegen los derechos ciudadanos, en cuyo terreno entran los contratistas privados que apoyan a la Administración.

Con respecto a la normativa vigente en el Ecuador que regula la contratación administrativa, a diferencia de la República de Colombia, esta se encuentra consolidada en un solo cuerpo legal, denominado Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que fue expedido en el año 2008. Esta ley, establece todos y cada uno de los procedimientos precontractuales que deben ser aplicados por las instituciones públicas y las entidades privadas que manejan recursos públicos, excepto aquellos cuya fuente de financiamiento no corresponde al Presupuesto General del Estado y aquellas que pertenecen a regímenes especiales como los contratos de concesión de los sectores estratégicos. Esta ley orgánica, lleva consigo la aplicación del correspondiente

¹⁴⁴El estado constitucional de derechos y justicia corresponde a la corriente del neo constitucionalismo, la cual postula la defensa y eficacia de los derechos humanos sobre la organización estatal, para garantizar la aplicación de los mismos, sobre todo a través de la administración de justicia. Revista Judicial Derecho Ecuador.com, “Ecuador: Estado Constitucional de derechos y justicia”, 2013, <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/09/16/ecuador-estado-constitucional-de-derechos-y-justicia>

¹⁴⁵“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.”

¹⁴⁶“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”

¹⁴⁷“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: [...] 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración [...]”

reglamento en el cual se establece el nivel procedimental y alcance de cada uno de los procesos de contratación.

Ahora, yéndonos a las instituciones públicas creadas por estos dos países para el control de la compra pública, debemos señalar que Colombia, cuenta hace 58 años, con el Consejo Nacional de la Política Económica – CONPES¹⁴⁸, que se desempeña como el organismo asesor del gobierno en aspectos relacionados con el desarrollo económico y social a través de la aprobación políticas generales. En cuanto a la contratación administrativa, es la encargada de delinear los procedimientos que serán aplicados por todas las instituciones públicas e incluso, de manera específica, este Consejo ha sido el encargado de emitir la conceptualización de los riesgos contractuales, además de crear el procedimiento para la tipificación, asignación, estimación y mitigación de los mismos, por lo que en este contexto, ha expedido diferentes documentos, entre los cuales rezan: No. 3107 y 3133 de 2001 y 3249 de 2003.

Por su parte en el Ecuador, existe una institución similar, que funge como rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública, esta nació en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el año 2008, antes de aquello, las instituciones que llevaban la rectoría (por así decirlo) de la contratación estatal era la Procuraduría y Contraloría General del Estado, cuya intervención fue eliminada justamente ante la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOPI)¹⁴⁹,

¹⁴⁸El Consejo Nacional de la Política Económica – CONPES, fue creada mediante la Ley 19 de 1958, que se encuentra vigente hasta la actualidad.

¹⁴⁹Art. 8.- Órganos competentes.- El Servicio Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias Art. 10.- El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

que mediante una reforma realizada a la Ley Orgánica en el año 2014, se le ascendió a la categoría de Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Esta institución pública, si bien no comparte la naturaleza del CONPES, pues no se le califica como un organismo asesor, si es el organismo rector encargado de dictar las políticas bajo las cuales se han de llevar las diferentes etapas de los procedimientos precontractuales y estos como tal, a través de la facultad normativa que le ha sido concedida y que ejerce a través de la expedición de actos administrativos de carácter erga omnes. La diferencia esencial que existen entre estos dos organismos, además del uno ser un organismo colegiado y el otro tener la estructura organizacional típica de una institución estatal, es que el SERCOP, con la modificación realizada en el año 2014, ostenta el ejercicio del control preventivo, pues tiene la facultad de ordenar detener los procesos de contratación de considerarlo pertinente y adicionalmente de sustanciar los reclamos administrativos que los legítimos interesados puedan presentar ante las diferentes etapas del procedimiento precontractual o ante la adjudicación realizada por las entidades contratantes, en los procesos publicados en el SOCE a nivel nacional.

Cabe mencionar que el SERCOP, actualmente, mantiene aproximadamente cuarenta resoluciones normativas vigentes, sobre varios temas complementarios que no

-
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
 7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
 9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
 10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
 11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
 12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
 13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
 14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
 15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;
 16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
 17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
 18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables.

han sido previstos en el reglamento, sin que ninguna de ellas trate acerca de la distribución de riesgos en el contrato administrativo.

Avanzando un poco más en este trabajo comparativo, en cuanto a la legislación de la República de Colombia, podemos comenzar señalando que en la Ley 185 , que entró en vigencia el 27 de enero de 1995 y trataba sobre temas del endeudamiento y saneamiento de la deuda pública, se incluye una disposición que abre la puerta al tema de la existencia de la distribución de riesgos en los contratos de obra pública y servicios públicos pues ordena que dentro de los contratos de licitación y concursos públicos o privados se “aseguren los términos financieros que sean más convenientes para el país”¹⁵⁰, pues como se habían señalado con anterioridad, estos han sido el tipo de contrataciones que más han sido afectados por los riesgos contractuales teniendo que judicializar el contrato para lograr una solución al mismo, no siempre favorable para el interés público.

En este marco las leyes 185 de 1995, la ley 448 de 1998, el Decreto 423 de 2001 y la ley 819 de 2003, crean y regulan el Fondo de Contingencia de las Entidades Estatales, para cubrir las obligaciones que el Estado debe asumir como resultado de la aplicación de la distribución de riesgos contractuales. Esta creación jurídica es bastante interesante, ya que fue adoptada como una medida preventiva de carácter fiscal con miras a mantener la solvencia económica del contrato por parte del Estado ante la posible ocurrencia de hechos que incidan en la ejecución contractual. Este fondo de contingencia debe ser manejado por el Ministerio de Hacienda, ante el cual por cada contrato que celebre la entidad contratante deberá crear una cuenta única en la cual, con cargo al presupuesto asignado, la entidad deberá ir aportando el valor que le corresponda con base a la estimación de los riesgos que debe asumir; una vez más el Estado colombiano a través de esta figura trata de proteger y que se lleven con éxito aquellos contratos que se traducen en servicios públicos, puesto que este fondo no cubre todo tipo de contrataciones sino aquellas que corresponden a los sectores de infraestructura de transporte, energético, saneamiento básico, agua potable y comunicaciones.

¹⁵⁰ Véase el artículo 22 de la Ley de 185 que se publicó y entro en vigencia el 27 de enero de 1995.

Este fondo se constituye prácticamente en un seguro en favor del contratista, bajo mi punto de vista, por las siguientes razones:

- Con el dinero se constituye un fideicomiso que será administrado por el Ministerio de Hacienda, y el cual podrá ser invertido únicamente para solventar los valores de un contrato en específico, lo cual evita el despilfarro del dinero público y asegura la solvencia económica de la entidad para solventar los riesgos que le fueron asignados.
- Este debe mantenerse vigente desde la etapa precontractual hasta la culminación del contrato administrativo, luego de lo cual una vez realizada la correspondiente liquidación se le devuelve a la entidad contratante la parte dicho fondo que no fue utilizada.
- La entidad contratante para el uso de estos recursos, bajo su responsabilidad deberá declarar la ocurrencia del riesgo contractual previsto que le correspondía mitigar al Estado Colombiano.

En el Ecuador, no existe esta figura, ni siquiera alguna similar, pues la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, asegura explícitamente a través del artículo 24, la existencia de los fondos presentes y futuros de la contratación, pero con base a las obligaciones iniciales pactadas entre las partes, es decir que dicho presupuesto no lleva implícito la ocurrencia de acontecimientos que alteren el alea del contrato, sino tan solo el reconocimiento económico del contratista por los trabajos ejecutados y también es necesario puntualizar que ante la existencia de riesgos en un contrato estatal ecuatoriano, la entidad contratante tiene dos posibilidades, el mantener vigente el contrato asumiendo dichos desfases económicos con cargo al Presupuesto General del Estado o extinguir por mutuo acuerdo algunas obligaciones contractuales por razones de carácter económico.¹⁵¹

¹⁵¹Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

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

A manera de conclusión, el fondo de contingencia colombiano, bajo mi punto de vista, es instrumento de carácter público muy positivo que le ha permitido a groso modo solventar algunas deficiencias de la contratación colombiana, como el tema de la planeación, la inadecuada elaboración de los documentos precontractuales y la posible falta de liquidez que le permita al Estado mantener el equilibrio económico-financiero del contrato, puesto que con base en los estudios realizados por la entidad contratante, traducidos en valores económicos esta realiza los aportes económicos respecto de los riesgos previsibles establecidos entre las partes, lo cual no permite que el contratista alegue cualquier situación como desequilibrio de la ecuación financiera y el Estado por su parte, no despilfarre el dinero, solicitando al contratista la ejecución de trabajos que debían ser considerados como parte de las obligaciones iniciales y que ante su descuido no fueron incluidas.

En lo concerniente a los procedimientos para la aplicación de la identificación, estimación, asignación y mitigación de los riesgos contractuales en la República de Colombia, debemos referirnos específicamente a los actos normativos emitidos por el Consejo Nacional de la Política Económica CONPES, es así que los documentos referentes a este tema son los Nos. 3107 de 2001, 3133 de 2001 y el 3249 de 2003.

En el primer documento (3107 de 2001) el Consejo Nacional de la Política Económica y Social (CONPES), trata específicamente la política de riesgos previsibles en los contratos de infraestructura en los sectores antes definidos, que por razones de desabastecimiento o monopolio del Estado colombiano no permitían la participación del contratista privado. Este documento es considerablemente extenso y comienza realizando una puntualización muy interesante, pues se reconoce que los grandes proyectos en el sector energético, sobre todo no se pudieron haber realizado sin la ayuda del sector privado, y que sin duda era necesaria la distribución de riesgos, puesto que el escenario económico no permitía que todo lo realice el Estado y asuma todos los impactos pero tampoco trasladar toda la responsabilidad al sector privado¹⁵².

De este documento se puede extraer, algunas consideraciones importantes respecto de los riesgos contractuales:

¹⁵² Consejo Nacional de la Política Económica y Social – CONPES,

- Cuando se efectúa un contrato de obra, bienes o servicios se debe evaluar la factibilidad del proyecto hasta establecer si es posible pagar la inversión realizada y que el contratista se le reconozca sus ganancias.
- La distribución de riesgos es imperativamente necesaria, pues una asignación correcta reduce notablemente los costos de su mitigación.
- El riesgo debe ser asignado a quien mejor lo controla.
- Para la determinación de los riesgos es indispensable contar con información completa y actualizada.

Adicionalmente, se realiza la exposición del tipo de riesgos, que de acuerdo a la experiencia en los proyectos realizados, inciden en las contrataciones como son: los riesgos operacionales, riesgos de la naturaleza, riesgos políticos y sociales, riesgos tecnológicos, riesgos financieros, riesgos regulatorios, que han sido definidos con anterioridad en el presente trabajo.

Posteriormente, se emitió el documento No. 3133 de 2001, en el cual trata específicamente los riesgos ambientales, ante la inadecuada aplicación del mismo por las entidades contratantes. En este documento prácticamente el CONPES, realiza la asignación del riesgo ambiental, cuando le corresponde al Estado Colombiano y al contratista privado, como por ejemplo, cuando se cuenta con la licencia ambiental, los pasivos ambientales generados por la ejecución contractual serán asumidos por el contratista, pero de no haberse contado con ella a la suscripción del contrato, serán asumidas por el Estado.

Por último, en la resolución No. 3249 de 2003, el CONPES emite los lineamientos de contratación pública para un estado gerencial, el cual incluye políticas ligadas a la distribución de riesgos, que consisten en la eliminación de la garantía de utilidad del contratista, que consistía en el reconocimiento que el Estado colombiano debía otorgar a este por el quebrantamiento del equilibrio económico financiero del contrato, ya que a través de la distribución, asignación, estimación y mitigación de los riesgos, se encuentran correctamente repartida las cargas contractuales, conservando de alguna el principio de igualdad y conmutatividad del contrato. Así también dentro de

este documento se amplía las modalidades de cobertura de los riesgos, que las consideradas inicialmente.

Como se puede observar la intención del Estado Colombiano a través de cada una de estas resoluciones, es lograr el éxito del contrato estatal, la protección del contratista pero sobre todo también un blindaje jurídico en favor de la Administración, pues se admite la existencia de corrupción en los procesos de contratación y el abuso por parte del contratista de la figura del equilibrio financiero del contrato, por lo cual ante ello se establece la distribución de riesgos como un mecanismo que permita minimizar el costo estatal ante su eventual existencia y la corresponsabilidad del contratista privado en la ejecución del contrato.

En el Ecuador, por su parte, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme se había manifestado anteriormente, acoge principios jurídicos como el *ius variandi*, de manera explícita y el principio del equilibrio económico financiero del contrato y el de responsabilidad del Estado, de manera tácita. El *ius variandi* se ve reflejado en la capacidad que tiene una entidad contratante en ordenar la ejecución de obras complementarias¹⁵³ y la emisión órdenes de trabajo¹⁵⁴,

¹⁵³Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente.

Para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la Entidad Contratante, si los tuviere; en caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes.

Art. 87.- Normas para la aplicación de los contratos complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para el caso de obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera:
1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la presente Ley.

2. Para el caso de rubros nuevos se empleará el artículo 89 de esta Ley.

3. Si se sobrepasa los porcentajes previstos en los artículos señalados en los numerales que preceden será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que éstos no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con esta Ley.

En los contratos complementarios a los que se refieren los dos artículos precedentes constarán la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios, de ser el caso.

En los contratos complementarios se podrá contemplar el pago de anticipos en la misma proporción prevista en el contrato original.

No procede la celebración de contratos complementarios para los de adquisiciones de bienes sujetos a esta Ley.

como mecanismos planteados por el mencionado cuerpo legal ante la necesidad de ejecutar nuevos rubros que no fueron contemplados en el contrato y por cuya ejecución se debe pagar también al contratista.

Así mismo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como mecanismo para el equilibrio económico financiero del contrato establece la aplicación de reajuste de precios en los contratos de bienes, obras o servicios que sean de tracto sucesivo y que se hayan sometido al sistema de precios unitarios¹⁵⁵; en este contexto es necesaria señalar que respecto de los contratos de consultoría, se establece que se aplicará el reajuste de precios bajo cualquier modalidad, cuya distinción se ha de entender en vista de que estos contratos consisten en asesorías especializadas, cuya naturaleza no corresponde a la entrega de un servicio común. Complementariamente, es menester indicar que el Servicio Nacional de Contratación Pública, no ha ejercido su facultad normativa para incluir y reglamentar la distribución de riesgos en el contrato administrativo ecuatoriano, sino que se ha limitado a la inclusión del caso fortuito y la fuerza mayor de una manera muy superficial, sin que exista más tratamiento que el dado en el Código Civil¹⁵⁶.

Las remisiones al caso fortuito y fuerza mayor se los puede encontrar, en los modelos de pliegos obligatorios¹⁵⁷ de cada uno de los procesos de contratación, en una de las cláusulas del proyecto del contrato, traducándose en una herramienta jurídica mediante la cual el contratista puede solicitar prórrogas de plazo a la entidad contratante por no haber cumplido con cierta obligación contractual en el tiempo determinado en el

En todos los casos, en forma previa a la suscripción de los contratos complementarios, se requerirá la verificación presupuestaria correspondiente.

154Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley. Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

155Art. 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 suscribieran bajo cualquier modalidad.

¹⁵⁶Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

¹⁵⁷Art. 6.- Definiciones:

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

cronograma valorado de trabajo.¹⁵⁸ Ahora es imperativo resaltar que también la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su redacción, a través de la posibilidad de la extinción de ciertas obligaciones del contrato administrativo y la terminación de mutuo acuerdo¹⁵⁹, reconoce que existen ciertos acontecimientos que pueden volver inejecutable el contrato, remitiéndose al caso fortuito y la fuerza mayor, así como a las circunstancias imprevistas de carácter técnico y económico y ahí cabe preguntarnos ¿El caso fortuito y la fuerza mayor no puede responder justamente a causas imprevistas de carácter económico o técnico o de la naturaleza?, entonces si estos son conceptos distintos ¿Cuáles son los imprevistos técnicos y económicos que pueden causar una repercusión tan grave como la extinción de ciertas obligaciones o incluso la terminación de mutuo acuerdo del contrato e incluso la terminación unilateral? ¿Cuáles son las repercusiones respecto en el contratista y en el Estado de la aplicación de la terminación por mutuo acuerdo, aduciendo caso fortuito o fuerza mayor o también si es que la entidad o el contratista alegan causas imprevistas de carácter económico? Estas preguntas no son respondidas por la Ley, ni por su reglamento o por el SERCOP dejándolo al libre entendimiento de la entidad contratante y el contratista, las cuales para evitar inconvenientes posteriores con los organismos de control y en el caso específico del contratista, para lograr una apreciación justa de su descalabro económico, acude al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que se inicie el proceso judicial correspondiente, que llevará un largo tiempo en resolverse.

Ante la falta de respuesta a estas interrogantes que permitan dilucidar la posición del Ecuador frente a las figuras jurídicas que plantean la existencia de los riesgos contractuales y la obligación del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato tomaré un caso resuelto en casación por la Corte Nacional de Justicia en su Sala Especializada de lo Contencioso Administrativa. Este caso trata de la demanda

158Dentro de las cláusulas de estilo, establecidas en el Proyecto del contrato, se establece.- “Prórrogas de plazo.- La entidad contratante prorrogará el plazo total o los plazos parciales, solo en los siguientes casos, siempre que así lo solicite por escrito, justificando los fundamentos de aquella dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes a la fecha de producido el hecho que motiva la solicitud: Por fuerza mayor o caso fortuito, aceptados como tales por la entidad contratante [...]”

159Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

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

presentada por la Empresa Constructora de Caminos S.A. en contra del Ministerio Público, en el cual la parte actora solicita el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato a precio fijo suscrito el 26 de abril de 2000, cuyo objeto era la rehabilitación de la carretera Puyango-Alamor, en la provincia de Loja, por haberse aplicado a nivel nacional el cambio de moneda del sucre al dólar.

Al respecto, esta sentencia en su parte expositiva, señala:

“El Tribunal Inferior reconoce que las resoluciones del gobierno nacional, concretamente la llamada dolarización, afectaron los precios unitarios del contrato y produjeron la ruptura de su equilibrio económico” [...] criterio que encaja dentro de la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado “cuyo origen no se encuentra en la licitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente”. Más adelante también establece: “La solidaridad es un principio fundamental en la Organización del Estado y en virtud de ella los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos [...] lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto; de tal forma que en la búsqueda de atender los intereses colectivos, las distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito. Por ello que cuando el Estado, sus instituciones o funcionarios, en el ejercicio de la potestad de que están investidos, provocan un desequilibrio de las cargas públicas, implicando un sacrificio individual intolerable, están obligados a reparar los perjuicios ocasionados, a restablecer el balance afectado.”

A través de esta sentencia, se puede establecer que la jurisprudencia ecuatoriana, recoge el principio del equilibrio económico financiero del contrato y el principio de responsabilidad del Estado, entendiéndose estos dos como la obligación que tiene el Estado ecuatoriano de igualar las cargas contractuales y que si el contratista soporta mayores responsabilidades que el Estado y se traducen en una afectación a sus derechos económicos, debe ser indemnizado, lo cual no significa que se constituya a una falta al

interés público o que los intereses particulares estén sobre este, sino más bien se constituye en un respeto irrestricto de los derechos constitucionales del cocontratante. Ahora, la pregunta es ¿La dolarización es un imprevisto económico o caso fortuito o fuerza mayor?, y ¿Cuáles son las repercusiones del mismo? Al respecto el tribunal señala:

“Como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, en sus bienes o en el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable toca únicamente determinar la vinculación, en relación de causa a efecto, de la actividad pública causante del daño; y en este sentido, el Estado y sus autoridades podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiere sufrido un daño indemnizable si prueban que los efectos dañosos se derivaron de caso fortuito o fuerza mayor, o porque el hecho provino de un tercero o se debió a la culpa de la víctima [...]”

Entonces debemos concluir que la dolarización un imprevisto económico, que causó un daño real al contratista generando una indemnización en su favor por parte del Estado, y que por tanto no entra en los terrenos del caso fortuito y la fuerza mayor, porque de ser así el Estado no tendría la obligación de indemnizar al contratista por el daño causado. Esta afirmación – en mi opinión personal- está dada en contra de lo que establece el Código Civil Ecuatoriano, puesto dentro de los acontecimientos materia del caso fortuito o fuerza mayor se encuentra ejemplificado los actos de autoridad emitidos por un funcionario público y la aplicación de la dolarización corresponde justamente a una política pública de carácter económico que si bien no fue emitida directamente al objeto del contrato, causó una gravísima afectación a este entrando a formar parte del caso fortuito y fuerza mayor, por lo desde el punto de vista del Tribunal, debía entonces haberse eximido al Estado de su responsabilidad y no condenarlo al pago de una indemnización al contratista.

A manera de conclusión se puede observar que la falta de claridad en las normas de la contratación estatal en el Ecuador, respecto de los riesgos contractuales, ha llevado a una confusión respecto de lo que se debe entender por caso fortuito y fuerza

mayor, cuya aplicación bajo la sana crítica del juez puede ir orientada en detrimento del Estado o del contratista, siendo afectados en sus derechos como partes contractuales.

Cabe adicionalmente señalar que, bajo los ojos de algunos doctrinarios, que se han citado anteriormente la decisión de la Corte Nacional de Justicia, sería la correcta pues, de acuerdo al principio de responsabilidad de la Administración, sea caso fortuito o fuerza mayor, el Estado debe acudir en ayuda del contratado resarcido parcialmente el daño causado.

Abarcando de manera general el presente capítulo, se puede señalar que la distribución de riesgos es una institución jurídica que ha sido vista en Colombia como una herramienta que ha podido ayudar a solucionar ciertos problemas evidenciando cierta mejora en la calidad de las contrataciones, pues de alguna forma se ha logrado prevenir aquellos acontecimientos que deformaban las obligaciones contractuales y el abuso del contratista del principio de la ecuación económica financiera del contrato que siempre terminaba siendo ventilada por los tribunales de justicia, lo cual significaba una pérdida para el Estado en tiempo y en dinero, sin contar con la afectación grave al interés público.

La República de Colombia, es partidaria de la doctrina que establece como necesaria la presencia del Estado en todo los tipos de riesgo que puedan suscitarse dentro del contrato estatal, por ello para su legislación ha tomado gran importancia la vigencia de la distribución de riesgos ya que ha permitido una igualdad material en las cargas contractuales, asegurándose que la Administración va a tener la capacidad de responder ante los riesgos que le fueron asignados, puesto que cuenta con el capital económico y humano para enfrentarlos; pero también por su parte se asegura que el contratista como colaborador del interés público y como parte contractual maneje aquellas eventualidades sobre las cuales tiene más información y por ende podrá encontrar la forma de mitigarlas de la mejor manera. Considero importante rescatar que a mi forma de ver-existe una legislación que establece de forma clara la clasificación de los riesgos y el procedimiento para su identificación, asignación, estimación y mitigación, pero que se debe recordar también que dicho trabajo depende y seguirá dependiendo en mayor grado del funcionario público y con base al principio de

responsabilidad del Estado, este debe ajustar sus actuaciones estrictamente a lo establecido en la norma.

Por su parte en el Ecuador, es notable la casi inexistente normativa referente a la incidencia de los riesgos en los contratos administrativos, sobre todo en aquellos que son regulados específicamente por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que en su contenido se realiza una remisión escueta de estas figuras sin mencionar los efectos que estas producen que pueden ser: la presencia del Estado indemnizando total o parcialmente al contratista o eximiendo su responsabilidad frente a ciertas situaciones imprevistas. Esto lleva implícito también que los contratistas en el Ecuador no tengan una responsabilidad permanente respecto de los riesgos que pueden ser manejadas por ellos, motivándolos a que cualquier acontecimiento imprevisto, cuya incidencia sea baja o alta, pueda ser alegada como rompimiento del equilibrio económico financiero del contrato, y adicionalmente favorece a la existencia de una desigualdad real de las cargas contractuales en detrimento del propio Estado ecuatoriano, ya que sobre sus espaldas carga el peso total de la eventual presencia de riesgos en el contrato.

Por otra parte, también se ha suscitado en los contratos administrativos celebrados en el Ecuador, que las entidades contratantes no solo han caído en la falta de previsión de aquellos acontecimientos que puedan afectar la ejecución contractual sino que adicional a ello, no se incluyan actividades que deberían ser parte del contrato principal, cuyas consecuencias son el alargamiento excesivo del plazo de la contratación, la inejecutabilidad de ciertas obligaciones y la inclusión de nuevas obligaciones que por su monto no pueden ser cubiertas ni siquiera a través de la suscripción de contratos complementarios, lo cual afecta patrimonialmente al contratista de forma evidente, pero también se constituye en un perjuicio para el Estado, por la excesiva onerosidad de las obligaciones que no fueron consideradas inicialmente que a su vez promueve la utilización de los conceptos abstractos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como son los “imprevistos técnicos y económicos”.

Capítulo Cuatro

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- La distribución de riesgos es una figura jurídica que debe cumplir con las etapas de identificación, asignación, estimación y mitigación para que pueda ser efectuada de una manera correcta y de esta forma equiparar las cargas y responsabilidades contractuales entre el Estado y el contratista. En este marco, el desarrollo normativo en el Ecuador si bien ha tomado en cuenta las posturas doctrinales que plantean la aceptación de la mutabilidad de las obligaciones en los contratos estatales que obedecen a la incidencia negativa de elementos exógenos que pueden provenir de fuera de las partes o de la Administración y con ello la aplicación del principio económico financiero del contrato, la legislación ecuatoriana en materia de contratación pública, no cuenta con mecanismos adecuados que permitan efectuar una verdadera distribución de los riesgos, ya que no han sido desarrolladas exhaustivamente figuras como el caso fortuito o fuerza mayor y los “motivos técnicos o económicos” mencionados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como los conceptos bajo los cuales el contratista y el Estado pueden realizar por mutuo acuerdo la extinción de obligaciones contractuales y por otra parte el contratista fundamentar el quebrantamiento de la ecuación financiera del contrato, que genera una compensación en su favor.

- Los riesgos son todas aquellas situaciones que cuando se suscitan deforman las obligaciones contractuales, en este sentido conforme se ha podido establecer los riesgos que pueden ser previstos, no deben corresponder al alea normal del contrato, ya que esto con base al principio de “riesgo y ventura” del contrato administrativo, no podrían ser alegados por el contratista y el propio Estado

como hechos que pueden romper irremediabilmente la ecuación financiera del contrato. Con base en la doctrina colombiana y la jurisprudencia ecuatoriana- que es muy escasa- los riesgos contractuales que cuya incidencia debería ser prevista son los ambientales, económicos o financieros, sociales y políticos, tecnológicos, operacionales y regulatorios; los cuales deben tener una relación indirecta con el objeto contractual, que en el caso ecuatoriano, a manera de reflexión, se puede establecer que son los riesgos regulatorios y económicos generados por la Administración.

- La legislación ecuatoriana conforme se había señalado en la primera conclusión establece como una figura para calificar la existencia de riesgos que afectan de manera grave a la ejecución contractual a las “razones técnicas o económicas”, ante lo cual se puede señalar que en primer lugar, para la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los únicos eventos dañosos que pueden desequilibrar la economía del contrato y generaría obligaciones extraordinarias para el Estado son las de carácter técnico o propios de la ejecución contractual o aquellos que signifiquen una onerosidad excesiva del contrato, aunque el gran defecto de estas figuras en su falta de definición convirtiéndolos en conceptos muy subjetivos que pueden ser incorrectamente utilizados; en segundo, significaría que mientras los otros riesgos que responden a otro hecho generador, caerían en el caso fortuito o fuerza mayor.

- Respecto del caso fortuito o la fuerza mayor son conceptos cuyo alcance no se encuentran delimitados de una forma suficiente en la norma, lo que puede traer consigo, al igual que los otras figuras, su inadecuada utilización, ya que eventos que puedan corresponder al alea normal del contrato o deberían ser previstos, podrían ser alegados por el contratista como elementos dañosos que generen una indemnización a su favor, aunque la posición de los tribunales ecuatorianos en cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, es que estos eximen de cualquier responsabilidad al Estado ecuatoriano.

- Por último, como consecuencia de lo antes expuesto, se puede concluir que en el Ecuador existen mecanismos que posibilitan el reconocimiento de los riesgos contractuales, pero los mismos no son adecuados por su la falta de desarrollo

normativo y la especificidad de sus efectos, a través de lo cual conmina, sobre todo al Estado, a que los problemas contractuales que se deriven incidencia de riesgos en el contrato administrativo, sean ventilados en los juzgados para evitar un abuso por parte del contratista o un reconocimiento excesivo por parte del Estado, que posteriormente pueden traerle problemas administrativos, civiles e incluso indicios de responsabilidad penal por la incorrecta utilización de los recursos públicos.

RECOMENDACIONES

- Es necesario que en el Ecuador, se realice una modificación a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a las figuras jurídicas que reconocen la incidencia de elementos gravosos en la ejecución contractual, ya sea incluyendo una figura más objetiva o que las ya existentes cuenten con un desarrollo normativo que permita delimitar su alcance de tal manera que a través de ello se establezcan parámetros específicos al contratista y a la propia Administración, logrando de esta manera que ninguna de las partes contractuales se extralimiten o se eximan de sus responsabilidades.

- La distribución de riesgos en el caso Colombiano ha permitido mejorar la calidad de su contratación estatal puesto que permite el establecimiento claro de las obligaciones contractuales (obligaciones de hacer) y el reparto igualitario de las cargas contractuales (riesgos), constituyéndose en un límite para el contratista porque solo los riesgos imprevisibles podrán ser materia de indemnización, mientras que los ya previstos son manejados por la parte contractual a la cual se le asignó tomando en cuenta sus capacidades; por lo que considero conveniente que en el Ecuador, ante la similitud de los procedimientos precontractuales aplicados en la actualidad y las posiciones doctrinarias aplicadas en el derecho contractual de los dos países, es una herramienta válida que permitiría asegurar en gran medida el éxito de los contratos administrativos y exigir del contratista una verdadera coparticipación en favor del interés público.

- Una de las instituciones que considero también podría incluirse es la existencia del fondo de contingencia de las entidades contratantes, esta presupone la liquidez de la entidad contratante que le permitirá cubrir los riesgos que le sean asignados, tomando en cuenta que al ser de carácter aleatorio pueden estos suceder o no. Adicionalmente, este fondo se constituiría en una herramienta eficaz que evitaría las demandas por rescisión del contrato por parte del contratista, que radique en el incumplimiento del Estado ante su incapacidad económica para responder a los riesgos contractuales que quebrantan el equilibrio económico del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones impresas

- Antik, Analía. “Ius variandi versus Principio de Igualdad: Razón de Estado y Estado democrático como paradigma de análisis”. Revista de Derecho Público, (I semestre de 2006).
- Ariño, Gaspar, “La reforma a la Ley de Contratos del Estado” (Madrid: Unión Editorial, 1984), en Luisa Fernanda Mejía, “La responsabilidad contractual del Estado” (Bogotá: Jurídica Radar Ltda. – Actualidad Jurídica, 1987)
- Bandeira de Mello, Celso, “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”, Derecho administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff (Buenos Aires: Abeledo-Perro), 1998.
- Benavides, José Luis, “El Contrato Estatal entre el derecho público y el privado” (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 2004.
- Bercaitz, Miguel Ángel, “Teoría General de los contratos administrativo”, en Analía Antik, “Ius variandi versus principio de igualdad: Razón de Estado y Estado Democrático como paradigma de análisis”, Revista de Derecho Público, 2006-1, (Buenos Aires: Rubizal-Culzoni Editores, 2006).
- Borrero Ramírez, Augusto, “Teoría de las Obligaciones”, Tomo I (Medellín: Editorial: Esparta, 2003).
- Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo I” (Buenos Aires: Editorial AbeledoPerrot), sexta edición, 1998.
- Coeviello, Pedro José Jorge, “El contrato administrativo: Lex inter partes o ius variandi”, Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, número 66, 2011.
- Consejo de Estado de la República de Colombia, sección tercera, sentencia No. 14577 de 29 de mayo de 2003, M.P. Ricardo Hoyos Duque, citada por Roque Conrado Imitola, “Los principios de la contratación estatal” (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez), 2012.

- Comandira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge “Derecho Administrativo Argentino”, (México D.F.: Editorial Porrúa), 2006.
- Conrado Imitola, Roque Luis. Los Principios en la Contratación Estatal. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- Corte Suprema de Justicia. Caso William Stairum Carpio Ocampo c. Director Nacional de Rehabilitación Social y Ministerio de Gobierno. Causa No. 30-2002. Registro Oficial 249 de 12 de enero de 2004.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009
- Coustasse Del C, Alberto e Iturra, Fernando “El caso fortuito ante el Derecho Civil” (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958).
- Dromi, Roberto, “Las Ecuaciones de los Contratos Públicos” (Buenos Aires: Ciudad Argentina), 2001.
- Fernández Mejía, Luisa. La Responsabilidad contractual del Estado. Bogotá: Jurídica Radar Ltda., 1987.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” (Madrid: Editorial Civitas), Tomo I, 1982.
- González Pérez, Jesús, “Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, primera edición (Madrid: Civitas, 2009).
- Jiménez Bolaños, Jorge, “Caso Fortuito y Fuerza Mayor. Diferencia Conceptual” Revista de Ciencias Jurídicas No. 123, Universidad de Costa Rica, 2010.
- Matallana Camacho, Ernesto, “Manual de Contratación de la Administración Pública”, cuarta edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), 2015.
- Meléndez Julio, Inocencio, Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI, “La adecuada tipificación, asignación y distribución de los riesgos contractuales. La Norma y a la Política Pública como mecanismos de protección del patrimonio económico de las partes en el contrato estatal”, Tomo VI, (Bogotá: Edit. Telmis S.A.).

- Mélish Orsini, José, *Contratación Contemporánea. El Contrato Administrativo en el marco general de la doctrina del contrato*. Bogotá: Palestina Editores y Editorial Telmis S.A., 2000.
- Loya del Río, Miguel, *Cuadernos de Derecho para Ingenieros Contratación Pública, “El equilibrio económico-financiero de los contratos administrativos”*, Primera Edición, (Madrid: Edit. La Ley), 2010.
- Oscar Otheguy, Osvaldo. “La Ecuación Económica-Financiera y el Hecho del Príncipe”. *Revista de Derecho Público*, (I semestre de 2007).
- Páez Salgado, Daniela, “Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador” *Universidad San Francisco, Colegio de Jurisprudencia*, 2012.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel, “La contratación de las entidades estatales”, 6 ed., (Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2010).
- Pérez, Efraín “Derecho Administrativo” (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones), tomo II, 2009.
- Posner R. y Rosenfield, A. *Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis*, en V. Goldberg Ed. *Reading in economics of contractlaw*, 1997, p. 211. Citado por Uribe Evamaría, *La valoración del riesgo en la contratación administrativa*, (Bogotá, Universidad de los Andes), 2010.
- Rengifo Flores, Dayana, *Trabajo de Tesis “Teorías de los riesgos previsible en los contratos estatales de prestación de servicios profesionales”*, Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, Bogotá, 2015.
- República de Colombia, Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES 3174, “Del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública”, diciembre 2011.
- Rivero, Jean, “Páginas de Derecho Administrativo” (Bogotá: Editorial Temis-Universidad del Rosario) 2002.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Decimoctava Edición. Bogotá: Ed. Temis S.A., 2013.
- Salazar, Álvaro Darío, “Los Riesgos en la Contratación Estatal” (Bogotá: Leyer, 2008).

- Sánchez, José Alejandro, “Asignación de riesgos previsibles y extensión de la responsabilidad del contratista en el contrato de obra pública”, (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia), 2012.
- Villaca Azebedo, Álvaro. Tratado de la Buena Fe en el Derecho. El nuevo Código Civil Brasileño. Marcos M. Córdoba (dir.), Lidia M. Garrido Cordobera, Viviana Kluger (coord.). Buenos Aires: Ed. La Ley, 2004.

Linkografía

- Baón Romasanda, Carmen “La cláusula 'rebus sic stantibus' y su aplicación en el panorama actual”, Blog Ramón Cajal Abogados, 2012, http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf
- Bejarano Roncancio, John Jairo, “Fundamentos de Contratación Pública para proyectos de alimentación y nutrición”, <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>, 50.
- Blog Gerence.com Colombia, “Fuerza Mayor o Caso Fortuito” <http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html>
- Blog Monografías.com, “Derecho contractual colombiano: Identificación, asignación y distribución de riesgos”
- Castañeda Rivas, María Leoba, “La imprevisión en los contratos: La cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/art/art10.pdf>
- Diario El Comercio, “En el Valle de los Chillos se instalaron tres torres del sistema de alerta temprana por la actividad del Cotopaxi”, 29 de septiembre de 2015, <http://www.elcomercio.com/actualidad/quito-cotopaxi-sistema-alertatemprana-loschillos.html>
- Dickson Morales, Rafael R., “ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN REPÚBLICA DOMINICANA: UN CRITERIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN”, Universidad A. Coruña, <8.file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/rafael-dickson-morales%20RIEGOS.pdf>.
- Documento de la República de Colombia, Departamento Administrativo para la prosperidad Social, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Cecilia de la Fuente de Lleras, Dirección de Contratación de 5 de septiembre de 2012, www.icbf.gov.co/portal/page/portal/intranetIBCF/organigrama/SecretariaGeneral/Contratacion/Documentacion/Instrutivos/014394riesgosprevisiblesyotraclasederriesgosencontratacionestatal.pdf

- Ecuadorinmediato.com, edición 4356, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=wap_news_view&id=2818749213 “Correa dice que el Cabildo y el puerto paguen el dragado”
- Fandiño Gallo, Jorge. “Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte”. Revista Verba Iuris 26 (2011). <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/26/regulacion-y-distribucion-de-riesgos-en-los-contratos-de-obra-e-infraestructura-de-transporte.pdf>
- Fonseca Prada, Eduardo. “La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obra pública”. Universidad Uniandes Revista de Derecho Público No. 14 (2002).https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=24%3ARevista_14
- <http://www.monografias.com/trabajos95/derecho-contractual-colombiano-identificacion-asignacion-y-distribucion-riesgos/derecho-contractual-colombiano-identificacion-asignacion-y-distribucion-riesgos.shtml>
- <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2062>
- <http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>
- Luna Lara, María José, Trabajo de Tesis “Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública”, Universidad Andina “Simón Bolívar”, 2009,60 <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/T761-MDE-LunaMecanismos%20para%20conservar%20el%20equilibrio%20econ%C3%B3mico.pdf>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la República de Colombia, “Metodología, Valoración y Seguimiento de riesgos en los contratos estatales” (Bogotá: Dígitos y Diseños, 2011), 52 <http://www.irc.gov.co/irc/es/riesgo/valoraciondepasivoscontingentes/ManualdeValoracionAPP.pdf>
- Ortiz Mena, Esteban, “El Principio Rebus sic Stantibus en la Legislación Ecuatoriana” <http://www.monografias.com/trabajos82/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana2.shtml#ixzz47YKwaVkf>.
- Página web Gerencie.com, “Fuerza mayor o caso fortuito” <http://www.gerencie.com/fuerza-mayor-o-caso-fortuito.html>

- Paredes Fredes, Esteban, “Sobre la teoría de la Imprevisión”, Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, primera edición, 2009, http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n, 4, 5,6.
- Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, definición de la palabra “riesgo” <http://dle.rae.es/?id=AVWiN0d>, 2016.
- República de Colombia, Consejo Nacional de la Política Económica y Social, “Del riesgo previsible en el marco de la política de Contratación Pública”,2011.
- Roca Sastre citado por Bárbara Urrejola Scolari, Trabajo de Tesis “Teoría de la Imprevisión”, Universidad de Chile, 2003 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1.
- Resolución 27-2011 de la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de febrero de 2011, Blog de Información Jurídica Inteligente V/lex Ecuador <http://vlex.ec/source/corte-nacional-justicia-6890/c/Ex-Sala-de-Lo-Contencioso-Administrativo-de-la-Corte-Nacional-de-Justicia-2008>
- Rodríguez-Arana, Jaime, “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas”, <http://www.buenjuicio.com/wp-content/uploads/2015/09/prerrogativas-administracion.pdf>, 2008, 797.
- Silva, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”.Mercatoria: Revista jurídica, Volumen 6
- The free dictionary, definición de la palabra “imprevisto” <http://es.thefreedictionary.com/imprevisto>
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Murcia, España, <https://www.murcia.es/documents/11263/1183138/CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-CONTRATACION-ADMINISTRATIVA.pdf>

Normativa Nacional

- Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial, Suplemento, No. 46 (24 de junio de 2015), art. 1453 y siguientes. Última reforma 19 de junio de 2015.
- Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento, No. 395 (4 de agosto de 2008), art. 82-89
- Ecuador, Ley Orgánica Reformativa a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Segundo Suplemento (14 de octubre de 2013), art 85-88.
- Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, Decreto Ejecutivo No. 1700, Registro Oficial, Suplemento No. 588 (12 de mayo de 2009), art. 126,145.

Normativa Internacional

- Colombia, Ley 185 de 27 de enero de 1995 <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/29244829/Ley+185+de+1995.pdf/f4d18798-a05f-450c-bef8-55a5efdd6969>
- Colombia, Ley 448 de 21 de julio de 1998 <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/presupuesto/generalde/anacion/Normativapresupuesto/Leyes/Ley%20448%20de%20julio%201%20de%201998>
- Colombia, Ley 819 de 9 de julio de 2003 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13712>
- Colombia, Decreto 423 de 14 de marzo de 2001 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6095>
- Colombia, Documento CONPES 3107, 3 de abril de 2001 <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Jurisprudencia/CONPES-3107-RIESGO.pdf>
- Colombia, Documento CONPES 3133, 3 de septiembre de 2001 <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Jurisprudencia/CONPES%203133%20-%20RIESGO.pdf>
- Colombia, Documento CONPES 3249, 20 de octubre de 2003 http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3500_documento.pdf