

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y

MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

TEMA:

“MODIFICACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS”

DIRIGIDO POR: DR. JUAN PABLO AGUILAR

REALIZADO POR: DRA. JIMENA AYALA AYALA

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, autorizo al Centro de Información de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la Institución.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, los derechos de publicación de este trabajo o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses contados después de su aprobación.

Atentamente,

Dra. Jimena Ayala Ayala

Junio -2007

RESUMEN EJECUTIVO

Debido a la gran cantidad y diversidad de cuestiones que maneja el Estado por la vía de la función administrativa, la Administración Pública tiene la necesidad de realizar convenios y contratos que le permitan efectuar acciones tendientes a la consecución de sus fines, a través de relaciones con particulares.

Considerando que las características diferenciadoras del derecho privado son el objeto y las prerrogativas especiales que posee la administración especialmente la modificación, esta investigación se desarrolla en tres capítulos:

Capítulo I: Definición del contrato público y su modificación, los principios de inmutabilidad y mutabilidad y, la aplicación de los principios jurídicos que rigen el derecho administrativo desde el punto de vista de Cassagne.

Capítulo II: La desigualdad jurídica que existe entre el Estado y el Particular, la modificación unilateral de los contratos de obra pública, prestación del servicio público y adquisición de bienes con sus consecuentes limitaciones y, la modificación unilateral de los contratos petroleros.

Capítulo III: Formas de modificación de los contratos: órdenes de cambio, contratos complementarios, contratos adicionales, reajuste o revisión de precios, la renegociación y el otro sí. El estudio finiquita, con las conclusiones y recomendaciones derivadas de las legislaciones comparadas de Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador y España.

INTRODUCCIÓN

La figura del contrato administrativo tiene sus antecedentes y origen en el contrato civil. Se presenta como un instrumento jurídico distinto, sometido al régimen de derecho Público tanto en los aspectos formales como sustanciales.

El contrato administrativo es una herramienta a través del cual la administración da cumplimiento a los fines públicos, fundamentado en la colaboración voluntaria de un particular; pero a medida que se presentan nuevos requerimientos para su cumplimiento, el Estado lo subordina a su decisión, creando de esta forma una desigualdad jurídica entre las partes

La adecuación de la figura del contrato dentro de la actividad administrativa, implica una modificación en los principios esenciales y disposiciones comunes en materia contractual, modificaciones que se derivan de una serie de prerrogativas que posee la administración Pública, en razón de la finalidad específica que debe cumplir en todas sus actuaciones en pos de la satisfacción del interés público.

De esta forma el Estado, puede exigir garantías y ejecutarlas cuando creyere necesario, dirigir o ejecutar directamente la obra, declarar la caducidad, interpretar o modificar unilateralmente el contrato e incluso ordenar su liquidación.

El empleo de una figura comercial como es el contrato, no implica una renuncia por parte de la Administración a estas prerrogativas, sino que estas constituyen uno de los principales elementos diferenciadores entre el contrato administrativo y el contrato privado.

Los contratos administrativos se enmarcan en la obra pública, prestación de servicios públicos y adquisición de bienes, con ordenamientos jurídicos diferentes debido a la finalidad, así:

- Cumpliendo requisitos fundamentales como el límite cuantitativo determinado por las legislaciones y la invariabilidad del objeto, la Administración dentro de sus facultades puede modificar unilateralmente el contrato para reducir, suprimir unidades de obra, introducir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas y corregir errores.
- La modificación de los contratos de adquisición de bienes es cualitativa, es decir el objeto puede ser modificado siempre que la sustitución del bien sea por otro igual o de mejor calidad, con el precio fijado inicialmente.
- A diferencia de los contratos de obra pública y adquisición de bienes, el régimen jurídico de servicios públicos está determinado por los principios de continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad, por lo que su modificación se limita a la calidad y eficiencia.

La modificación unilateral de los contratos petroleros es excepcional como en el caso ecuatoriano, cuando el Estado determinó la necesidad de reformar la Ley de

Hidrocarburos, con el propósito de equilibrar el reparto de las ganancias derivadas de la variación de los precios del crudo en un 50% - 50%.

Dentro de las formas de modificación que el Estado puede utilizar de acuerdo a lo determinado por las legislaciones o la doctrina se encuentran: las órdenes de cambio para modificar las especificaciones, suprimir o disminuir las cantidades de obra; contratos complementarios, para ampliar o modificar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas; contratos adicionales utilizados para incluir rubros que no fueron considerados al suscribir el contrato inicial; reajuste de precios para mantener las condiciones económicas, cuando el contrato tiene una duración media o larga de tiempo; la renegociación de los contratos fue utilizada especialmente por el Gobierno de la República de Argentina, para estabilizar la variación del tipo de cambio (peso – dólar americano) y de esta forma mantener el equilibrio financiero de los contratos; y, el otro sí, que es un mecanismo utilizado para corregir vicios que se generan en los contratos y que no son considerados de nulidad absoluta.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

1.1	Definición de contrato público	1
1.2	Modificación del contrato público	3
1.3	Principio de inmutabilidad	6
1.4	Principio de mutabilidad – Factum Principis Ius Variandi	8
1.5	Noción de los principios en nuestro ordenamiento jurídico.....	11

CAPÍTULO II

2.1	La desigualdad en los contratos públicos y las cláusulas exorbitantes	13
2.1.1	Modificación unilateral de los contratos	23
2.1.1.1.	Modificación cualitativa	29
2.1.1.2.	Modificación cuantitativa	30
2.1.2	Modificación unilateral del contrato de obra pública	32
2.1.3	Modificación unilateral en los contratos de prestación de servicios	35
2.1.4	Modificación unilateral de adquisición bienes	37
2.2	Límites de la modificación unilateral	39
2.3	Modificación unilateral de los contratos petroleros	43

CAPÍTULO III

3.	Formas de la modificación de los contratos públicos	45
3.1	Órdenes de cambio	46
3.2	Contratos complementarios	47
3.3	Contratos adicionales	49
3.4	Reajuste o revisión de precios	51
3.5	La renegociación	54
3.6	El otro sí	58

CONCLUSIONES	61
---------------------------	----

RECOMENDACIONES	64
------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	66
---------------------------	----

CAPÍTULO I

1.1 Definición de contrato público

No existe un acuerdo en cuanto a su denominación, pues se lo llama indistintamente “contrato público”, “contrato del Estado”, “contrato administrativo”.

El contrato administrativo, como categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante el contrato, que correlativamente le garantiza al contratista privado, la integridad de sus derechos económicos¹.

En este tipo de contrato, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa², “materializada en una actividad, acción, proyecto, que a partir de la necesidad institucional o Estatal, se planifica y ejecuta, en función de alcanzar unos objetivos y metas definidos coherentemente con los objetivos de la organización, entidad u organismo a cuyo cargo se gestiona”³.

Sin embargo de ello, en su esencia como en todo contrato, cualquiera sea su naturaleza, siempre existen: partes que acuerdan algo (Administración-Particulares) y que se relacionan entre sí y, el objeto sobre el cual se produce el acuerdo, naciendo de esta

¹ Cassagne Juan Carlos. El contrato administrativo: “Conceptos y diferencias con los contratos civiles”. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 21

² El contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo... La finalidad pública y no la competencia jurisdiccional es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo con rasgos peculiares que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil... Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1999. Pág. 15 y ss.

³ Eguiguren Genaro. “Reajustes y conflictos en los contratos públicos”. Pág. 177

manera un vínculo jurídico de carácter obligatorio entre los contratantes, a través del cual, la Administración puede exigir el cumplimiento del contrato al particular forzosamente para alcanzar su finalidad, si fuera el caso.

Privilegio éste de que goza dicha Administración y que por ende carece el particular, debido a que se justifica en la naturaleza y sus objetivos encaminados a satisfacer el bienestar público; ejerciendo de esta manera, una influencia decisiva en el campo de la interpretación y, sobre todo, en lo que concierne a la eventual modificación de sus cláusulas.

Por lo expuesto, se desprende que el contrato administrativo “es un acuerdo que se celebra entre la Administración y un particular, tendiente a que este dé, haga algo o se abstenga de hacer algo a favor de la Administración, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la Administración obra en nombre del Estado”⁴.

Parafraseando esta definición se puede decir que:

1. La Administración como toda persona jurídica, puede producir manifestaciones de voluntad, a través de sus órganos: Presidencia, Gobernación, Alcaldías, etc.
2. La Administración requiere de cosas que necesita para cumplir sus fines y que ella misma no produce (objeto del contrato).
3. Puede pedir al particular que se abstenga de hacer algo, debido al privilegio que posee y que se respalda en la causa –fin⁵.

⁴ Franco Gutiérrez Omar. “La contratación Administrativa: Definiciones”. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1989. Págs. 21-23

⁵ La teoría causa fin que representada por el interés público relevante, se incorpora como elemento esencial del contrato y funciona durante toda la ejecución. Cassagne Juan Carlos. “El Contrato Administrativo: La

4. Debe cumplir requisitos, como por ejemplo, presentación de ciertos documentos por parte del oferente, constitución y aprobación de garantías, firmas, etc.
5. La Administración actúa en nombre del Estado y como tal tiene un poder de decisión que no tiene ninguna otra entidad.

1.2 Modificación del Contrato Público

La modificación, encuentra su fundamento en el denominado principio de la mutabilidad del contrato; que en el caso de la jurisprudencia de Costa Rica⁶, por ejemplo, constituye un principio constitucional⁷; reconociendo así, que el contrato administrativo (por su propia naturaleza) es mutable, ya que el interés público que la administración desea satisfacer por su medio es cambiante (no es estático). Esto puede suceder, entre otras cosas, por el largo período de tiempo en el que normalmente se desarrollan las relaciones contractuales de la Administración Pública, o por los cambios en el entorno, que provocan que lo contratado sufra un desajuste con el fin que se pretende satisfacer.

Consecuentemente, la Administración puede modificar sus relaciones contractuales en curso de ejecución, ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad

causa – fin como elemento diferenciador del contrato administrativo”. Segunda Edición. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 33

⁶ Sala Constitucional. Voto # 998-98 del 16 de febrero de 1998. “... **9.- De la mutabilidad del contrato:** puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar”. Costa Rica.

⁷ La contratación administrativa costarricense, se caracteriza por estar conformada de una serie de principios jurídicos, es en este sentido que la Sala Constitucional número 998-98, hace un lineamiento general de esta materia, al sintetizar y concretar los principios del derecho público que lo conforman y rigen, los cuales son de rango constitucional por derivar del Art. 182 de la Constitución Política: “Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las compras que hagan conformados de esas entidades ... se harán mediante licitación”, toda vez, que la misma constituye un procedimiento obligatorio en la Ley de Contratación Administrativa (Art. 41)

perseguida, lo cual será lícito y justo en cuanto estas sean objetivamente necesarias, cualquiera sea el contratista seleccionado en condiciones normales; siendo necesario redactar oportunamente la propuesta integrada por los documentos que lo justifiquen.

La doctrina admite la posibilidad de la modificación⁸, pero por razones de orden técnico, apoyándose en el principio de la buena fe, que se apuntala en obrar sin querer causar daño a otra persona.

Pese a ello, legislaciones como la colombiana limitan el campo de aplicación de la modificación del contrato, cuando la distingue como las instrucciones simples diarias que la Administración da por intermedio de sus funcionarios o del interventor, en ejercicio de su facultad de dirección del contrato (Art. 5° ordinal 2° de la Ley 80), no contemplando los casos en que se requiere por razones de interés público, efectuar un ajuste técnico que incide en el contrato y particularmente en su cantidad⁹.

Es claro que el contratista, no puede negarse a admitir la modificación del contrato por razones técnicas, cuando sabe que ello resulta indispensable para el cabal cumplimiento del objeto, ya que lo contrario significaría que él, sometiéndose enteramente a lo establecido en el contrato, pretende causarle daño a la Administración.

Pero esta modificación, como contraparte le otorga al contratista el derecho a ser indemnizado, siempre que la acepte y cuando demuestre que ella deriva un perjuicio. No

⁸ Bercaitz Miguel "Teoría General de los Contratos Administrativos". Buenos Aires, 1952. Págs. 391-393

⁹ Guerrero Myriam. "Estatuto de la Contratación Administrativa". Bogotá, 1994. Pág. 90.

tiene derecho cuando decide rescindirlo, porque en este caso las expectativas de ganancias se truncan por su propia voluntad¹⁰.

Ahora bien, nada impide que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación del contrato administrativo en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad del interés público.

Aquí se puede considerar las cláusulas limitativas de responsabilidad, las de reajuste, de modificación que no tocan la economía del contrato y de imprevisión.

El pacto de limitación de responsabilidad se encuentra por ejemplo en el contrato de obra con precios unitarios no reajustables; las cláusulas de reajuste de la economía del contrato, cuando se pactan modificación de los precios por suspensiones, por aumento del tiempo de ejecución, mora en el pago de las obligaciones de obras adicionales (que tienen relación directa con lo contratado), obras extras (que no tienen relación directa con lo contratado), obras nuevas, suspensiones del contrato que imponen una mayor permanencia en la obra, por ejemplo de guardias o adición de plazo; de modificación que no afecta la economía del contrato, por ejemplo cuando las partes pactan las modificaciones en el plazo, en las obras o en los términos del contrato y no en el precio y, las de imprevisión que puede alegarse después de la suscripción y no antes¹¹.

¹⁰ Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: potestades y cláusulas excepcionales”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 300.

¹¹ Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Modificación del acuerdo pactado”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 315

La Ley de Contratación Pública ecuatoriana, prevé una modificación en el contrato de obra pública, como consecuencia de causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución; la misma que puede efectuarse a través de obras complementarias cuando, en una obra determinada que se haya dividido en dos o más etapas específicas, se requiera la terminación de una de esas etapas, si el contrato para ejecutarla ha sido declarado unilateralmente terminado por incumplimiento del contratista o por terminación de mutuo acuerdo.

En este caso el contrato complementario puede suscribirse con otro contratista que demuestre capacidad técnica para cumplir a cabalidad el contrato.

Además, a través de órdenes de trabajo, la entidad contratante podrá disponer durante la ejecución de la obra, hasta del 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos.

1.3 Principio de inmutabilidad

Este principio es estrictamente aplicado en el derecho privado, pues, las convenciones realizadas en el contrato son inmutables y sus términos inflexibles. En el derecho privado se acepta que lo que se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente y debe cumplirse tal como fue convenido, ya que lo que el mutuo consensus ha establecido, solo el mutuo dissensus puede modificarlo, es decir, que ninguno de los contratantes puede unilateralmente alterar el contrato¹².

¹² Berçaitz Miguel. “Teoría General de los Contratos Administrativos”. Buenos Aires, 1952. Pág. 298

Al ser celebrado legalmente el contrato este constituye ley para las partes y no puede ser modificado, así se presenten mejores condiciones a las inicialmente propuestas.

En el derecho administrativo se modifica el principio general de inmutabilidad del derecho privado, puesto que el contrato administrativo tiene su origen en el contrato civil; el cual, en los últimos tiempos ha sufrido cierto deterioro ante las exigencias de interés público, que constituye la finalidad del contrato administrativo, dando paso a cierto grado de mutabilidad sin altear el objeto y el contenido del contrato.¹³

Es decir, que mientras presente el derecho administrativo un mayor avance en la elaboración del complicado convenio contractual, perderá la rigurosa inflexibilidad de que goza el derecho privado, para ceder ante las razones de interés público, que genera una relativa mutabilidad.

Al respecto, Garrido Falla, opina que “cuanto menos evolucionado aparezca el régimen jurídico-administrativo de un determinado país, la aplicación del principio referido será tanto más rigurosa”¹⁴.

Siguiendo este lineamiento se puede decir, que la Ley de Contratación Pública ecuatoriana, también tiende a cumplir este principio, ya que la modificación se efectúa en el proceso precontractual, pues, éste no implica aún una ley para las partes y, luego de

¹³ Escola Héctor. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”. Volumen I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. Pág. 374.

¹⁴ Garrido Falla. “Tratado de derecho administrativo”. Madrid, 1962. t. II Pág. 78-79

suscrito el contrato, en el de construcción de obras, contempla solo tres casos: obras complementarias, creación de nuevos rubros y en caso de errores.

A decir de la Dirección de Contratación Pública de la Procuraduría General del Estado, los contratos administrativos se rigen estrictamente a lo contemplado en la ley; es así, que luego de suscrito el instrumento legal por las partes, en el de obras públicas podrá ser modificado únicamente a más de lo previsto en la Ley de Contratación Pública, el plazo de entrega, siempre y cuando sea una situación imprevisible o de fuerza mayor (hechos naturales) y, en el de adquisiciones de bienes por práctica administrativa, se permite la modificación del objeto (producto a ser adquirido), como consecuencia del avance tecnológico, pero en iguales o mejores características al requerido, con precios iguales o menores al pactado.

1.4 Principio de mutabilidad – Factum Principis Ius Variandi

La mutabilidad del contrato es una potestad que tiene el Estado, expresión de la condición de subordinación jurídica en que se halla el contratista frente a la Administración, atribuyéndole así un carácter específico y propio a estos contratos¹⁵; lo cual demuestra que el contrato administrativo carece de la rigidez del de derecho privado y que las partes se encuentran en condiciones jurídicas desiguales, la cual subsiste durante toda la vida del contrato.

¹⁵ Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Mutabilidad”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 44

Potestad, que según García Enterría¹⁶, radica en la decisión que toma el Estado en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial, vinculando de esta forma al contratista a estas decisiones y obligándolo a impugnación ex post ante los órganos jurisdiccionales y corriendo con la carga de la prueba.

Hay quienes defienden que el contrato del Estado es por naturaleza mutable, pues, sus cláusulas están sujetas a cambios que las acomoden al interés público y a la satisfacción de las necesidades, pero respetando siempre la ecuación económica inicialmente pactada¹⁷, cuando ella no sea contraria a normas de orden público; es decir que dichas cláusulas deberán considerar las ventajas patrimoniales concedidas al contratista¹⁸.

La potestad modificatoria de la administración pública, corresponde a todos los contratos, cualquiera sea su clase y su objeto específico, pudiéndose prever que existirá mayor mutabilidad en las prestaciones de largo plazo; y que, las condiciones e importancia de modificación no son similares en todos los casos.

El Art. 12, inc. a), del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina: “la prerrogativa de ... modificarlos por razones de interés público...”, evidencia que, la potestad de modificación, no surge en principio del contrato, sino del ordenamiento vigente.

¹⁶ García De Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomás. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1963. Pág. 630.

¹⁷ Ecuación económica, entendida como la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar. Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Economía del contrato-Equilibrio económico de los contratos”. Bogotá, 2004. Pág. 310.

¹⁸ Herrera Barabosa Benjamín. “Contratos Públicos: Intangibilidad”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 91

Es así, que España ha dictado una Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que manteniendo el modelo del contrato administrativo clásico del derecho francés, ha introducido innovaciones jurídicas, exigiendo que en el pliego de cláusulas particulares de los contratos, se hagan constar las prerrogativas de la Administración (Arts. 5º, inc.2.b y 8º con mención expresa, LCAP), para evitar cualquier duda interpretativa y para reforzar la idea de que la prerrogativa solo emana de una norma y no de un pacto entre particular y Estado y, menos aún de una cláusula exorbitante implícita¹⁹.

Como se puede observar, la adecuación de la figura del contrato dentro de la actividad administrativa, involucra una modificación en los principios esenciales y disposiciones comunes en materia contractual, modificaciones que derivan esencialmente una serie de prerrogativas que en general posee la Administración Pública, en razón de la finalidad específica que debe cumplir en todas sus actuaciones, cual es la satisfacción del interés público o general. El empleo de una figura negocial como es el contrato no implica una renuncia por parte de la Administración a estas prerrogativas, sino que estas constituyen uno de los principales elementos diferenciadores entre el contrato administrativo y el contrato común.

1.5 Noción de los principios en nuestro ordenamiento jurídico:

¹⁹ Cassagne Juan Carlos. “Los contratos de la Administración en el derecho comparado”. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 379-380.

A partir de las nociones anteriores surge la siguiente cuestión: ¿es necesario que se postulen o desarrollen principios jurídicos para que rijan una materia específica?. Casagne responde esa pregunta al hablar de los principios del derecho administrativo, diciendo que “el derecho no es sólo un catálogo de normas positivas, desprendidas de la justicia y de la realidad natural y que el juez (o en su caso, el operador de las normas) no se limita a aplicar como un autómatas esas normas con el sólo auxilio de la lógica formal y el método deductivo, sino que es necesario que en cada caso, quien aplica las normas, valore una serie de principios y valores fundamentales, que justamente le permitan brindar una solución ajustada al fin servicial que el Estado debe cumplir, en procura del bien común. Para cumplir con ese objetivo, los principios son postulados de primer orden a los cuales debe acudir, como normas orientadoras del actuar administrativo.”²⁰ De ese modo, los principios imprimen al sistema jurídico dinamicidad y, además, le permiten al operador, vistas las circunstancias que rodean el caso concreto, darle una *solución justa*.

En ese orden de ideas, expone Casagne que “mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas ‘con similar propósito de precisión’, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto...A su vez, el dinamismo potencial que caracteriza a los principios generales del derecho es por demás evidente y esto es lo que hace que se

²⁰ Casagne Juan Carlos. “Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1988. Págs. 7-10, 103-108, lo escrito entre paréntesis fue agregado.

conviertan en la principal fuente de un derecho que, como el administrativo, se encuentra en un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones. Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero entiéndase bien que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de la permanencia de los principios e instituciones fundamentales no obstante su adaptación a una realidad en continuo movimiento.²¹

CAPITULO II

²¹ Casagne, Juan Carlos. “Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”. Págs. 27-30.

2.1 La desigualdad en los contratos públicos y las cláusulas exorbitantes

Al ser la mutabilidad una potestad del Estado, el contrato estatal coloca a las partes en condiciones desiguales jurídicamente y por ende genera una relación de subordinación y no de colaboración; es decir que, el contratista no está contratando con un igual, dado que el Estado le exige garantías que puede ejecutarlas, dirigir o ejecutar directamente el contrato, declarar la caducidad, terminación unilateral, modificar unilateralmente el contrato cuantas veces quiera y también ordenar su liquidación²².

Para el cumplimiento del objeto contractual, las entidades públicas pueden utilizar medios, que según las legislaciones los denominan potestades, facultades, prerrogativas administrativas o derechos de la Administración (art. 14 de la Ley 80 de 1993 de Colombia, Art. 12 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional - RCAN de Argentina, art. 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - LCAP de España, arts. 11- 14 de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica, respectivamente).

El derecho comparado de las legislaciones española, argentina, colombiana y costarricense, demuestra que el campo de aplicación de las potestades difiere unas de otras; por ejemplo, la española únicamente se limita a interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta; mientras que la colombiana, tiene a más de las citadas, las potestades de caducidad y, la de control,

²² Franco Gutiérrez Omar. “La contratación administrativa: Definiciones”. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. Colombia, 1989. Pág. 26.

inspección y dirección de la respectiva contratación, siendo ésta última también, una facultad de la Administración argentina.

Pero van más allá las facultades administrativas, cuando por ejemplo, la legislación argentina, determina la imposición de penalidades al incumplimiento de sus obligaciones y además, puede proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el contratista no lo hiciera dentro de plazos razonables; y, en la colombiana, en los casos de terminación, interpretación, modificación unilateral, la de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, asume como pactadas aún cuando no se consignan expresamente²³.

La legislación española para ejercer las prerrogativas, le otorga el derecho de audiencia al contratista (art. 60 numeral 1 LCAP); mientras que en la legislación colombiana, el recurso de reposición²⁴ (art. 14 de la Ley 80 numeral 1), para los casos de terminación interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y liquidación unilateral.

Más allá de lo que señala la doctrina, los poderes exorbitantes de la Administración Pública, de su misma posición de poder frente al contratista, derivan el ordenamiento

²³ “La producción de efectos implícitos exorbitantes (por más sustantivos que pueda suponerse que fueran), no es concebible que deriven de pacto o contrato alguno, ya que en principio las prerrogativas públicas surgen del régimen jurídico normativo que es típico del contrato administrativo. El pacto no es pues, fuente de las prerrogativas de poder público, lo cual no obsta para que se celebren, contratos que tengan por objeto actos y potestades administrativas (previamente configuradas por el ordenamiento administrativo), a través de los llamados contratos públicos”. Cassagne Juan Carlos. “El Contrato Administrativo: Sobre las cláusulas exorbitantes implícitas”. Segunda Edición. Buenos Aires, 2005. Pág. 353

²⁴ **Recurso de reposición:** “Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado ponente no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, a fin de que se revoquen o reformen”. Art. 348. Código de Procedimiento Civil. Colombia.

jurídico en general y, en especial, el principio de auto tutela existente en toda administración, sin requerir una estipulación particular en el contrato.

Según el constitucionalista español José Luis Meilán, como potestades y no como privilegios deben ser consideradas las prerrogativas señaladas en el Art. 60 de la Ley de Contratación Administrativa Pública, porque son poderes vinculados al fin y por él evaluable en todas sus facetas²⁵.

Para una mejor ilustración, a continuación veremos en forma sucinta, lo que le implica al contratista la aplicación por parte de la Administración de estas prerrogativas:

Cláusulas de caducidad y terminación unilateral.- Disposición que debe llevar obligatoriamente todos los contratos administrativos, por medio del cual se autoriza a la Administración a dar por terminado un contrato, cuando el contratista ha incurrido en causales, como por ejemplo, el incumplimiento total o parcial de la prestación comprometida, el cumplimiento con imperfecciones o tardíamente. Aquí, juega un papel fundamental el plazo establecido, en la fijación de la mora definitiva y en la declaración anticipada de caducidad²⁶.

El art. 18 del Estatuto de Contratación Administrativa de Colombia, determina que la caducidad es una estipulación que mediante acto motivado, conlleva la terminación y

²⁵ Meilán Gil José. Consejero de Estado español. “V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo”. Pág. 165.

²⁶ Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Contenido del contrato – Otras cláusulas”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 264.

liquidación del contrato²⁷ en el estado en que se encuentre, al presentarse hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista, que afecta de manera grave y directa a la ejecución del contrato.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, además, autoriza a la entidad contratante, a tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del objeto contratado, a través del garante o de otro contratista.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el Art. 104 LCP, señala como causales de terminación anticipada y unilateral del contrato, los casos de incumplimiento del contratista, por quiebra o insolvencia, si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento (5% de precio fijado) del contrato y por suspensión de los trabajos por decisión del contratista sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

Al respecto de lo manifestado, esta potestad es discrecional para la entidad pública ecuatoriana, porque puede ocurrir que a pesar de que el monto de las multas supere el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, no convenga a los intereses institucionales o nacionales dar por terminado unilateral y anticipadamente el respectivo contrato²⁸.

Si bien, las referidas legislaciones apuntalan su decisión de terminar el contrato fundamentalmente en el incumplimiento del contratista, la Administración costarricense puede rescindir o resolver unilateralmente, sus relaciones contractuales, además del

²⁷ El art. 61 de la Ley 80.- De la liquidación unilateral: "Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptarán por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición".

²⁸ Registro Oficial N° 402 de agosto 19 de 2004. "Multa por incumplimiento del Contrato". Ecuador. Pág. 14.

incumplimiento, por motivos de fuerza mayor²⁹ o caso fortuito y cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso (art. 11 de la Ley de Contratación Administrativa).

En este contexto, es importante señalar la reflexión de Marienhoff, cuando manifiesta “que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales, que se tornan inadecuadas para satisfacer las necesidades que al contratar se tuvieron en mira”³⁰.

A diferencia de estas legislaciones, la correspondiente de España, tiene un tratamiento especial, en caso de existir demora en la ejecución o incumplimiento del objeto del contrato; es así, que el Art. 60, numerales 2, 3, 4, 5 y 6, instituye que la constitución en mora del contratista no precisa intimación previa por parte de la Administración y cuando incurre en demora al cumplimiento de plazo, la Administración puede optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias hasta un máximo del 5% del precio del contrato; incluso la misma, puede acordar en el pliego de cláusulas administrativas particulares de penalidades distintas, atendiendo a las especiales características del contrato.

Cláusulas de garantías.- La garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad. En los contratos es un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas³¹.

²⁹ “La fuerza mayor es un fenómeno imprevisible, ajeno a las partes, que impide la ejecución del contrato y que por lo tanto obliga a liquidarlo o terminarlo en el estado en que se halle, alterando su economía”. Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos”. Bogotá, 2004. Pág. 324

³⁰ Escola Héctor. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”. Volumen I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. Pág. 374.

³¹ Franco Gutiérrez Omar. “El Contrato Administrativo. Cláusula de Garantías”. Primera Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1989. Págs. 228 – 230.

Las garantías exigidas por la administración pueden ser por los anticipos concedidos al contratista, para asegurar el riesgo de una ejecución parcial o defectuosa en la obra o servicio, o que los equipos a suministrar e instalar no funcionan óptimamente, disponiendo de esta forma del patrimonio del contratista.

En el caso de la legislación ecuatoriana, los arts. 68,69, 70 y 71 prevén la garantía de fiel cumplimiento del contrato, del anticipo, garantía técnica para ciertos bienes y garantía para la debida ejecución de la obra.

Cuando un contratista incurre en incumplimiento, la Administración costarricense, puede hacer efectiva la garantía correspondiente, pero esta decisión debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición (art. 14 de la Ley de Contratación Administrativa)

Modificación unilateral.- Facultad para modificar el contrato adicionando o suprimiendo obras, trabajos, suministros o servicios, siempre que las razones sean justificadas por el interés público y no exista acuerdo entre las partes³².

Esta facultad es limitativa en la legislación colombiana, al establecer que, si el valor contratado se altera en un 20% o más, el contratista podrá renunciar a la ejecución del contrato, debiendo liquidarse el mismo, bajo un acto administrativo debidamente motivado (art. 16 de la Ley 80, Parágrafo 2); en cambio, en la legislación argentina constituye una regla confiscatoria, al señalar que, si el contratista se niega aceptar la

³² Art. 16 de la Ley 80 de 1993. Colombia.

modificación propuesta, el contrato se considera rescindido sin culpa de las partes, lo cual resulta inconstitucional, pues se cercena el derecho de propiedad del contratista (art. 17, CN) y viola el principio de la igualdad, al hacerle soportar, de un modo desigual, la carga de los perjuicios derivados de la rescisión del contrato, por razones de interés público³³.

La interpretación unilateral.- El derecho comparado de las legislaciones colombiana y española, determinan que este recurso puede ser aplicado por la Administración mediante acto motivado, cuando no se logre un acuerdo entre las partes respecto a la interpretación de algunas de sus estipulaciones, que durante la ejecución del contrato, puedan conducir a la paralización o la afectación grave del servicio público (art. 15 de la Ley 80 y art. 60, numeral 3, literal a) LCAP).

Dirección y control.- La administración cumpliendo dicha prerrogativa, puede aplicar una amplia gama de actos y decisiones, que van desde las tareas de inspección, análisis, pruebas, muestreos, etc., hasta procedimientos de fiscalización muy estrictos³⁴. En el ejercicio de este poder, es frecuente que la administración pública imparta al contratista órdenes que deben ser acatadas por éste.

En virtud de este derecho, tanto las Administraciones de Argentina³⁵ y Costa Rica³⁶ poseen esta facultad.

³³ Cassagne Juan Carlos. "El Contrato Administrativo: El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional". Segunda Edición. Abeledo – Perrot Buenos Aires, 2005. Pág. 64.

³⁴ Bercaitz Miguel. "Teoría General de los contratos administrativos". Buenos Aires, 1952. Pág. 290.

³⁵ Art. 12, literal c) LNPA: "Facultades de la Administración: El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación". Argentina.

El art. 14 de la Ley 80 de Colombia, determina, que en los actos que se ejerciten algunas de estas potestades deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de los compromisos e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas.

Ejecución directa.- Para un sector de la doctrina esta prerrogativa emana de los poderes implícitos que posee la administración contratante³⁷, o bien, de la propia naturaleza de los contratos administrativos y los fines que persigue³⁸.

El art. 12, inc. e) del Régimen de Contratación argentino, concede a la Administración esta facultad, cuando el contratista no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del contratista incumplidor. Esto demuestra el poder represivo de la Administración ante el incumplimiento del contratista.

Las potestades expuestas evidencian, que el contratista no tiene libertad de disentir sobre las condiciones del contrato, solo puede aceptar o rechazarlas prevaleciendo siempre el interés público sobre el privado; además, la administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista, ya que para satisfacer el interés público en general, le impone ciertas prerrogativas y condiciones que le subordinan, a través, de la

³⁶ Art. 13, numeral 2) Ley de Contratación Administrativa: “Potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste, respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas”.

³⁷ Marienhoff Miguel. “Tratado de derecho administrativo”. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 419.

³⁸ Bercaitz Miguel. “Teoría general de los contratos administrativos”. Segunda Edición. Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 424.

presencia de cláusulas exorbitantes³⁹ del derecho común y que son de inclusión obligatoria, pese a que en algunos casos pueden considerarse exageradas, drásticas y a veces inconvenientes para sus intereses, por el poder que posee la administración.

A decir de García Enterría⁴⁰, "... en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público, no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en el caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podía prever en el momento de contratar".

Los contratos privados no pueden incluir este tipo de cláusulas, porque constituirían objeto ilícito, al respecto la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana⁴¹, manifiesta: " Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano, y este Derecho prescribe que todos cuanto tengan necesidad de exigir el cumplimiento de una obligación

³⁹ Esta figura tiene su origen en Francia, en donde se las define como estipulaciones, "cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales" o "cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho Civil". (Sentencias del Consejo de Estado Francés del 20 de octubre de 1950. Arret Stein y 19 de junio de 1952. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 191).

⁴⁰ García de Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomás. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1963. Pág. 630.

⁴¹ Pérez Efraín. "El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución – Cláusulas exorbitantes". Ediciones ESTADE. Ecuador. Pág. 5

acuden al poder judicial; la estipulación de administrar justicia por sí mismo en su propia causa, sería incompatible con la existencia misma de la asociación civil, porque eso de desempeñar el doble papel de Juez y parte, es contrario a la ley, a la conciencia, pues es muy difícil que impere la justicia en donde media el interés”.

En definitiva, el ejercicio de la prerrogativa debe llevarse a cabo de acuerdo con los límites prefijados, cuando la potestad está expresamente configurada, en cuanto al alcance de su contenido y existen razones de orden público, de moralidad administrativa y de promoción de la concurrencia que impiden renunciar al ejercicio de la prerrogativa, esto por ejemplo acontece, al declarar la caducidad del contrato, en caso de incumplimiento de las obligaciones⁴².

2.1.1 Modificación Unilateral de los contratos

La mutabilidad permite introducir modificaciones, cuyo fin último es la adaptación de los términos originalmente pactados según las conveniencias de la colectividad, lo cual nos lleva a afirmar que existe flexibilidad del contrato administrativo, aspecto que lo diferencia del contrato de derecho privado.

⁴² Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: El régimen exorbitante y el carácter expreso”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 61.

Sobre el particular los autores Cassagne y Bercaitz, se han referido a la figura de la modificación unilateral del contrato, como de seguido se detalla:

“El ordenamiento puede atribuir de un modo expreso a la Administración, para introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos; poder que deberá ejercerse razonablemente dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica, que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”⁴³.

“ ... Existe indudablemente por lo tanto una menor estabilidad en las situaciones individuales que crea el contrato administrativo con relación a las que se originan en los contratos de derecho privado, producida por la presencia en los primeros del interés público que altera profundamente su régimen jurídico. Por eso, la Administración no viola ninguna regla de derecho cuando en ejercicio de sus atribuciones propias modifica las condiciones pactadas, para la mejor y más eficiente satisfacción de las necesidades públicas”⁴⁴.

La doctrina española⁴⁵, en relación a la potestad de modificación unilateral del contrato, ha indicado que constituye un dogma universal del Derecho Público, sea cual sea la

⁴³ Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos”. Segunda Edición. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 46.

⁴⁴ Bercaitz Miguel. “Teoría General de los Contratos Administrativos”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980. Pág. 391.

⁴⁵ Ortiz Ortiz Eduardo. “Tesis de Derecho Administrativo”. Tomo III. Edición 2002. Editorial Stradtman. Biblioteca Jurídica Dike.

posición que guarde en ellos tanto si es oferente como aceptante, vendedora o compradora en un contrato⁴⁶.

De lo anterior, se desprende que ese poder con que cuenta la Administración para modificar unilateralmente los contratos que suscribe con los particulares, responde a las exigencias del interés público en juego, tomando en cuenta las necesidades del servicio o bien y el aspecto de imprevisibilidad, sin que requiera el consentimiento del contratista para implementar la variación, ya que está obligado a cumplir con la modificación requerida como parte de la ejecución contractual.

Ahora bien, la modificación unilateral se sustenta en los ordenamientos jurídicos, como los que se han venido tomando de referencia: arts. 16 de la Ley 80⁴⁷ de Colombia, Art.12 de la Ley de Contratación Administrativa⁴⁸ de Costa Rica y 102 numeral 1) LCAP⁴⁹ de España, los mismos que determinan requisitos y procedimientos a los que deben sujetarse las administraciones públicas.

⁴⁶ El autor Miguel Marienhoff, en su Libro denominado Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, mencionó lo siguiente: “Otra potestad propia de la Administración Pública es la de modificar el contrato; en tal orden común. Por ello su existencia no requiere texto expreso que la consagre; existe por sí como principio”

⁴⁷ **Art. 16 de la Ley 80: Modificación unilateral.-** “Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no lleguen al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”

⁴⁸ **Art. 12 LCA: Modificación contractual.-** Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta en un 50%, el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido...”

⁴⁹ **Art. 102, numeral 1) LCAP: Modificaciones de los contratos.-** “Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”

Para una mayor ilustración, revisaremos las legislaciones de Colombia y Costa Rica, que si bien tienen un objetivo común como es la modificación unilateral, las reglas son distintas.

Legislación de Colombia⁵⁰:

Entre los requisitos para proceder a una modificación unilateral constan:

- a. No podrán modificarse la clase y el objeto del contrato.
- b. Mantener las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
- c. Respetar las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
- d. Guardar el equilibrio financiero del contrato para ambas partes.
- e. Reconocer al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

Legislación de Costa Rica⁵¹:

La administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, bajo las siguientes reglas:

- a. Que la modificación, aumento o disminución del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto.
- b. Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares.

⁵⁰ Art. 20.- Modificación unilateral, Ley 222 de 1983: “Normas sobre contratos de la Nación”. Colombia

⁵¹ Art. 200 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa. Decreto ejecutivo N° 33411-H, 27 de septiembre de 2006. Costa Rica.

- c. Que no exceda del 50% del monto del contrato original incluyendo reajuste o revisiones según corresponda.
- d. Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.
- e. Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público.
- f. Que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado.

Luego de cumplidos los requisitos, el procedimiento a seguir en el caso de la legislación colombiana⁵², es el siguiente:

“En los pliegos de condiciones deberán contemplarse las modificaciones de los contratos, que sean previsibles⁵³ y la manera de asegurar el equilibrio financiero de los mismos. Cuando en el curso de la ejecución de un contrato el interés público demande la variación del mismo, la entidad pública correspondiente propondrá al contratista el procedimiento para llevarla a efecto, la manera de acreditar y reconocer los nuevos costos, o de disminuir los que no vayan a causarse, según el caso, mediante las evaluaciones técnicas pertinentes y el señalamiento de los nuevos precios, si a ello hubiere lugar.

⁵² Art. 21. Ley 222 de 1983.- “Procedimiento para la modificación unilateral: Normas sobre contratos de la Nación”. Colombia.

⁵³ Este requisito tiene dos inconvenientes: 1) Obliga a adivinar a la entidad contratante con anticipación, desde cuando se redacten los pliegos, de cuáles serían las posibles modificaciones que el contrato pudiera presentar posteriormente, en beneficio del interés público. Lo que es ilógico, porque si la Administración no adivina, no podrá después hacer la pretendida modificación, toda vez que no fue prevista. 2) Solo es posible la modificación unilateral en aquellos contratos que tuvieron previamente pliegos de condiciones. Estas limitantes, prácticamente hacen engañosa la posibilidad de la modificación unilateral de los contratos. Franco Gutiérrez Omar. “La Contratación Administrativa: Principio de modificación unilateral del contrato”. Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1989. Pág. 268.

Se sentará un acta con los términos de la propuesta; si el contratista no acepta y la entidad pública considera indispensable para el interés público y el mejor cumplimiento del contrato introducir las modificaciones propuestas, lo decidirá así por medio de resolución motivada, que se notificará personalmente al interesado o su representante dentro de los 5 días siguientes a la expedición.

Contra la resolución que ordena la modificación unilateral procederá únicamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista; en firme la decisión, la modificación se tendrá como parte integrante del contrato y surtirá efectos a partir de ese momento, pero podrá haber alteración de los plazos de cumplimiento y reajuste de las finanzas, si fuere pertinente”.

Por lo visto, para que el Estado pueda proceder a la modificación unilateral de un contrato, debe justificar las razones y ajustarse a mandatos legales previamente señalados por el ordenamiento jurídico, lo cual implica el cumplimiento de procedimientos que tienden a controlar la actividad de la Administración y a garantizar los derechos del Contratista.

La facultad de modificación unilateral que tiene la administración pública se refiere a dos supuestos distintos:

1. Modificación de carácter cualitativo: variación del objeto del contrato.

2. Modificación cuantitativa: aumento o disminución en la prestación del objeto del contrato.

Ambos supuestos entendidos como facultad de modificación unilateral, son de aplicación excepcional por parte de la administración, ya que, su ejercicio debe entenderse dentro de las limitaciones que la legislación misma impone y que la jurisprudencia ha establecido como fuente supletoria de los vacíos normativos.

La modificación entendida en sentido general, es la única forma de satisfacer el interés público perseguido y que por lo tanto, obedece a circunstancias que no hayan podido preverse al momento de iniciarse los procedimientos⁵⁴.

2.1.1.1. Modificación cualitativa

Una modificación de carácter cualitativo, tiene relación con la variación del objeto del contrato.

Tomando como base la Jurisprudencia de Costa Rica, se observa que en materia tecnológica por ser cambiante, la empresa contratista entrega algo superior con el mismo precio; lo cual implica que la Administración cambie el objeto del contrato.

⁵⁴ De la O Castro Marco Antonio, Lcdo. "Supuestos y requisitos de la modificación". Dirección General de Contratación Administrativa DGCA-1086-99. 10 de septiembre de 1999. Costa Rica.

Ahora bien, la Administración podrá recibir objetos actualizados respecto del bien adjudicado, en tanto se cumplan las siguientes condiciones⁵⁵:

- a) Que los objetos sean de la misma naturaleza.
- b) Que se dé un cambio tecnológico que mejore el objeto⁵⁶.
- c) Que no se incremente el precio ofertado.
- d) Que se mantengan las demás condiciones que motivaron la adjudicación.

En las contrataciones para la adquisición de equipos tecnológicos, el adjudicatario estará obligado a cumplir con la entrega de la última actualización tecnológica de los bienes adjudicados, siempre y cuando la administración lo haya dispuesto expresamente en el cartel

Es preciso destacar, que al condicionar el no incremento del precio ofertado (literal c), el derecho de modificación a favor de la Administración implica un perjuicio económico parcial para el contratista, porque la utilidad prevista por parte de éste, se ve disminuido debido al costo de adquisición del bien.

Por lo tanto, aún cuando existen reglamentos establecidos como en el caso de la legislación costarricense, que tratan de equilibrar legalmente a las partes involucradas (porque fundamenta sus derechos en el debido proceso y las audiencias previas a la toma

⁵⁵ Art. 12, numeral 2). Ley 8511.- “Modificación contractual y actualización tecnológica”. Costa Rica. Mayo 16 de 2006.

⁵⁶ Cuando se habla de objeto, se hace relación precisamente, al contenido mismo de la obligación y la obligación puede ser la transferencia del dominio de cosas muebles o inmuebles, realizar una acción positiva a favor de otro como ocurre en el contrato de obra pública o prestación de servicios. Franco Gutiérrez Omar. “La contratación Administrativa: Requisitos concomitantes a la celebración del contrato”. Primera Edición. Colombia, 1989. Pág. 210.

de decisiones. Arts. 11 y 14 de la Ley de Contratación Administrativa), la desigualdad jurídica prevalece, ya que al final el contratista así sea de forma parcial, en algunas ocasiones será perjudicado económicamente.

2.1.1.2. Modificación cuantitativa

La modificación cuantitativa se refiere al aumento o disminución en la prestación objeto del contrato; supeditada al porcentaje que cada una de las legislaciones ha establecido, así:

- Legislación de Argentina: puede “aumentar o disminuir hasta un 20% el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos”⁵⁷.
- Legislación de Costa Rica: “Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta un 50%, el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles...., siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto”⁵⁸.
- Legislación de Colombia: Para evitar la paralización o afectación del servicio, la Administración podrá modificar en un valor menor al 20% al inicialmente

⁵⁷ Art. 12, inc. B) del Régimen de Contratación de la Administración Nacional. Argentina

⁵⁸ Art. 12 de la Ley de Contratación Administrativa. Costa Rica

pactado, a través de la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios⁵⁹.

- Legislación de España: Del texto del art. 102.- Modificaciones de los contratos, se desprende que, las modificaciones que la Administración puede efectuar, serán por causas imprevistas o nuevas necesidades; además, no existe un porcentaje fijo, únicamente establece que al superar el 10% del precio primitivo del contrato, este será aprobado por el Ministerio de Economía y Hacienda.

De los textos señalados, se colige que el derecho de modificación unilateral es un derecho que la Administración tiene en la ejecución de un contrato y que el porcentaje es un límite cuantitativo, excepto en la legislación española.

Finalmente, frente a la modificación unilateral, el contratista puede verse favorecido o perjudicado, es decir, cuando se ordene un aumento⁶⁰ o disminución⁶¹ del objeto pactado respectivamente.

2.1.2 Modificación Unilateral del Contrato de Obra Pública

⁵⁹ Art. 16 de la Ley 80 de 1993. Colombia.

⁶⁰ Un ejemplo del aumento se podría señalar, que se causa perjuicio al contratista, si en la construcción de una obra la Administración lo obliga a realizar un aumento en la cantidad a construir y el contratista no tiene los recursos financieros para hacerle frente a ese aumento, podría encontrarse inmerso en un eventual incumplimiento.

⁶¹ Un ejemplo de esta situación podría ser que se obligue al contratista a prestar menos horas a un servicio de las que inicialmente se había contratado, o en el caso de un contrato de obra, la Administración podría obligar al contratista a construir menos de lo que acordó inicialmente.

El contrato de obra pública es el vínculo jurídico a través del cual, por un lado está la presencia del Estado y por el otro un particular (que podría ser un ente) con el objeto de construir una obra pública, mediante el pago de un precio y conforme a las prescripciones establecidas en la ley y el correspondiente pliego de condiciones (bases)⁶².

Del derecho comparado de Argentina y España, se puede colegir las siguientes características, que identifican a una modificación unilateral del contrato de obra pública:

- a. Las modificaciones en los contratos de obras, constituyen una obligación para el contratista⁶³.
- b. Las modificaciones que pueden efectuarse son: aumento, reducción, supresión de las unidades de obra; introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas; y, aumentos - reducciones de costos⁶⁴.
- c. En caso de reducción o supresión de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna⁶⁵, a excepción de la legislación argentina, que faculta la autorización del pago, siempre que justifique la contratación de materiales o equipos para las obras reducidas o suprimidas (art. 30 de la ley 13.064).

⁶² Corporación MYL. “Contratos de ejecución de obras”. Régimen de Contratos Públicos ecuatoriano. Tomo I. Pág. 26

⁶³ Art. 146, literal a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-TRLCAP. Decreto Legislativo 2/2000. España y Art. 29 de la Ley De Obras Públicas N° 13.064. Argentina.

⁶⁴ Art. 146, literal a) del TRLCAP de España y Art. 30 de la Ley de Obras Públicas N° 13.064. Argentina.

⁶⁵ Art. 146, literal a) del TRLCAP de España.

- d. La modificación permite la corrección de las equivocaciones del presupuesto, en cuanto a extensión o valor de obras, en cualquier tiempo hasta la terminación del contrato⁶⁶.
- e. Para la fijación de precios, el tratamiento es diferente en cada una de las legislaciones, así:

Legislación española: Cuando la modificación implica la introducción de nuevas unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios son fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a dicha propuesta en trámite de audiencia, en un plazo de 3 días. En caso de no aceptar el contratista los precios fijados, la Administración podrá contratar con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente (art. 146 TRLCAP, literal, b).

Legislación argentina: Si el contrato de obras públicas celebrado, implica la modificación o corrección de errores en un aumento o disminución superior al 20% del importe del mismo, la administración o el contratista tendrán derecho a que se fije un nuevo precio unitario de común acuerdo (art. 38 de la Ley 13.064).

El procedimiento a seguir, para legalizar la modificación que se considera necesaria para la ejecución de la obra es el siguiente (art. 146 TRLCAP, literal c) y d)):

⁶⁶ Art. 37 de la Ley de Obras Públicas N° 13.064. Argentina

- Propuesta técnica motivada por el director facultativo de la obra.
- Audiencia del contratista por plazo mínimo de 3 días.
- Aprobación del expediente por el órgano de contratación
- Certificado de existencia de fondos

En definitiva, al ser el contrato de obra pública parte del derecho administrativo, el *ius variandi* de la Administración, trata de adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, corrección de errores o ajuste de cantidades, cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público y en la prevalencia del fin sobre el objeto en los contratos administrativos, dentro ciertos límites.

2.1.3. Modificación unilateral del contrato de servicio público

El contrato de servicio público es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual, una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerles a muchos usuarios no determinados (art. 128, Ley 142 de 1994, Colombia).

Las reglas generales que rigen el funcionamiento de los servicios públicos no se encuentran muchas veces legisladas de modo expreso, el régimen jurídico se configura sobre la base de determinados principios generales del derecho, como el de continuidad

del servicio público, el cual se desprende de la naturaleza de la propia actividad que hay que satisfacer; la regularidad; el principio de igualdad y obligatoriedad⁶⁷.

Al ser la interpretación una prerrogativa de la Administración, Cassagne⁶⁸ señala dentro de la tendencia y principios de ésta, a la mutabilidad consensuada, dado que las circunstancias reales, las necesidades sociales y las invocaciones tecnológicas no se pueden prever de antemano con precisión y son esencialmente dinámicas y cambiantes.

El principio de la mutabilidad del servicio público en el caso del ordenamiento jurídico argentino, debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 de la Constitución Nacional) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional) que tipifica positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado.

En cambio, la regulación jurídica española, es puntual en cuanto a esta potestad, cuando autoriza a la Administración, modificar por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios; en contrapartida en caso de ser afectado el régimen financiero del contrato de manera

⁶⁷ **Continuidad:** Es la operatividad de prestar el servicio cada vez que la necesidad se haga presente o que se efectúe oportunamente; existen necesidades absolutas (luz, agua, etc.) y relativas (atención a la salud. Este principio ha generado algunos límites en el ejercicio de derechos constitucionales como la huelga, el derecho a la propiedad y el de libre asociación, reglamentados para estos casos a efectos de no general eventuales interrupciones en la prestación. **Regularidad:** La prestación debe regirse de acuerdo a un reglamento previo que marque los límites de los derechos de los sujetos parte de la relación del servicio público. **Igualdad:** Igual trato ante la prestación. **Obligatoriedad:** Por imperio constitucional las autoridades proveen a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: El régimen contractual y las características jurídicas del servicio público”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 206 – 216.

⁶⁸ Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: Los principios generales del derecho administrativo”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 2005. Pág. 187.

trascendental, deberá compensarse al contratista de tal forma que se mantenga el equilibrio económico, considerado al momento de la adjudicación (art. 163 TRLCAP).

La modificación unilateral del contrato de servicio público en la legislación colombiana, es concordante con el art. 16 del Estatuto de Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993), cuando establece: “Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él y al no existir un acuerdo entre las partes, la Administración mediante acto motivado, puede modificar unilateralmente la supresión o adición de servicios hasta un 20% del valor inicial... Si las modificaciones alteran éste valor, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución...”, (art. 21, Decreto 2586 de 1993).

De lo expuesto, se desprende que las razones para modificar este tipo de contrato son: las características del servicio, tarifas y, la supresión o adición de servicios⁶⁹; sin embargo de ello, la ejecución contractual debe desenvolverse con sujeción al criterio de la continuidad y siempre en consideración a la necesidad colectiva.

2.1.4 Modificación unilateral del contrato de adquisición de bienes

Es un contrato esencialmente de compra venta, que también persigue una finalidad de utilidad pública o interés general. Se rige por las normas administrativas y por aquellas de derecho privado civil o comercial.

⁶⁹ El art. 200 del RLCA de Costa Rica, literal b) estipula, que en caso de aumento los servicios deberán ser similares.

El suministro, puede constituir un contrato administrativo al cumplir las siguientes características⁷⁰:

- Cuando el particular se relaciona con el Estado; por ejemplo, la provisión de alimentos para los reclusos de una cárcel o regimientos militares, uniformes para el personal policial, etc.
- Sustancialmente es una compraventa, que debido a la ausencia de normas y principios específicos de Derecho Administrativo se aplican las de Derecho Privado.
- Su carácter administrativo, en principio resulta de su propio objeto, pero excepcionalmente podrá derivar de expresas cláusulas exorbitantes del Derecho Privado.

Son pocas las legislaciones, que determina un lineamiento específico de la modificación unilateral del contrato de adquisición de bienes, bajo las siguientes particularidades:

- Aumento⁷¹, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro, o la sustitución de unos bienes por otros (art. 189 TRLCAP y art. 16 de la Ley 80 de 1993).
- La modificación es obligatoria para el contratista (art. 189 TRLCAP y art. 16 de la Ley 80 de 1993).

⁷⁰ Corporación MYL. Régimen de Contratos Públicos. Tomo I. Contrato de Suministro. Ecuador. Págs. 28-29

⁷¹ En caso de aumento y sustitución, los bienes serán similares a los comprendidos en el contrato original (art. 189 TRLCAP de España y art. 12, literal b) de la LCA de Costa Rica)

- El monto del contrato original puede variar hasta un 20 % según la legislación colombiana y un 50%, la correspondiente de Costa Rica (art. 16 Ley 80 y art. 200 literal c) RLCA, respectivamente).
- Actualización tecnológica que mejore el objeto y no afecte el precio ofertado (art. 12 LCA de Costa Rica).
- Al darse una supresión o reducción de unidades o clases de bienes, el contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna (art. 189 TRLCAP).

En el fondo, la modificación del contrato de suministro se encuentra íntimamente ligada a la política institucional, que en el caso de sustituir unos bienes por otros, busca el bien óptimo y de mayor calidad, para el cumplimiento de su finalidad.

2. 2 Límites de la modificación unilateral

El principio de la mutabilidad encuentra sus límites en el objeto del contrato⁷² y en la finalidad que motivó la contratación: la satisfacción del interés público y el beneficio previsto por el contratista⁷³.

Actualmente, la rigidez de los principios civilistas se aplica con cierta relatividad en el derecho administrativo, donde se admite el “ius variandi” o derecho a modificar después de la celebración, dentro de ciertos límites razonables justificados por causa del interés público a satisfacer y el respeto al objeto del contrato; ya que una alteración significaría

⁷² El objeto constituye un conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio. Dromi José Roberto. “La Licitación Pública”. Tercera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985. Pág. 194.

⁷³ Bercaitz Miguel. “Teoría general de los contratos administrativos”. Segunda Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980. Págs. 55 – 56.

la conformación de un contrato diferente, no requerido por el contratista y que no ha mediado consentimiento⁷⁴.

Por ejemplo, si la administración contrata el asfalto de una carretera y pretende cambiarla a cemento rígido, sobrepasa el límite de razonabilidad, dando el derecho al contratista a rescindirlo; debido a que el Estado, aduciendo el beneficio público no puede imponer la ejecución de un objeto diferente al acordado.

Otra limitante de la potestad modificatoria, es el mantenimiento del equilibrio económico - financiero a favor del contratista, debiendo indemnizarlo cuando dichas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. Por ejemplo, si el contratista genera una mayor prestación, ésta originará una mayor inversión que debe ser compensada; mientras que una reducción de la misma, dará lugar a una disminución en los pagos y es que, el poder de introducir modificaciones, no supone el sacrificio del particular contratista, ni tampoco beneficiarlo indebidamente. El incumplimiento de ésta, puede conducir también, a una rescisión del contrato con sus naturales consecuencias⁷⁵.

En general, las condiciones establecidas por las diferentes legislaciones, constituyen requisitos que limitan el ejercicio de la potestad que ostenta la Administración, para la modificación unilateral de los contratos⁷⁶:

⁷⁴ Escola Héctor. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”. Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. Pág. 396

⁷⁵ Escola Héctor. “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”. Volumen I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. Pág. 397.

⁷⁶ Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Potestades y cláusulas excepcionales – Modificación”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004. Pág. 301.

- El de la legalidad administrativa, según el cual solo cabe en los casos expresamente previstos en la ley.

En la legislación ecuatoriana, el principio de legalidad, es el que permite la movilidad a la Administración y constituye el verdadero límite de orden constitucional de la permanente transformación y mutación que efectúa para alcanzar sus objetivos; es así, que el Art. 119, dispone: “ Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consagradas en la Constitución y en la ley, y tendrá el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común”.

Este principio representa el eje de la actuación administrativa, que tiene fundamento en el Estado de Derecho y a su vez, genera los principios de responsabilidad del Estado, debido proceso, el derecho de petición y la motivación.

De manera análoga, la Ley de la Administración Pública de Costa Rica, a través de su Art. 5, dispone que la aplicación de los principios fundamentales del servicio público a la actividad de los entes públicos no podrá alterar sus contratos y de producirse el cambio o alteración será responsable por los daños y perjuicios causados; además, el Art. 10, numeral 1) reafirma lo antedicho, ya que establece que, la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.

Como un lineamiento jurídico especial se puede destacar, a la práctica administrativa que le otorga a la Administración, el Art. 7 de la Ley de la Administración Pública de Costa Rica, tal como se desprende del siguiente texto:

“ Las normas no escritas (como la costumbre, jurisprudencia y los principios generales de derecho) servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan; cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley; y, las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas en grado inferior”.

- Debe respetarse la ecuación económica⁷⁷ inicial, de tal manera que el contratista mantenga la expectativa de ganancia prevista al celebrar.
- No puede alterarse el objeto del contrato cambiando su esencia⁷⁸.

Como elementos cuya modificación afectaría la esencialidad del objeto, se señalan el precio, las condiciones del contrato o la introducción de actividades no contempladas en el pliego de condiciones.

⁷⁷ **Ecuación económica:** entendida como la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar. Herrera Barbosa Benjamín. “Contratos Públicos: Equilibrio económico de los contratos”. Bogotá, 2004. Pág. 310

⁷⁸ “En este sentido cobra importancia señalar que el cartel define de antemano el objeto que se pretende satisfacer mediante un determinado procedimiento concursal, constituyendo un conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); de oferentes y contratante (relación jurídica), y los mecanismos procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)...”. Dromi José Roberto. La Licitación Pública. Tercera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1985. Pág. 104.

- No puede pretenderse con él corregir errores iniciales.

En este sentido, el art. 37 de la Ley 13.064 de Argentina, se contrapone a esta limitante, ya que el mismo, permite a la Administración, a modificar el contrato para corregir equivocaciones del presupuesto, en cuanto a extensión o valor de las obras, en cualquier tiempo de la terminación del contrato.

- No pueden sobrepasarse los límites cuantitativos que la ley precisa⁷⁹.

No obstante de lo anterior, el ejercicio de la modificación unilateral, no puede realizarse en forma absolutamente irrestricta por parte de la Administración, ya que ello podría dar lugar a que éste incurra en verdaderas desviaciones de poder, al introducir variaciones, alegando motivos de interés general, que en el fondo no son, según el decir de Marienhoff, ciertos, sinceros y verdaderos, para cubrir un fin ilegítimo⁸⁰. Es por ello, que se ha señalado como imperativa la demostración del interés público en la motivación de la decisión de modificar.

2.3 Modificación unilateral de los contratos petroleros

Los contratos petroleros se encuentran vinculados directamente a las actividades hidrocarburíferas.

Ahora bien, “tanto la norma constitucional como la norma legal, en materia de explotación de recursos naturales no renovables se orientan más al otorgamiento de

⁷⁹ García de Enterría Eduardo. “Revista de la administración pública”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963. Págs. 675 – 677.

⁸⁰ Marienhoff Miguel. “Tratado de derecho administrativo”. Buenos Aires. 1970. T.III-A. Buenos Aires, 1970. Pág. 400 y ss.

concesiones que a otras figuras contractuales, todas ellas subordinadas al derecho administrativo”⁸¹.

La modificación unilateral de los contratos petroleros no es limitativa en la jurisprudencia ecuatoriana, si bien, mediante el art. 249 de la Constitución Política, se prohíbe la modificación unilateral de los contratos administrativos cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, pero esta norma no se la puede extender a los contratos y concesiones que tienen por objeto la explotación de recursos naturales⁸².

Los contratos petroleros en el Ecuador, inicialmente fueron adjudicados con precios estimados entre 11 y 15 dólares el barril. Esto quiere decir, que con precios superiores a los 50 dólares, las empresas hacen un gran negocio en perjuicio del Estado, afectando de esta forma el equilibrio económico del contrato.

El Estado ecuatoriano, en uso de sus atribuciones que le confiere el art. 247, inciso primero de la Constitución Política en concordancia con el art. 1, inciso primero, de la Ley de Hidrocarburos⁸³, plantea una reforma a dicha Ley, con el propósito de incrementar su participación al 50% del diferencial de precios entre el establecido en el contrato y el vigente en la actualidad⁸⁴.

Por lo tanto, la modificación unilateral de los contratos petroleros, se centra en la cláusula de reajuste en la participación de los beneficios, que regula el reparto de las

⁸¹ Registro Oficial N° 350 de septiembre 6 de 2006: Consideración séptima. Ecuador. Pág. 28.

⁸² Registro Oficial N° 350 de septiembre del 2006. Ecuador. Pág. 29.

⁸³ Los yacimientos hidrocarburíferos (recursos no renovables) y sustancias que lo acompañan, son de propiedad inalienable del Estado. Ley de Hidrocarburos de Ecuador.

⁸⁴ Registro Oficial N° 350 de septiembre del 2006. Ecuador. Pág. 29.

ganancias extraordinarias de las compañías operadoras por los altos precios del petróleo, toda vez que los contratos iniciales no consideraron las variaciones de precio.

CAPITULO III

3. Formas de la modificación de los contratos públicos

Cuando el contrato es de cumplimiento de tracto sucesivo⁸⁵, sufre alteraciones por fenómenos naturales (lluvia, terremotos, etc.) o factores económicos que impiden el normal desarrollo del contrato, es aquí, donde la Administración se ve obligada a utilizar mecanismos conducentes y necesarios como el de la modificación, a fin de evitar su paralización, la misma que primeramente debe gestionarse por mutuo acuerdo.

Entre los mecanismos de ordenamiento legal o a deficiencia de estos por vía doctrinaria, se pueden adoptar las siguientes formas de modificación de los contratos públicos:

1. Las órdenes de cambio
2. Contratos complementarios
3. Contratos adicionales

⁸⁵ **Contrato de tracto sucesivo:** Vínculo que tiene cierta permanencia y proyección temporal, ya que algunas de las obligaciones que nacen en virtud de tales contratos van apareciendo de manera periódica y continua, por ejemplo, un contrato de suministro de pan para un establecimiento hospitalario, donde las entregas de la mercadería deberán efectuarse día a día y el pago del precio se realiza mensualmente. Moisset de Espanés Luis. "Principio de tracto sucesivo". Argentina. Pág. 2.

4. Reajuste o revisión de precios
5. La renegociación
6. El otro sí

3.1 Órdenes de Cambio

La orden que el Supervisor da al Contratista, con la previa aprobación del Coordinador de la División de Mantenimiento por contrato, para que se efectúe cualquier cambio o modificaciones a las especificaciones o para suprimir o disminuir las cantidades de trabajo⁸⁶.

Las órdenes de cambio en la legislación ecuatoriana se enmarcan dentro de la diferencia de cantidades de obra (art. 100 de la LCP y Reglamento) producidas durante su ejecución, es decir entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas del contrato.

En este caso no hace falta celebrar un contrato para ejecutarlas, siempre que no modifique el objeto de contrato, solo basta dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes y remitir para fines de control a la Contraloría General del Estado, dentro de los quince días de haber suscrito.

⁸⁶ Ley de Obras Públicas de Guatemala. “Pliego de bases y condiciones para licitación de obras públicas. Condiciones Generales-Definiciones”.

El valor final de los aumentos o disminuciones de cantidades de rubros contratados no podrá superar el 50% del valor del contrato principal (art. 99 del Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública)

3. 2 Contratos Complementarios

El contrato complementario permite ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución⁸⁷.

Del contenido del art. 96 de la Ley de Contratación Pública ecuatoriana, se deducen los siguientes requisitos para que proceda la suscripción de contratos complementarios⁸⁸:

1. Que el contrato sea de ejecución de obra, cuyo objeto debe estar definido con claridad y precisión. De ahí que la obra determinada que se haya dividido en dos o más etapas específicas y diferenciadas, se refiere al objeto del contrato principal.
2. Que se celebre con el mismo contratista.
3. Requiere de los informes técnicos de fiscalización de la obra.
4. Que no varíe la naturaleza del contrato con la sustitución o supresión de rubros sustanciales y que la cantidad estimada de un rubro o varios para que

⁸⁷ Art. 96 de la Ley de Contratación Pública de Ecuador. 2007

⁸⁸ Corporación MYL. Régimen de contratos Públicos. Tomo I. "Contratos complementarios y obras adicionales". Págs. 229 y 230.

procedan los contratos complementarios, no debe ser superior al 50% del valor actualizado o reajuste del contrato principal.

5. Que se cuente con el informe favorable previo del Contralor General del Estado.
6. Que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del contrato complementario y que para el pago de los rubros nuevos se sujeten a los precios unitarios referenciales actualizados de la entidad contratante y si no los tuviere deberán fijarse de mutuo acuerdo.
7. Que cumpla con las normas de los artículos 58 y 59 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (disponibilidad presupuestaria, compromisos) y que el contratista rinda garantías adicionales de conformidad con la ley.
8. Que se celebren mediante el mismo instrumento en que se concretó el contrato principal; por ejemplo, si fue mediante escritura pública, deberá hacerse en la misma forma el contrato complementario.

En este tipo de contratos existe una excepción, en cuanto al contratista, pues el inciso segundo del artículo en referencia, prevé la posibilidad de suscribir contratos complementarios con otros contratistas, cuando éste ha sido dividido en dos o más etapas específicas diferenciadas y se requiera contratar la terminación de una de aquellas; siempre que haya sido declarado unilateralmente terminado o concluido por mutuo acuerdo.

Del mismo modo, la Ley prevé la suscripción de contratos complementarios en los siguientes casos:

- Corrección de errores manifiestos, de hecho y de buena fe, previo el dictamen favorable del Contralor y Procurador General del Estado (art. 97 LCP, Ecuador).
- Creación de nuevos rubros hasta un 50% del valor actualizado o reajustado (art. 99 LCP, Ecuador).

3.3 Contratos Adicionales

Adicionar un contrato, es aumentar algunas cosas que no se tuvieron en cuenta al suscribir el contrato inicial, incrementando por ende el valor del mismo y en muchos casos la ampliación del plazo, para que las nuevas cosas puedan ser dadas o ejecutadas⁸⁹.

Esta adición puede hacerse para aumentar la cantidad de obra a realizar o de bienes y servicios que éste debe entregar.

La legislación ecuatoriana autoriza el incremento de obras adicionales hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la ejecución de rubros nuevos a través de órdenes de trabajo (art. 101 LCP).

⁸⁹ Franco Gutiérrez Omar. “La contratación administrativa: La adición al contrato inicialmente pactado de los contratos adicionales”. Biblioteca Jurídica Dike. Primer Edición. Colombia, 1989. Pág. 373.

Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que éste lo acepte y se cumpla las siguientes condiciones⁹⁰:

- Que se mantengan los precios y condiciones con base en los cuales se ejecutaron las obligaciones.
- Que el monto del nuevo contrato no sea mayor del 50% del contrato anterior, contemplando los reajustes o revisiones.
- Que no haya transcurrido más de seis meses desde la recepción provisional del objeto.

Los contratos adicionales al formar parte del Derecho Administrativo, también tiene sus limitaciones, así: no puede ser utilizado para modificar el objeto del contrato inicial y tampoco para hacer prórrogas de plazo a contratos ya vencidos, debido a que implica una nueva negociación sea para mantener el precio o en su defecto, fijar nuevos precios.

Para la celebración de un contrato adicional⁹¹, es indispensable que la entidad contratante solicite autorización de la autoridad pertinente, que le permita la ampliación o adición de rubros, además, la fijación del presupuesto y recursos económicos.

Concedida la autorización y el presupuesto, la entidad contratante propondrá la ampliación del objeto del contrato, en las mismas condiciones pactadas en el contrato

⁹⁰ Art. 201 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa. Costa Rica.

⁹¹ Franco Gutiérrez Omar. “La Contratación Administrativa: Procedimiento para la celebración de contratos adicionales”. Primera Edición. Colombia, 1989. Págs. 374-375.

inicial. Lógicamente que al aumentar la obra a realizar, o los bienes a entregar, aumentará el valor del contrato, pero el objeto sigue siendo el mismo.

De igual manera, podrá proponer al contratista, el aumento del plazo en vista de las nuevas circunstancias.

Si los precios han variado, se aplicaran las fórmulas de reajuste, las mismas que no modifican el contrato sino el valor.

Convenido el aumento del objeto y la ampliación del plazo si fuere necesario, se procede a elaborar un contrato adicional, que es parte del contrato inicial, el mismo que debe ser firmado por las personas y funcionarios que intervinieron en el contrato original; siendo necesario además al existir la ampliación de plazo, que el contratista proceda a prorrogar las garantías iniciales.

3.4 Reajuste o revisión de precios

El reajuste o revisión de precios se pacta previamente en el contrato, principalmente cuando éste va a ejecutarse durante un periodo medio o largo de tiempo. Es una fórmula matemática negociada que se utiliza en los contratos para mantener las condiciones económicas, a través de la indexación o actualización de precios⁹².

⁹² Franco Gutiérrez Omar. “La Contratación Administrativa: derechos y obligaciones del contratista durante la ejecución del contrato- reajustes estipulados en el contrato”. Biblioteca Dike. Primera Edición. Colombia, 1989. Pág. 365

Cuando se hace un negocio jurídico con el Estado, el contratista de antemano sabe cuanto va a ganar y si el Estado acepta ese margen de utilidades y firma el contrato, es una ley para las partes y tiene que cumplirse en esas condiciones; dicho de otra manera, el contratista nunca puede ir a pérdida, debe tener siempre un margen de utilidad.

Si por condiciones internas y/o externas se rompe esa ecuación financiera que significa igualdad, entonces el Estado está en la obligación de restablecer ese rompimiento del esquema financiero. La ecuación financiera significa igualdad, balance, pero particularmente en los contratos de tracto sucesivo puede romperse el esquema de igualdad por causas internas o externas, derivadas de la teoría de la imprevisión⁹³.

Entre las causas internas que pueden producirse dentro de la ejecución del contrato, está por ejemplo, el retraso en el pago de las cuentas, cuando el Estado diseña un programa de pagos del contrato y no lo cumple; debiendo posteriormente asumir las responsabilidades del incumplimiento, salvo por motivos de fuerza mayor justificables.

Dentro de las causas externas que pueden romper la ecuación financiera, están los fenómenos telúricos, el invierno; terremotos, las sequías⁹⁴; fenómenos económicos que

⁹³ Las condiciones que regulan la procedencia de la teoría de imprevisión son: 1. Una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; 2. que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento; 3. se trate de un aspecto económico y no de un administrativa; 4. el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; 5. no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato; y, que se opere un trastorno en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo el hecho determinante del alea económica. Cassagne Juan Carlos. "El Contrato Administrativo: Los efectos del contrato administrativo-Teoría de la imprevisión". Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, 2005. Pág. 138.

⁹⁴ Herrera Barbosa Benjamín. "Contratos Públicos: Economía del contrato-Hechos de la naturaleza". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Colombia, 2004. Pág. 324

son más constantes como una devaluación, una inflación, sistema cambiario, que impone la renegociación del contrato; problemas de orden público.

En todo caso, las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados, tienen su respaldo en el deber legal de respetar la llamada ecuación financiera del contrato⁹⁵.

La revisión no es una facultad amplia, sino reglada y sometida a ciertos parámetros, así: la legislación española, permite la revisión de precios de los contratos, cuando se ha ejecutado en el 20% de su importe y ha transcurrido 1 año desde su adjudicación⁹⁶; la misma que se llevará a cabo mediante los índices y fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación⁹⁷.

En lo que concierne a la legislación ecuatoriana, ésta determina que los costos se reajustarán para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de las fórmulas matemáticas; y, que el reajuste de precios se realizará mensualmente o de acuerdo con los períodos de pago establecidos en el contrato, efectuado provisionalmente en base a los precios o índices de precios a la fecha de presentación de las planillas, consecuentemente esto implica una liquidación cuando se disponga de los índices definitivos de precios⁹⁸.

⁹⁵ García Enterría Eduardo, Fernández Tomas R. "Curso de Derecho Administrativo: Reajuste de precios". Cit., t. I. Décima Edición. Madrid, 1963. Pág. 721.

⁹⁶ Art. 104. Ley 13/1995 de 18 de mayo de 1995. "Revisión de Precios en los Contratos de Administración". España

⁹⁷ Art. 105. Ley 13/1995 de 18 de mayo de 1995: "Revisión de Precios en los Contratos de Administración". España.

⁹⁸ Ats. 86, 89 y 91 de la Ley de Contratación Pública. 2007

3.5 La renegociación

Esta potestad de modificación, se da cuando el contrato tiene sobresaltos en la cláusula del precio, especialmente al pactar en dólares, generando inestabilidad en los contratos internacionales; lo que implica hacer un nuevo contrato con un precio y forma de pago renegociados, que permita mantener el equilibrio financiero del mismo.

Cuando no se logra las modificaciones por mutuo acuerdo, es cuando procede la unilateralidad.

La renegociación sea que tenga fuente en el contrato o en la ley se traduce en un complejo procedimiento que incluye: solicitud de renegociación, contenido, tiempo para presentarla, forma que debe asumir, plazo de duración de la instancia renegociadora, previsiones frente al eventual fracaso, eventos o plazos que arroja la renegociación del contrato y efectos del incumplimiento de la obligación de renegociar. Según este proyecto regulatorio, la renegociación se inscribe en la tendencia hacia la mayor procedimentalización del campo jurídico: el derecho y el contrato van camino a abandonar instancias de regulación sustantivas que son sustituidas por procedimientos⁹⁹.

La situación de emergencia vivida en Argentina a partir de principios del año 2002, ha determinado la instauración de un proceso de renegociación de contratos de obras y de

⁹⁹ Sozzo Gonzalo. "Renegociación y procedimentalización del campo jurídico". Págs. 155 y 156

servicios públicos, tendiente a readecuar las estipulaciones a la nueva realidad surgida, luego del abandono del régimen de convertibilidad¹⁰⁰.

Con este antecedente, el 6 de enero de 2002 se sancionó la Ley 25561, que dispone bajo el título: “De las obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público” (Título IV, Capítulo II), la eliminación de las cláusulas de ajuste y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO = UN DÓLAR ESTADOUNIDENSE (art. 8).

Además, el art. 9 de dicha Ley, autoriza al Poder Ejecutivo, la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, debiendo para este último tomarse en cuenta las siguientes puntuaciones:

- El impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos.
- La calidad de los servicios y los planes de inversión cuando ellos estuviesen previstos contractualmente.
- El interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios.
- La seguridad de los sistemas comprendidos; y,
- La rentabilidad de las empresas.

¹⁰⁰ Rey Vásquez Luis. “La renegociación de los contratos públicos: Situación actual”. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Noreste. Argentina, 2005.

Pero, el ordenamiento legal va más allá, cuando el art. 10 de la Ley 25561, señala que: “Las disposiciones previstas en los arts. 8 y 9, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”. Esto constituye un acto violatorio, ya que, dada las modificaciones establecidas, el deber del contratista en el ámbito de sus obligaciones contractuales se ve limitado a la mera operación y mantenimiento del contrato¹⁰¹.

Norma que en sí se contrapone a los intereses del contratista, pese a que el objetivo principal del Estado argentino es preservar el funcionamiento y desarrollo de los servicios públicos, pactando un acuerdo que defina las condiciones bajo las cuales el Estado y las concesionarias consideran factible continuar prestando el servicio. Este acuerdo presupone la voluntad de ambas partes de realización de reclamos mutuos por vía administrativa, judicial o arbitral¹⁰².

Las instancias de la renegociación para promover la aprobación del acuerdo deben contemplar¹⁰³:

- a. Consultas previas a nivel Ministerial
- b. Discusión informal de la propuesta con las empresas.
- c. Formalización de la propuesta mediante Resolución Ministerial.
- d. Consultas Públicas: audiencias públicas y/o documentos de consulta

¹⁰¹ Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: La renegociación de los contratos públicos”. Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, 2005. Pág. 248

¹⁰² Unidad de renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos. “Pautas para la renegociación”. Argentina.

¹⁰³ Unidad de renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos. “Pautas para la renegociación”. Argentina.

- e. Periodo de adhesión¹⁰⁴.
- f. Dictamen del Procurador del Tesoro y Firma de Ministros, Intervención del Congreso y aprobación del Presidente Nacional.

En los casos de obras que se encontrasen total o parcialmente paralizadas, se ha previsto la posibilidad de su continuación mediante "modificaciones en la estructura técnica, reajuste de precio y condiciones, prórrogas de plazo y otras medidas", que permitan la viabilidad de la ejecución del contrato. Si no fueren viables algunos de esos remedios o no se acordase la renegociación, se ha dispuesto, generalmente, la rescisión" o "resolución" del contrato sin penalidades (art. 9º, Ley 21.391; arts. 14 a 17, Decreto 3772/64, Argentina)¹⁰⁵.

El art. 49 de la ley 23.696 de reforma del Estado, establece que en aquellos casos en que sea posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, a pesar de la emergencia que la misma ley declara, se podrá arribar a una recomposición del contrato, a través de un acuerdo entre el contratante y contratista, inspirado en el principio que la norma denomina "del sacrificio compartido por ambos contratantes", por el cual las partes se hacen mutuas concesiones a fin de arribar a la transacción. Este acuerdo deberá celebrarse dentro del plazo de 180 días prorrogable por igual período¹⁰⁶.

¹⁰⁴ En el caso de obra pública, respecto a los trabajos ejecutados de enero a mayo de 2002, para que el contratista pueda acceder a redeterminación de precios, debía manifestar por escrito, su adhesión al régimen en un plazo de 15 días. Dicha adhesión implica la renuncia automática de la contratista a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza, pretendidamente motivados por los cambios de economía durante dicho período. La no adhesión implica la renuncia a acceder a la redeterminación de precios. Arst. 2 y 3 del Decreto Ejecutivo de 2 de octubre de 2002. Buenos Aires, Argentina.

¹⁰⁵ Noillet Alejandra. "Monografía: Los contratos administrativos – La imprevisión". Argentina.

¹⁰⁶ Noillet Alejandra. "Monografía: Los contratos administrativos – La imprevisión". Argentina.

Parafraseando lo anterior, se puede decir, que a pesar del ordenamiento jurídico argentino, la renegociación en la medida en que reconozca la existencia de sectores de la contratación, orientados por una racionalidad política específica y se institucionalice en un marco de garantías de los derechos fundamentales, puede conducir a un proceso negociador con bases razonables de criterios de equidad.

3.6 El otro sí

El otro sí es un mecanismo exclusivamente utilizado por la doctrina, para efecto de corregir errores de carácter formal (no esencial). Subsana las nulidades relativas.

La nulidad relativa son los vicios que se presentan en los contratos y pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de (2) dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador de dicho vicio¹⁰⁷; es decir, son aquellos actos que no están expresamente prohibidos por la Ley y sancionados con el carácter de nulidad absoluta¹⁰⁸ y que una vez suprimidos permiten la continuidad del contrato.

La declaración de nulidad absoluta demanda el siguiente procedimiento, de acuerdo al ordenamiento jurídico de Colombia (Decreto de Contratación 222 de 1983)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Art. 46 de la Ley 80 de 1993. “De la nulidad relativa”. Colombia.

¹⁰⁸ Art. 44 de la Ley 80 de 1993. “De las causales de nulidad absoluta”: 1. Celebración del contrato con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la Ley; 2. Celebración con expresa prohibición constitucional o legal; 3. Celebración con abuso o desviación de poder; 4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y; 5. Se hubieren celebrado con violación de reciprocidad.

¹⁰⁹ Franco Gutiérrez Omar. “La contratación administrativa: declaración de nulidad de un contrato administrativo”. Biblioteca Dike. Primera Edición. Colombia, 1989. Págs. 349-350.

- Si una vez suscrito el contrato entre las partes, sea antes o después de iniciada su ejecución, se determina que existe un vicio de nulidad relativa, éste debe ponerse en conocimiento el uno del otro.
- Cuando los contratantes consideren que debe sanearse para que el contrato siga vigente, se procederá hacerlo cumpliendo la formalidad omitida, lo que constituye un saneamiento tácito; ó se puede hacerlo en forma expresa dejando constancia escrita de la nulidad observada, la misma que debe ser firmada por las partes que intervinieron en el contrato inicial.
- Al no allanarse las partes para subsanar las irregularidades observadas, el contrato debe ser demandado por el interesado para que el Juez competente declare si hay lugar o no a la nulidad.

Finalmente, las causales de nulidad relativa dentro del contrato administrativo, se derivan del contratista y contratante, a saber¹¹⁰:

Contratista:

- Incapacidad relativa o pasajera que puede encontrarse una persona para contratar con la Administración; por ejemplo, no haber pagado a tiempo los impuestos de ley, y que al hacerlo estaría subsanada la incapacidad.
- Vicios de consentimiento: el error, la fuerza, el dolo¹¹¹.

¹¹⁰ Franco Gutiérrez Omar. “La contratación administrativa: Causales de nulidad relativa en los contratos administrativos”. Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. Colombia, 1989. Págs. 348-349.

¹¹¹ Error en cuanto a la persona: nombre o identidad física de ella, error en la identidad de los bienes o servicios requeridos, que debe entregarse, error en el título del que derivaron las obligaciones (la persona entiende que se celebra un contrato de diferente naturaleza) (art. 1512, Código Civil de Colombia); la fuerza puede ser física o moral: El contratista no accederá a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho (art. 5, numeral 5, Estatuto Contractual, Colombia) y (art. 1513, Código Civil de Colombia); actividad o maniobra engañosa que

Contratante:

- Inexistencia de norma legal o estatutaria que autorice la celebración del contrato.
- Cualquier vicio u omisión que se presente en la celebración de un contrato administrativo y que no esté considerado como causalidad de nulidad absoluta.

CONCLUSIONES

1. El contrato administrativo a diferencia de los del derecho privado, procura la satisfacción del interés público relevante, que a partir de la necesidad institucional se planifica y ejecuta para alcanzar los objetivos y metas definidas

induzca a uno de los contratantes a expresar su voluntad afectando su consentimiento, lo que genera la causal de anulación del acto obligacional (art. 63 Código Civil de Colombia)

coherentemente. Al igual que todo contrato existe un objeto y vínculo jurídico derivado de un acuerdo de carácter obligatorio, mediante el cual la Administración puede exigir el cumplimiento al particular, incluso forzosamente, con el objeto de alcanzar su finalidad.

2. En vista de que el contrato administrativo se encuentra sujeto a las emergencias que puedan presentarse durante su ejecución, ha provocado que el principio de inmutabilidad se torne flexible, dando paso de esta forma a la mutabilidad, como consecuencia de las exigencias del interés público; para lo cual, cuenta con una serie de poderes exorbitantes derivados del ordenamiento jurídico administrativo, que subordinan jurídicamente al contratista y lo ubica en condiciones desiguales mientras dure la vigencia del contrato.
3. La modificación unilateral es una de las principales potestades que posee la Administración al no existir un acuerdo entre las partes y constituye la expresión máxima de los poderes exorbitantes en materia de contratación administrativa, provocando indudablemente una menor estabilidad en las situaciones que crea el contrato administrativo, con relación a las que se originan en los contratos de derecho privado.
4. Del derecho comparado de las legislaciones de Argentina, Colombia, Ecuador, Costa Rica y España, se observa que el poder de modificación de los contratos administrativos de obra pública, tiene su ordenamiento legal y reglamentario que regulan las facultades de la Administración, para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, corrección de errores o ajuste de cantidades

dentro de ciertos límites cuantitativos, cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público.

5. La mutabilidad de los contratos de prestación de servicios es consensuada, dado que las circunstancias reales, las necesidades sociales y las innovaciones tecnológicas no pueden preverse anticipadamente por ser esencialmente dinámicas y cambiantes, además, su ejecución debe desenvolverse con sujeción a criterios de eficiencia, responsabilidad, continuidad y calidad; y, siempre en consideración a la necesidad colectiva. En el caso de la legislación ecuatoriana el Art. 249, inciso primero de la Constitución Política prohíbe la modificación de los servicios públicos: "... Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones".

6. No encontramos en nuestra legislación (como sí ocurre en la Ley de Contratación española) una norma que establezca límites y momento oportuno, para aplicar la figura del contrato de suministro o adquisición de bienes, dejando con ello un amplio margen de discrecionalidad en la decisión y al régimen de la práctica administrativa; sin embargo de ello, en las legislaciones internacionales, la modificación puede ser cuantitativa por el aumento, reducción o supresión de unidades de bienes o una modificación cualitativa (del objeto contractual) como en el caso de Costa Rica, debido a la sustitución de unos bienes por otros de iguales características o de mejor calidad, debido a la actualización tecnológica.

7. La mutabilidad encuentra sus límites en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la contratación, ya que la alteración de estos elementos significaría la conformación de un contrato diferente no requerido por el contratista y que no ha mediado consentimiento; así como también, en la legalidad administrativa según la cual solo cabe en los casos expresamente previstos en la ley; no puede corregir errores iniciales; respetar el equilibrio económico-financiero del contrato a través de la indemnización al contratista cuando se produzca la ruptura del equilibrio o a su vez efectuar un reajuste para evitar beneficios indebidos; y, tampoco sobrepasar los límites cuantitativos que la Ley precisa.

8. Dentro de las formas de modificación de los contratos públicos se encuentra el otro sí, que es un mecanismo exclusivamente utilizado para corregir vicios generados por las nulidades relativas que pueden sanearse previa ratificación expresa de los interesados. En el caso ecuatoriano, el art. 58, literal a) de la Ley de Contratación Pública, establece como nulidad de los contratos públicos, a las causales establecidas en los arts. 1697 y 1698 del Código Civil, sin considerar que dicha normativa se refiere tanto a la nulidad relativa como a la absoluta.

RECOMENDACIONES

1. La inclusión de cláusulas exorbitantes en el pliego de condiciones, se justifica en la necesidad de la Administración de ejercer su potestad de supremacía en una relación contractual, para así defender mejor los intereses que le han sido

asignados, pero ésta debe enmarcarse dentro de los límites jurídicos y principios constitucionales de la Administración que la doctrina ha establecido, para evitar verdaderas desviaciones de poder y dar paso a una resolución justa, especialmente en lo que es la caducidad, terminación, interpretación y modificación unilateral del contrato.

2. Al prohibir el Art. 249 de la Constitución Política del Ecuador, la modificación unilateral de los contratos de servicios públicos, se determina que la Administración está facultada para modificar los contratos de adquisición de bienes, por lo tanto, es necesario establecer la respectiva normativa que regule sus actividades, ya que éste contrato como tal, es el medio por el cual la Administración consigue cumplir sus finalidades y donde se moviliza la mayor cantidad de recursos económicos que deben ser controlados.

3. El art. 99 de la Ley de Contratación Pública se contrapone a uno de los límites de la modificación unilateral de los contratos, como es la corrección de errores, así estos sean de buena fe, por lo tanto ésta norma debe reconsiderarse, toda vez que, la misma no puede ser utilizada para corregir la deficiente planificación de los funcionarios administrativos; o en su defecto, establecer un límite cuantitativo; porque si tomamos como referencia el señalado en el art. 99 del Reglamento de la Ley (Normas Comunes), no sería aceptable que se permita un margen de error de un 50%.

4. El texto del art. 99 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública debe ser reformado, ya que éste presenta contradicción en la determinación del límite cuantitativo, es decir, por un lado permite un 50% del valor del contrato principal reajustado para los aumentos, creaciones, disminuciones y supresiones de cantidades de rubros contratados, incluido los valores adicionales por diferencia en cantidades de obras y órdenes de trabajo; y luego en el segundo inciso, establece que no puede variar la naturaleza del contrato con la supresión o sustitución de rubros sustanciales (que sumados lleguen al 80%); por lo tanto, se colige tomando esta última consideración, que la modificación permitida sería el 20%.

5. El contrato administrativo puede presentar defectos durante su ejecución, que llevan a la administración a concluir, que de alguna manera se violó la Ley y que el contrato adolece de vicios que pueden ser saneados (nulidad relativa), si esto no es posible, a que se declare la nulidad del contrato (nulidad absoluta). En este contexto, es necesario que en el art. 58 de la Ley de Contratación Pública, literal a), especifique el tipo de nulidad en los cuales el contrato público sea declarado nulo, pues, si se considera nulo por vicios subsanables incurriría en pérdida de recursos económicos y de tiempo, que demanda todo proceso contractual.

BIBLIOGRAFÍA

BERCAITZ MIGUEL. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Primera Edición. Buenos Aires, 1952

BERCAITZ MIGUEL. *Teoría general de los contratos administrativos*. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1980

CASSAGNE JUAN CARLOS. *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1988

CASSAGNE JUAN CARLOS. *El contrato administrativo*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1999

CASSAGNE JUAN CARLOS. *El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles*. Segunda Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005

CÓDIGO CIVIL de Colombia

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL de Colombia.

CORPORACIÓN MYL. *Contratos de ejecución de obras*. Régimen de Contratos Públicos ecuatoriano. Tomo I

DE LA O CASTRO MARCO ANTONIO, Lcdo. *Supuestos y requisitos de la modificación*. Dirección General de Contratación Administrativa DGCA-1086-99. 10 de septiembre de 1999. Costa Rica.

DECRETO EJECUTIVO de 2 de octubre de 2002. Buenos Aires, Argentina.

DROMI JOSÉ ROBERTO. *La Licitación Pública*. Tercera Edición. Editorial Astrea. 1985

EGUIGUREN GENARO. *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*. Pág. 177

ESCOLA HÉCTOR. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Volumen I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.

ESTATUTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA de Colombia

FRANCO GUTIÉRREZ OMAR. *La contratación Administrativa*. Primera Edición Biblioteca Jurídica Dike. Colombia, 1989.

- GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1962
- GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, RAMÓN FERNÁNDEZ TOMÁS. *Curso de Derecho Administrativo*. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1963
- HERRERA BARBOSA BENJAMÍN. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004
- LEY 80 de 1993 de Colombia
- LEY 222 de 1983 de Colombia
- LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA de Costa Rica
- LEY 8511 de Costa Rica. Mayo 16 de 2006.
- LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA de Ecuador actualizada a enero de 2007
- LEY DE HIDROCARBUROS de Ecuador.
- LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS - LCAP de España
- LEY 13/1995 de 18 de mayo de 1995. España
- LEY NACIONAL PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN – LNPA. Argentina
- LEY DE OBRAS PÚBLICAS N°13.064. Argentina.
- LEY DE OBRAS PÚBLICAS de Guatemala
- MARIENHOFF MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. 1970
- MARIENHOFF MIGUEL. *Tratado de derecho administrativo*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1998
- MEILÁN GIL JOSÉ. Consejero de Estado español. *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*
- MOISSET DE ESPANÉS LUIS. *Principio de tracto sucesivo*. Argentina

NOILLET ALEJANDRA. *Monografía: Los contratos administrativos – La imprevisión*. Argentina.

ORTIZ ORTIZ EDUARDO. *Tesis de Derecho Administrativo*. Edición 2002. Editorial Stradtman. Biblioteca Jurídica Dike

PÉREZ EFRAÍN. *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución – Cláusulas exorbitantes*. Ediciones ESTADE. Ecuador

RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL - RCAN de Argentina

REGISTRO OFICIAL N° 402 de agosto 19 de 2004. Ecuador.

REGISTRO OFICIAL N° 350 de septiembre 6 de 2006. Consideración séptima. Ecuador

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA –RLCA de Costa Rica

REY VÁSQUEZ LUIS. *La renegociación de los contratos públicos*. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Noreste. Argentina, 2005.

SALA CONSTITUCIONAL. Voto # 998-98 del 16 de febrero de 1998. Costa Rica

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS del 20 de octubre de 1950. Arret Stein y 19 de junio de 1952.

SOZZO GONZALO. *Renegociación y procedimentalización del campo jurídico*

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS- TRLCAP. Decreto Legislativo 2/2000. España

UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS. *Pautas para la renegociación*. Argentina