

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

**Irrenunciabilidad del restablecimiento del equilibrio económico del
contrato administrativo**

Eduardo Roberto Esparza Paula

Luis Benalcazar, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de
Magíster en Derecho Administrativo

Quito, noviembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

Irrenunciabilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato administrativo

Eduardo Roberto Esparza Paula

Luis Benalcázar Bonilla.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

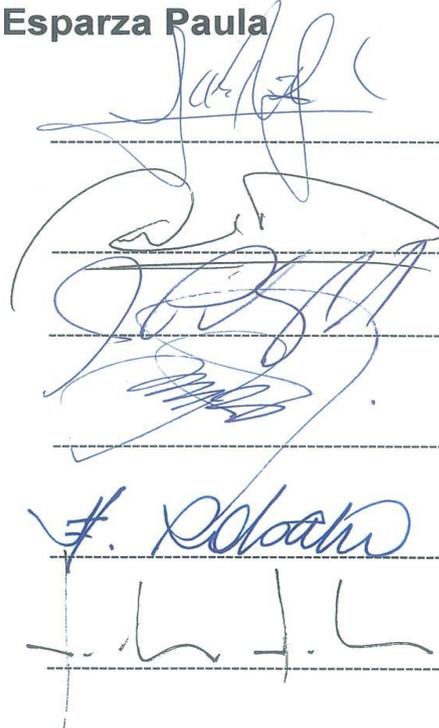
Oswaldo Santos Dávalos, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Juan Pablo Aguilar Andrade, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruíz, DR
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Javier Robalino Orellana, LLM
Director de la maestría en Derecho Adm

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



The image shows five handwritten signatures in blue ink, each written over a horizontal dashed line. The signatures are: 1. Eduardo Roberto Esparza Paula (top), 2. Luis Benalcázar Bonilla, 3. Oswaldo Santos Dávalos, 4. Juan Pablo Aguilar Andrade, and 5. Víctor Viteri Breedy (bottom).

Quito, 6 de noviembre de 2014

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Eduardo Roberto Esparza Paula

C. I.: 1712444304

Fecha: Quito, 4 de noviembre de 2014

DEDICATORIA

A mi hijo Emiliano. Por las noches que fuiste a la cama sin verme, mientras estudiaba para darte un futuro mejor.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres y a mi esposa, por el apoyo que me brindan en cada proyecto que emprendo.

RESUMEN

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato es un derecho irrenunciable del contratista, ya que está ligado a derechos fundamentales y constituye una cuestión de orden público. Durante la ejecución de los contratos pueden surgir aleas que rompen el equilibrio económico de estos, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han establecido mecanismos que buscan restablecerlo; sin embargo, en la legislación de algunos países, como en la ecuatoriana, no se garantiza en su totalidad este derecho. Esto último no debería suceder en un Estado constitucional de derechos y justicia, ya que se vulnera principios y derechos fundamentales, lo que va en contra del garantismo que propone el neoconstitucionalismo.

Por otro lado, el restablecimiento del equilibrio económico es una cuestión de Orden público, irrenunciable. La Administración Pública tiene la idea errónea de que es más eficiente que el contratista actúe a su riesgo de manera ilimitada. Contra esto, el principio general de prohibición del enriquecimiento injusto busca impedir la aplicación estricta del principio de riesgo y ventura, así como el de la inmutabilidad del contrato. Lo que es más, la aplicación de normas contrarias al principio del enriquecimiento injusto vulnera los principios equidad y justicia material proclamados en la Constitución.

ABSTRACT

Restoring economic equilibrium of the contract is an inalienable right of the contractor as it is linked to basic rights and constitutes a matter of public policy. During the execution of the contracts may arise events breaking the economic balance of these, so the doctrine and the jurisprudence have established mechanisms to restore it; however, the laws of some countries, such as Ecuador, not fully guarantee this right. This should not happen in a constitutional state of law and justice because fundamental principles and rights are violated, which is against the proposed garantism of “neoconstitutionalism”.

On the other hand, restoring the economic balance is a matter of public order, inalienable. The Administration has the misconception that it is more efficient that the contractor assume the risks indefinitely. Against this, the principle of general prohibition of prevent unjust enrichment seeks to prevent the strict application of the principle of risk and responsibility, and the immutability of the contracts. What is more, the application of rules contrary to the principle of unjust enrichment violates the principles of equity and substantive justice, enshrined in the Constitution.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO	14
1.1. Fines de la Contratación del Estado	21
1.2. Características del contrato público - conmutatividad del contrato estatal ..	25
1.3. Función de los principios en la Contratación Pública – Principiología Jurídica Contractual.....	28
1.3.1. Como fundamento del Orden jurídico	32
1.3.2. Como orientadores de la interpretación contractual	33
1.3.3. Como integradores del Ordenamiento Jurídico.....	35
1.4. Principios que norman la Contratación Pública.....	36
1.4.1. Principio de la Autonomía de la voluntad privada	38
1.4.2. Principio de responsabilidad de la Administración Pública.....	40
1.4.3. Principios de reciprocidad de las prestaciones y buena fe.....	42
1.4.4. Principio del equilibrio económico del contrato	46
2. OBLIGACIÓN DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO	50
2.1. Aleas jurídicas durante la ejecución de los contratos.....	52
2.1.1. Teoría de la imprevisión	53
2.1.2. Hecho del Príncipe	61
2.1.3. Fuerza Mayor	65
2.2. Mecanismos para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato	67
2.2.1. Cláusula de indexación.....	68
2.2.2. Revisión del contrato	69
2.2.3. Renegociación del contrato	71

2.2.4.	Contratos complementarios	72
2.2.5.	Reajuste de precios	73
2.2.6.	Costo más porcentaje	76
2.2.7.	Ordenes de trabajo	77
2.2.8.	Otras alternativas	78
2.3.	Derechos fundamentales vulnerados con el desequilibrio económico del contrato	79
2.4.	Restablecimiento del equilibrio económico como una cuestión de orden público	82
3.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	88
	BIBLIOGRAFÍA	93

INTRODUCCIÓN

Durante la ejecución de los contratos pueden surgir aleas que rompen el equilibrio económico de estos. La doctrina y la jurisprudencia han establecido mecanismos que buscan restablecerlo; sin embargo, en la legislación de algunos países, como en la ecuatoriana, no se garantiza en su totalidad el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y más bien se tiende a limitar el acceso a este derecho del contratista. Lo que es más, se tiene la idea de que durante la ejecución de los contratos y en la fase precontractual el contratista u oferente, en su caso, actúen o participen a su riesgo¹; es decir, no se ve al contratista como un legítimo colaborador del Estado.

Esto último no debería suceder en un Estado constitucional de derechos y justicia, ya que como se verá en la presente tesis, se vulneran principios y derechos fundamentales; lo que va en contra del garantismo que propone el neoconstitucionalismo. Así, existen ciertos casos como la contratación integral por precio fijo donde se prohíben “la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios”², asimismo, no se permite modificar el plazo de ejecución del contrato salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.³ Finalmente, en esta modalidad contractual la Ley concluye que los contratistas “asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.”⁴ Esto último desconoce que durante la ejecución pueden suceder aleas anormales, imprevisibles, que no es legítimo que los asuma el contratista, de ahí que debería entenderse que el riesgo que se traslada al contratista es el normal.

¹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 99. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

²Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 53. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

³Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 53. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

⁴Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 53. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) establece que en caso de imprevistos técnicos u económicos durante la ejecución de este tipo de contratos, la terminación por mutuo acuerdo no procede, ya que esta posibilidad se guarda exclusivamente a causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante, o señaladas por esta última.⁵ Sobre lo último, si el contratista no acepta la terminación de mutuo acuerdo por las causas de fuerza mayor o casos fortuito señaladas por la Entidad contratante, esta última puede declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato.⁶ Es decir, conforme la LOSNCP, al contratista le queda demandar la resolución del contrato ante situaciones imprevistas o cuando la Entidad Contratante no ha aceptado las causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por este; o, cumplir forzosamente aunque esto sea en contra de su patrimonio y derechos, a fin de no ser declarado contratista incumplido, con las consecuencias que esto tiene. Como se puede observar el sistema es por más abusivo.

El caso antes señalado no es único, ya que los modelos de pliegos publicados por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), que son de observancia obligatoria, conforme lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁷, en concordancia con el artículo 20 de su Reglamento General⁸, limitan el derecho del contratista al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En ciertos casos incluso se le obliga a renunciar al restablecimiento del equilibrio económico, siguiendo las disposiciones de la LOSNCP y su Reglamento General⁹. La importancia de los pliegos es que estos son la base y parte integrante de los contratos, conforme lo establecido en el artículo 112 de la LOSNCP.¹⁰

⁵Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 55. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

⁶Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 55. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

⁷Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 27. Registro Oficial (S) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

⁸Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 20. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

⁹Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 28. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

¹⁰Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 28. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Con los antecedentes antes señalados, la presente tesis estudia al equilibrio económico del contrato como un principio ligado a varios derechos fundamentales y una cuestión de Orden público. Es así que se demostrará que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato administrativo además de ser un derecho del contratista, constituye una cuestión de Orden público que es irrenunciable y debe ser garantizado.

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.¹¹

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, plurinacional y laico. El citado artículo se encuentra en el Título I “Elementos Constitutivos del Estado”, Capítulo primero “Principios fundamentales”:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.¹²

Ahora bien, la noción del Estado Constitucional no es nueva, de ahí que cuando se habla de estados constitucionales de derecho se citen a la Constitución española de 1978, a la italiana de 1947, a la Le Fundamental de Bonn de 1949 o a la Constitución portuguesa de 1976; e incluso a la Constitución de los Estados Unidos de América, que “pese a su originalidad y distanciamiento temporal, espacial e incluso político, también formaría parte de este catálogo.”¹³ En cuanto a su definición, Antonio Peña define al Estado Constitucional como “un modelo de organización política constitutivamente orientado a la garantía de una

¹¹Riccardo Guastini. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (ed.). Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

¹²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³Antonio Manuel Peña Freire. “Garantismo y Derechos Fundamentales”. *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis *et al.* (coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004, p. 749.

serie de derechos a los que podemos llamar fundamentales precisamente por inspirarse en valores que son también su fundamento axiológico.”¹⁴

Un aspecto importante dentro de los Estados constitucionales es el referido al neoconstitucionalismo, que es “la teoría del derecho propia de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados.”¹⁵ El neoconstitucionalismo es a la vez causa y consecuencia de los Estados constitucionales¹⁶; ya que como ideología “inspira y promueve los modelos político – jurídicos adecuados y los diseños institucionales precisos para [...] garantizar los derechos fundamentales.”¹⁷ Esto se puede observar en el artículo 3 número 1 de la CRE, en el que se establece como deber primordial del Estado: “[g]arantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...]”¹⁸

En los Estados constitucionales se nota la influencia de los derechos fundamentales y como estos transforman el Derecho en sus aspectos estructural, funcional y material.¹⁹ En lo que se refiere a la transformación estructural, se observa que los derechos fundamentales se contemplan como principios.²⁰ En cuanto a la transformación funcional, se nota que los principios requieren de un tipo especial de argumentación, “la ponderación”, que es diferente al razonamiento para la argumentación basada en reglas.²¹ Finalmente, la transformación es material debido a que los principios iusfundamentales exhiben una expresa e intensa impronta moral.²² Conforme lo anterior, el artículo 11 de la CRE establece los principios de aplicación y ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales:

¹⁴*Id.*, p. 758.

¹⁵*Id.*, p. 750.

¹⁶*Id.*, p. 749.

¹⁷*Id.*, p. 750.

¹⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁹Antonio Manuel Peña Freire. “Garantismo y Derechos Fundamentales”. *Óp. Cit.*, p. 767.

²⁰Alfonso García Figueroa. “Principios y Derechos Fundamentales”. *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis *et al.* (coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004, p. 235.

²¹*Ibíd.*

²²*Ibíd.*

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.²³

En el proceso de constitucionalización no debe existir nada alejado de la constitución, es decir, todo el ordenamiento jurídico y las actuaciones de la administración deben estar en armonía con esta. De ahí que no existe nada cuya validez no pueda ser cuestionada por referencia a las normas constitucionales.²⁴ Al respecto el artículo 424 de la CRE establece:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.²⁵

Lo anterior es importante tener en consideración ya que la Contratación Pública no se escapa del efecto de irradiación de la Constitución. Esto debido entre otras razones a que “las normas sobre contratación estatal, su perfil y su objetivo final dependen inequívocamente del tipo de Estado que se trate y de sus características.”²⁶ En este sentido, Antonio Peña manifiesta lo siguiente:

²³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁴Antonio Manuel Peña Freire. “Garantismo y Derechos Fundamentales”. *Óp. Cit.*, p. 767.

²⁵Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁶María Teresa Palacio. “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho Público* No. 14 (2002), p. 21.

En el ideal del Estado constitucional de derecho no hay decisiones en un terreno distinto del constitucional, ni pueden encontrarse materias o asuntos, por banales que a priori pareciesen, que no estén impregnados, quizá en sus últimos aspectos, por las normas constitucionales; por otro lado, toda acción de gobierno es una acción jurídica constitucionalmente reglada no sólo en sus formas, sino también en su contenido de modo que podrá ser anulada si, a decir de los órganos jurisdiccionales correspondientes, resulta incompatible con la propia interpretación de la constitución.²⁷

En el Estado constitucional incluso el poder normativo del legislador democrático está sujeto a límites materiales, que son los derechos fundamentales.²⁸ En el Ecuador, esto se puede observar en los artículos de la Constitución que se refieren a las garantías normativas:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.²⁹

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub183.pdf (acceso: 21-01-2013).

²⁷Antonio Manuel Peña Freire. "Garantismo y Derechos Fundamentales". *Óp. Cit.*, p. 767.

²⁸Juan Carlos Bayón. "Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del Constitucionalismo". *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis *et al.* (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004, p. 69.

²⁹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.³⁰

Gustavo Zagrebelsky señala que “la ley [...] viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.”³¹ En este sentido, el mencionado autor señala lo siguiente:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.³²

En los Estados constitucionales se distingue entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas. Se debe destacar que estas últimas son válidas por sí mismas con independencia de la ley.³³

Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como <<patrimonio jurídico>> de sus titulares, independientemente de la ley.³⁴

Ahora bien, tanto la ley como los derechos tienen su propia dignidad constitucional; sin embargo, en caso de conflicto prevalecen los derechos.³⁵ Lo que se pretende en los Estados constitucionalizados es condicionar y contener al legislador para que no existan desarrollos contradictorios al momento de la producción del derecho, que se puedan deber a la influencia de la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales.³⁶

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 85. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³¹ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Octava edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2008, p. 34.

³² *Id.*, p. 40.

³³ *Id.*, p. 47.

³⁴ *Id.*, p. 51.

³⁵ *Id.*, p. 59.

³⁶ *Id.*, p. 39.

Por lo anterior, ya no es posible una fundamentación de la relación política sobre la base de un Estado que exija a los particulares obediencia incondicionada; ya que los individuos prometerían obediencia a cambio de la seguridad de sus derechos.³⁷ Esto último guarda relación con un segundo rasgo característico del neoconstitucionalismo, que consiste en “la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.”³⁸

“Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir”³⁹; por lo que, “[e]l Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y las de los sujetos privados.”⁴⁰ El hecho de que los elementos que forman la definición jurídica de la justicia estén constitucionalizados supera la reducción de la justicia a la ley.⁴¹

[...] si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.⁴²

La superación del Estado de derecho legislativo, es decir, la separación de los derechos y la justicia de la ley, lleva consigo importantes consecuencias para el derecho⁴³; ya que dentro de las normas habría que diferenciar a las reglas y a los principios.⁴⁴ El derecho actual está compuesto de reglas y principios; es así que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios.⁴⁵ Al respecto Zagrebelsky concluye que “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <<constitutivo>>del

³⁷ *Id.*, p. 59.

³⁸ *Id.*, p. 93.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Id.*, p. 96.

⁴² *Id.*, p. 34.

⁴³ *Id.*, p. 109.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Id.*, p. 110.

orden jurídico”⁴⁶; mientras que las reglas, aunque estuvieran escritas en la Constitución, “no son más que leyes reforzadas por su forma especial.”⁴⁷

Dicho lo anterior, es necesario observar las diferentes teorías que plantea el razonamiento por principios, que son la teoría interna y la teoría externa de los derechos fundamentales.⁴⁸ Según la teoría interna, todo derecho fundamental en realidad se halla delimitado originariamente, *ex tunc*; de ahí que en esta posición los derechos tienden a asemejarse a las reglas.⁴⁹ Por otro lado, la teoría externa sostenida por Alexy, señala que el derecho fundamental no se halla delimitado de forma precisa originariamente, sino que expresa un derecho individual que tiende a expandirse y cuyos límites (excepciones) sólo podrán determinarse caso por caso, *ex nunc*, luego de una ulterior ponderación *ad casum*.⁵⁰

En resumen, como concluye el tratadista Jesús González, los derechos humanos constituyen el criterio de legitimidad de los Estados; son la base y el fundamento del buen gobierno; y, señalan los objetivos básicos que los poderes públicos deben perseguir, por eso todo poder político ve limitado su campo de actuación por estos. Lo anterior ha sido sostenido por el citado autor, de la siguiente manera:

Creo que son precisamente estas ideas las que quieren recordarse cuando se sostiene que los derechos humanos son absolutos: constituyen el criterio de legitimidad de los Estados, son la base y el fundamento del buen gobierno y señalan los objetivos básicos que los poderes públicos deben perseguir; por eso, todo poder político ve limitado su campo de actuación por los derechos humanos, y en consecuencia sólo son legítimos aquellos objetivos colectivos compatibles con estos derechos. Por eso su incumplimiento es la manifestación palpable de la tiranía y la opresión, y puede legitimar incluso la rebelión de los ciudadanos. Con otras palabras, los derechos humanos constituyen el canon de justicia de los Derechos positivos y, por tanto, el criterio de justificación de la obediencia, crítica, desobediencia o rebelión de los ciudadanos frente a esos Derechos positivos.⁵¹

1.1. Fines de la Contratación del Estado

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Alfonso García Figueroa. “Principios y Derechos Fundamentales”. *Óp. Cit.*, p. 247.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Id.*, p. 248.

⁵¹ Jesús González Amuchástegui. “Los límites de los Derechos Fundamentales”. *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis *et al.* (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004, pp. 445 y 446.

La contratación pública no constituye un mero cuerpo normativo para regular cuestiones puntuales y formales, sino que es la columna vertebral del movimiento de la riqueza y la manera como el país, su industria, su sector empresarial y, en general, la población económicamente activa, se vincula a determinados proyectos para hacer de ellos su opción de vida y de desarrollo [...]⁵²

Como ya se manifestó, la Contratación Pública no se aleja del efecto de irradiación de la Constitución, por lo que no debe desconocer los fines establecidos en ella. En nuestra legislación, dentro del régimen de desarrollo, el artículo 275 de la CRE manda garantizar la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*⁵³. Ahora bien, para la consecución del buen vivir, el artículo 277 de la CRE establece los siguientes deberes generales del Estado:

Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.
3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.
4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.
5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.
6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.⁵⁴

La contratación pública es una herramienta que permite llevar a cabo la gestión pública dentro de una orientación estatal determinada⁵⁵; a su vez, el contrato estatal es un instrumento de gestión de la administración pública.⁵⁶ Se debe aclarar que debido al ámbito amplio de la contratación pública, el cual incluye los procedimientos de adjudicación y los contratos de concesión que se suscriben en el sector de los hidrocarburos, las telecomunicaciones entre otros regímenes especiales, el presente trabajo se limitará a los contratos que se celebran en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP). Asimismo, se aclara que de conformidad con lo establecido

⁵²María Teresa Palacio. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Óp. Cit.*, p. 20.

⁵³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 275. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 277. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁵María Teresa Palacio. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Óp. Cit.*, p. 101.

⁵⁶Cfr. Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012, p. 54.

en el 60 de la LOSNCP todos los contratos que se celebren al amparo de la mencionada ley son contratos administrativos. Con la aclaración anterior, se menciona que el artículo 288 de la CRE señala los criterios con que se deben realizar las “compras públicas”, siendo estos los de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social.⁵⁷

Desde el punto de vista socio – económico, el contrato administrativo permite un intercambio de bienes y servicios (incluidos los de consultoría) entre la Administración y los administrados, así como la construcción de obras para la satisfacción de las necesidades⁵⁸, en el marco de los fines competenciales de cada órgano de la administración.⁵⁹ Entonces, es la satisfacción del interés público y la consecución de los fines del Estado, consagrados en la Constitución, lo que busca la administración al contratar.⁶⁰ Por su parte, el contratista busca obtener un beneficio o lucro económico, acorde a los preceptos del buen vivir.

Como ya se dijo, el interés público contractual se identifica, en primer lugar, con las necesidades de bienes y servicios que requiere la Administración.⁶¹ Asimismo, existe un segundo componente en los fines de la institución al contratar que consiste en el interés económico del Estado en el contrato⁶², según el cual, los pagos deben ser los justos y mínimos.⁶³ Sin embargo, hay que aclarar que este último componente está subordinado a conseguir los objetivos de la Administración⁶⁴, por lo que no debería prevalecer en ningún momento. Estos objetivos se pueden observar en el artículo 9 de la LOSNCP, principalmente en los números 1 y 2:

Art. 9.- Objetivos del Sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 288. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁸ José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado*, 1a. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1997, p. 184.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ *Id.*, p. 187.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Id.*, p. 199.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;
8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.⁶⁵

Sobre lo anterior, algunos autores como José Monedero manifiestan que existe primacía del interés del servicio público, que es el fin del contrato, sobre el interés económico (que no obstante debe defenderse precisamente en el área de aquellos objetivos).⁶⁶ Esto último es importante, ya que también se debe tener en consideración el interés del contratista; además se debe advertir que el artículo antes citado en el número 1 establece como objetivo el de garantizar la “calidad del gasto”, que no es lo mismo que un “ahorro infundado” (lo barato sale caro). Asimismo no se debe olvidar que desde el punto de vista jurídico, la contratación busca un marco de seguridad para los intereses de las partes, de manera que los compromisos estén dotados de la protección del Derecho.⁶⁷

Roberto Dromi señala que “quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos.”⁶⁸ Añade además lo siguiente:

El obrar administrativo requiere la colaboración voluntaria de particulares y otros entes públicos, ya sea en forma amplia, por medio de un acuerdo creador, o en forma limitada, por

⁶⁵Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 9. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

⁶⁶José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado*. Óp. Cit., p. 200.

⁶⁷*Id.*, p. 184.

⁶⁸Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, sexta edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 321.

adhesión. Si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria.⁶⁹

Por lo anterior, aunque parezca contradictorio, el papel de la administración debe ser asegurar la finalidad perseguida en el objeto del contrato y no necesariamente el contrato mismo.⁷⁰ Un ejemplo de lo anterior se observa en la legislación colombiana, así el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece que en la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar: "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".⁷¹ De lo anterior se concluye que "lo importante no es el contrato per se, sino la finalidad de interés colectivo que con él se persigue, y lo que la administración debe garantizar es que se logre en últimas la satisfacción del colectivo"⁷²; que en nuestro caso sería la consecución del buen vivir.

1.2. Características del contrato público - conmutatividad del contrato estatal

Como ya se mencionó, el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que los contratos celebrados al amparo de esta son contratos administrativos, de ahí que para efectos de esta tesis se los mencionará de manera indistinta como contratos administrativos o contratos públicos. Dromi define al contrato administrativo como "[...] toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa."⁷³ Añade además que "[e]l contrato público o el negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas."⁷⁴ Sobre la caracterización del contrato administrativo, el citado autor observa:

⁶⁹*Ibíd.*

⁷⁰María Teresa Palacio. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Óp. Cit.*, p.104.

⁷¹Ricardo Hoyos. "La acción popular frente al contrato estatal". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004), p. 46. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub151.pdf (acceso: 21-01-2013).

⁷²María Teresa Palacio. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Óp. Cit.*, p. 104.

⁷³Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 153.

⁷⁴*Id.*, p. 197.

La caracterización del contrato de la Administración resulta: a) del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.⁷⁵

Otro autor, Ricardo Hoyos afirma que “[e]l contrato, como manifestación de la autonomía de la voluntad, es un acuerdo dirigido a crear obligaciones que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.”⁷⁶

En el contrato público se pueden encontrar las siguientes características: 1) es un contrato bilateral, porque tanto el Estado como el contratista se obligan recíprocamente; 2) es oneroso, porque tanto la administración como el empresario se gravan cada uno en beneficio del otro; 3) es un contrato de colaboración que lleva el factor *intuitio personae*; 4) es un contrato sinalagmático porque las partes se someten a él de forma inalterable y obligatoria; y, 6) es conmutativo, porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente a la contraprestación; siendo la proporcionalidad de las prestaciones recíprocas de las partes consustancial al contrato administrativo.⁷⁷

En esta última característica hay que detenerse, ya que permite sustentar la irrenunciabilidad del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos, al estar entrelazada con derechos fundamentales que el Estado no puede desconocer y que más bien debe garantizar, como el derecho de igualdad. Por el derecho señalado, la administración debe propender a un trato igualitario entre los administrados; ya que nadie está obligado a soportar cargas que jurídicamente no le corresponden, y si las soporta tiene derecho a ser indemnizado.

Sobre la conmutatividad del contrato regido por el Derecho Privado y el regido por el Derecho Administrativo, el autor colombiano Rodrigo Escobar distingue lo siguiente:

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Ricardo Hoyos. “La acción popular frente al contrato estatal”. *Óp. Cit.*, p. 44.

⁷⁷ María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009, p. 22. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/693/1/T761-MDE-Luna-Mecanismos%20para%20conservar%20el%20equilibrio%20econ%C3%B3mico.pdf> (acceso: 17/01/2013).

En el Derecho Privado, la equivalencia de las prestaciones recíprocas es eminentemente subjetiva o de forma, lo esencial es que cada parte considere según su libre apreciación sicológica que la prestación a la que se compromete es igual o proporcional a la que recibe como contrapartida o retribución de la parte, sin que tenga relevancia los factores objetivos que determinan el valor de mercado [...]. A contrario sensu, en el Derecho Administrativo las prestaciones recíprocas a cargo de las partes, deben guardar una equivalencia según un criterio objetivo de igualdad o simetría en el valor económico de las contraprestaciones, o un ideal de justicia conmutativa que impone que el valor que reciba el contratista por las obras, servicios o bienes que le proporciona a la Administración corresponda al *iustum pretium* del mercado. De esta suerte, el principio de reciprocidad de prestaciones juega como un límite al postulado de la autonomía de la voluntad [...]⁷⁸

Roque Conrado sostiene que la teoría moderna considera que los pactos son para cumplirlos, en la medida en que no se modifiquen las condiciones iniciales pactadas del contrato.⁷⁹ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que la “[m]utabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa”⁸⁰

Ahora bien, se debe resaltar que es la ganancia o utilidad que recibirá el contratista lo que le motiva a contratar, sin esto el contrato le carece de causa o sentido.⁸¹ Como ya se había dicho, el contrato administrativo es un contrato oneroso y conmutativo, en el que no está concebido que el contratista adquiera obligaciones de contenido patrimonial que no estén correspondidas en el precio pactado.⁸²

Desde el otro lado, si bien el particular que contrata con el Estado tiene el legítimo derecho a obtener un lucro económico, no puede perderse de vista que “su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que

⁷⁸Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Editorial Legis. Primera Edición. 1999. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 13. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS66.pdf> (acceso: 16-02-2013).

⁷⁹Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 55.

⁸⁰Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001, p. 702. Citado en María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. *Óp. Cit.*, p. 22.

⁸¹Eduardo Fonseca. “El contrato de concesión de servicios y de infraestructura”. *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004), p. 33. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub152.pdf (acceso: 21-01-2013).

⁸²*Id.*, p. 34.

además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones.”⁸³ No obstante lo anterior, estas obligaciones no se contraponen con el deber de respetar la ecuación financiera del contrato. Para sustentar lo anterior, Rodrigo Escobar cita el siguiente Dictamen del Consejo de Estado colombiano:

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio económico financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.⁸⁴

Para concluir con esta parte, se debe observar que la doctrina afirma que la conmutatividad es una característica esencial del contrato administrativo. En la cita anterior incluso se menciona como base para la existencia del contrato. En este mismo sentido, la tratadista Susana Montes dice:

Es la vigencia de este principio (Reciprocidad de las Prestaciones) en el contrato administrativo lo que permite considerarlo como un contrato, pues a pesar de que la ley le otorga a la Administración Pública la potestad de modificar unilateralmente el objeto de la relación contractual, la equivalencia económica entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de la celebración del contrato, siempre se encuentra a salvo.⁸⁵

1.3. Función de los principios en la Contratación Pública – Principiología Jurídica Contractual

Debido a la importancia que tienen los principios en el Neoconstitucionalismo, es necesario conocer su definición, así: Alexy definía a los principios como mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.⁸⁶ Más tarde, debido a los problemas

⁸³Ricardo Hoyos. “La acción popular frente al contrato estatal”. *Óp. Cit.*, p. 46.

⁸⁴Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, 2da reimpresión.*, p. 419. Citado en María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública.* *Óp. Cit.*, p. 26.

⁸⁵Susana Montes y Patricia Mier. “Concesiones Viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos”. *Derecho Público* No. 11 (2000), p. 93. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub216.pdf (acceso: 21-01-2013)

⁸⁶Alexy, 1994: 86 – 87. Citado en Jan Sieckmann. “Los derechos fundamentales como principios”. *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.* Jan – R. Sieckmann (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 29.

que arroja esta definición, ya que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación, Alexy modifica su definición. Ahora el doctrinario en cuestión distingue entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse, por otro.⁸⁷

Alexy clarifica la idea de optimización mediante la “ley de la ponderación”, según la cual tanto más intensa sea la afectación del derecho fundamental, tanto más importantes deben ser las razones que la justifican. En sus propias palabras, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tienen que ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁸⁸ Se debe mencionar que Jan Sieckmann critica a la ponderación de Alexy, ya que considera que “[e]sto es un parámetro comparativo, pero no un criterio para saber qué soluciones son mejores que otras.”⁸⁹ Añade lo siguiente:

En todo caso, en la teoría de Alexy falta una definición de lo que haya de entenderse por optimización. Un modelo de optimización debería indicar un criterio para identificar las soluciones óptimas ante un problema de ponderación, al margen de la cuestión adicional de si dicho criterio resulta objetivamente aplicable.⁹⁰

[...] La idea de la ponderación de principios en colisión no toma los principios como meros objetos de ponderación, sino como argumentos a favor de resultados de ponderación determinados pero mutuamente incompatibles.⁹¹

Sieckman señala que “[l]a concepción de los principios como argumentos normativos asume que los principios no solo son los objetos de las ponderaciones, sino que constituyen razones para los juicios ponderativos”; y aclara que “los principios son normas que se utilizan como argumentos a favor de juicios de ponderación.”⁹² El citado autor observa que existe un modelo de ponderación que sí contiene una definición de los resultados óptimos de la

⁸⁷Alexy, 2000^a: 304. Citado en Jan Sieckmann. “Los derechos fundamentales como principios”. *Óp. Cit.*, p. 29.

⁸⁸Alexy 1993: 161. *Id.*, p. 30.

⁸⁹Jan Sieckmann. “Los derechos fundamentales como principios”. *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Jan – R. Sieckmann (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 30.

⁹⁰*Ibíd.*

⁹¹*Ibíd.*

⁹²*Id.*, p. 32.

ponderación, esto es con ayuda del criterio de optimalidad de Pareto, el cual se corresponde con el criterio de necesidad en derecho constitucional.⁹³

Ahora bien, en los Estados constitucionalizados, la constitución tiene tres concepciones que son: “como derecho justificado prepositivamente, como conjunto de principios que vinculan a los órganos de creación jurídica, y como orden normativo de rango superior o dotado de primacía.”⁹⁴ Según Sieckmann, la constitución como derecho prepositivo “[...] puede entenderse como un conjunto de normas cuya validez es independiente de su reconocimiento jurídico – positivo.”⁹⁵ En cambio, como norma vinculante para el legislador y para los demás órganos creadores de derecho, “[...] la constitución obliga a los órganos productores de derecho a considerar debidamente los principios constitucionales en sus decisiones o sentencias.”⁹⁶ Finalmente, la concepción de la constitución como orden dotado de primacía “[...] asigna primacía a la constitución sobre el derecho ordinario. Ello presupone que la constitución contiene normas con las cuales las regulaciones de derecho ordinario pueden entrar en conflicto.”⁹⁷

En este punto es necesario detenerse para recordar lo que se dijo en las secciones anteriores, esto es que los Estados constitucionales buscan garantizar los derechos fundamentales. Por otro lado, las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. De lo anterior, se podría afirmar que en los Estados constitucionales el razonamiento de los actores del derecho debe ser por principios y no por reglas, a fin de que se logre el fin de garantizar los derechos fundamentales.

Esto último se puede observar en la Contratación Pública actual; así, el artículo 7 de la LOSNCP define al Sistema Nacional de Contratación Pública como “el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las

⁹³ *Id.*, pp. 30 y 31.

⁹⁴ *Id.*, p. 42.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes.”⁹⁸ En el mismo sentido, el tratadista Roque Conrado señala:

[...] los principios deben aplicarse en todas las actuaciones y etapas contractuales, son de obligatorio cumplimiento, por parte de la administración, y los servidores públicos, en caso de no aplicarse se estaría contrariando los fines esenciales del estado, los principios Constitucionales, legales y violando el principio de legalidad.⁹⁹

En el mismo sentido, el Derecho colombiano, específicamente la Ley 80 de 1993, ordena que en el proceso de contratación se apliquen “las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.¹⁰⁰ Asimismo, manda que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos se tenga en consideración los fines y principios de la mencionada ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.¹⁰¹ Conforme lo anterior, la catedrática colombiana Patricia Mier concluye:

[...] el régimen del contrato estatal es un régimen mixto, en el que participan concomitantemente y por mandato expreso de la ley en cuanto hace a la materia contractual propiamente dicha, los principios generales de la contratación, comunes al derecho público y privado; y adicionalmente, siempre estarán presentes como postulados de obligatoria observancia por las partes del contrato, en atención a su objeto, los principios del derecho público rectores de la actividad administrativa TODA [sic] en la consecución de los fines que la Constitución Política le determina, y que constituyen el único objeto posible de los contratos, que con tal propósito, se celebren. Esta concepción del contrato estatal prevalece hoy, y halla regulación expresa en la ley de contratación pública, en la que se recogen los principios generales de derecho que desde siempre han gobernado.¹⁰²

[...]

[E]ste andamiaje de principios no surge de la legislación que regula su actividad contractual ni fue concebido como fundamento particular de ella; nacen en la Constitución

⁹⁸Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 7. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

⁹⁹Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 183.

¹⁰⁰Patricia Mier. “El Régimen Jurídico del Contrato Estatal”. *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004), p. 62. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub150.pdf (acceso: 21-01-2013).

¹⁰¹*Ibíd.*

¹⁰²*Ibíd.*

Política en atención a la condición pública de la administración y no referida a un tipo de actividad en particular.¹⁰³

Finalmente, el tratadista Conrado observa que en el sistema normativo “los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico”¹⁰⁴; es decir, “sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y [...] se emplean como fuente integradora del derecho.”¹⁰⁵ A continuación se desarrollan estos conceptos.

1.3.1. Como fundamento del Orden jurídico

La función de los principios como fundamento del Orden jurídico es uno de sus rasgos distintivos, el cual puede tener muchos significados. El tratadista Alfonso García señala que esta función puede ser observada “como normas de la que se derivan lógicamente otras, como normas que establecen determinadas metas u objetivos o como normas que fundamenta materialmente otras [...]”¹⁰⁶

Riccardo Guastini observa que los principios cumplen la función de circunscribir, bajo el aspecto sustancial o material, la competencia normativa de las fuentes “subordinadas”.¹⁰⁷ Es así que las fuentes subordinadas no pueden contener normas incompatibles con los principios o bien deben limitarse a desarrollar los principios, caso contrario estas podrían caer en la invalidez por vicio sustancial o material. El citado autor se expresa de la siguiente manera:

Dado que la fuente está subordinada, según los casos: no puede contener normas incompatibles con aquel principio; o bien debe limitarse a desarrollar las implicaciones de aquel principio; so pena, en ambos casos, de invalidez por vicio sustancial o material. En el

¹⁰³ *Id.*, p. 65.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818, de 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 181.

¹⁰⁵ Cfr. Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 181.

¹⁰⁶ Alfonso García Figuerola. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 134.

¹⁰⁷ Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Primera edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 162.

primer caso es inválida toda norma que sea contradictoria con el principio; en el segundo, es inválida toda norma que no sea deducible del principio.¹⁰⁸

Conforme lo anterior, se puede concluir que son inválidas las normas que son contradictorias a algún principio o que no son deducibles de estos. Por lo que, en general, el principio “funciona de parámetro de legalidad o legitimidad de la fuente subordinada.”¹⁰⁹ En el mismo sentido el doctrinario Roque Conrado señala que:

[...] se reconocen a los principios como fundamento en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho [...]¹¹⁰

1.3.2. Como orientadores de la interpretación contractual

Los principios cumplen también la función de orientadores de la interpretación de los documentos normativos¹¹¹; de ahí que, de una manera extensiva se puede decir que también sirven como orientadores de la interpretación contractual. Al respecto el tratadista Roque Conrado ha señalado que:

[...] los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior [...]¹¹²

Riccardo Guastini, sobre la función que se analiza, se refiere a lo que él denomina la interpretación “conforme”. Según el mencionado autor, “[s]e denomina ‘conforme’ a aquella interpretación que, precisamente, adapta el significado de una disposición al de un principio, previamente identificado.”¹¹³ Ahora bien, los principios que son empleados en esta

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 181.

¹¹¹ Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. *Óp. Cit.*, p. 163.

¹¹² Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 182.

¹¹³ Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. *Óp. Cit.*, pp. 163 y 164.

interpretación “conforme” serían sobre todo los principios expresos de rango constitucional.¹¹⁴ El citado tratadista añade además:

Se sostiene, en particular, que la interpretación de la ley debe adecuarse, si es posible, a los principios constitucionales (de modo que, cuando es practicable una interpretación conforme, no hay razón para elevar una cuestión de legitimidad constitucional); que la interpretación de la ley regional debe ser adecuada, si es posible, a los principios fundamentales de la materia establecidos por leyes estatales; que la interpretación de los decretos legislativos delegados debe ser adecuada, si es posible, a los principios establecidos en la ley de delegación; que la interpretación de los reglamentos de ejecución debe ser adecuada, si es posible, a las disposiciones de la ley que es por ellos ejecutada.¹¹⁵

Hasta aquí se sostiene que la función interpretativa de los principios consiste en fijar el sentido de tal o cual expresión jurídica. Esto es importante ya que todo precepto jurídico encierra un sentido, pero este no siempre se encuentra manifestado con claridad. De ahí que, como lo sostiene el tratadista Guastini: “[...] argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma (explícita o implícita), de la que se asume su “superioridad” respecto a la disposición a interpretar, para adecuar a aquélla el significado de ésta.”¹¹⁶ Sobre la importancia de esta función, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-085 de 1993, ha señalado:

[...] cumplen una función importantísima en la interpretación que de ella haga el juez, todo con el fin de facilitarle su aplicación; pero aún más importante, son la fuente a la que debe recurrir ese mismo intérprete cuando encuentre un vacío en el ordenamiento.¹¹⁷

Por otro lado, los principios dentro del sistema constituyen la finalidad del derecho, por lo que es su punto de partida y a la vez su base interpretativa. En este sentido, hay que resaltar que, como los sostiene el tratadista Alfonso García, “la interpretación de las normas en general no puede producirse aisladamente, sino que tiene lugar en el amplio contexto de un sistema.”¹¹⁸ De ahí que, al momento de interpretar una regla siempre existirá la posibilidad de

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Id.*, p. 164.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-085 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 35.

¹¹⁸ Alfonso García Figuerola. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. *Óp. Cit.*, p. 178.

que se produzca una interacción con un principio, que incluso puede constituir su excepción. Alfonso García lo ha sostenido de la siguiente manera:

Al momento de la interpretación de las reglas, éstas deben ser confrontadas con otros elementos del ordenamiento jurídico y, singularmente, es posible que se produzca una cierta interacción entre principios y reglas, de modo que un principio pueda constituir la excepción a una regla.¹¹⁹

1.3.3. Como integradores del Ordenamiento Jurídico

La función integradora de los principios se manifiesta cuando existen vacíos de las fuentes formales, es decir lagunas del derecho. Al respecto, Riccardo Guastini ha manifestado que las controversias que no pueden ser decididas mediante una disposición precisa, contenida en una norma expresa, configuran una laguna del derecho; entonces, el juez está autorizado a recurrir a los principios, como instrumentos que son para la integración del derecho:

Las controversias que no pueden ser decididas mediante una “disposición precisa”, es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumentos para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente el argumento analógico.¹²⁰

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado:

[...] los principios, cumplen una función de integración, ya que asume el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la ley para regular todas y cada una de las situaciones que se pueden presentar en el devenir social. El ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a todos los operadores y, en especial, a los jueces, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a reglar su comportamiento, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídica a las múltiples necesidades que en esta se presentan.¹²¹

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho.* Óp. Cit., p. 165.

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818, de 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 182.

Finalmente, Roque Conrado observa que los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Además, resalta que estos pueden operar para “perfeccionar” el ordenamiento; al entrar en juego “cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida.”¹²²

1.4. Principios que norman la Contratación Pública

[...] los servidores públicos están obligados a cumplir los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de los contratos y velando por la protección de los derechos de la entidad, del erario público y del contratista.¹²³

Una vez que se han analizado las funciones de los principios, hay que detenerse a analizar a aquellos que norman la Contratación Pública. Asimismo, se debe insistir en que en los Estados constitucionales los principios son la base o columna reguladora de toda relación jurídica, incluida la Contratación Pública.¹²⁴ Ahora bien, dependiendo de la materia, ciertos principios toman mayor relevancia, así el Interés Público es el fundamento de la administración y del derecho administrativo. Roque Conrado afirma que no existe duda sobre la importancia y prevalencia del principio en mención, según el cual se le da prelación al interés general y social sobre el particular.¹²⁵

[...] el interés público es indisponible, por lo que la administración no puede disponer la utilidad pública de manera arbitraria, y a su propia discrecionalidad, sin tener en consideración este principio rector del interés público.¹²⁶

No obstante, ya en nuestra legislación, hay que tener en consideración lo establecido en el artículo 11 número 6 de la CRE que señala que “[t]odos los principios y los derechos son

¹²²Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Óp. Cit., p. 117.

¹²³Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003, p. 10. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS66.pdf> (acceso: 16-02-2013).

¹²⁴Cfr. Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 31.

¹²⁵*Id.*, p. 32.

¹²⁶*Ibid.*

inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”¹²⁷ Asimismo, el artículo 85 número 2 de la CRE establece que cuando las políticas públicas o la prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, estos deberán reformularse o se deberá adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. De ahí que en el Ecuador la prevalencia del interés general sobre el particular no sería absoluta; en otras palabras, prevalece el interés general sobre el particular en tanto y cuanto no se menoscaben derechos fundamentales.

En las siguientes secciones se desarrollarán otros principios importantes para demostrar que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato es irrenunciable. No obstante hay que aclarar que los principios que se analizarán no son los únicos consagrados, simplemente se los menciona, al igual que a la finalidad de la contratación pública, a fin de demostrar nuestra hipótesis.

Asimismo, se debe observar que en estos principios se contienen varios derechos fundamentales, que se los irá señalando. Ahora bien, se debe insistir en que “los principios no deben interpretarse de manera aislada, ya que por el contrario todos se relacionan entre sí.”¹²⁸ En este mismo sentido, el artículo 427 de la CRE señala:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.¹²⁹

Entonces, además de observar los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP (que son los de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional) se deben considerar de manera obligatoria los principios y derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, conforme lo ordena el artículo 426 de la CRE¹³⁰. Finalmente, conforme el artículo 5 de la LOSNCP, lo anterior se debe realizar

¹²⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹²⁸ Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 7.

¹²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 427. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁰ Art. 426.- *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

1.4.1. Principio de la Autonomía de la voluntad privada

[...] la autonomía de la voluntad no es un principio natural del derecho administrativo, sino que nace del derecho civil, principio que lo ha adoptado el derecho administrativo y hoy se aplica en el contrato de la administración pública.¹³¹

Algunos estudiosos manifiestan que “la administración no goza de autonomía absoluta para contratar, debido a que está sujeta a un sistema riguroso de contratación.”¹³² El profesor Jaime Orlando Santofimio señala que los contratos del Estado son solemnes, sujetos a ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no producen ningún efecto e incluso se les puede considerar inexistentes.¹³³ Por su parte, el jurista Libardo Rodríguez, haciendo un análisis jurídico sobre los distintos conceptos de actos administrativos, ilustra que los actos administrativos son la manifestación de voluntad de la administración tendiente a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos.¹³⁴ Finalmente, Conrado señala que el contrato estatal tiene parte de solemnidad y parte de autonomía de la voluntad.¹³⁵

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

¹³¹Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 95.

¹³²*Id.*, p. 97.

¹³³Cfr. Jaime O. Santofimio. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación indebida*. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 338. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 98.

¹³⁴Cfr. Libardo Rodríguez R. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Editorial Temis, 2000, p. 195. *Id.*, p. 99.

¹³⁵Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 99

No obstante los diferentes criterios esbozados, lo que interesa analizar es la autonomía de la voluntad privada, ya que es el contratista a quien se le obliga a renunciar a su legítimo derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La autonomía de la voluntad en la contratación estatal permite acordar e incluir cláusulas en las relaciones contractuales siempre que éstas no sean contrarias a la Constitución y la ley.¹³⁶

En la Contratación Pública el administrado se aproxima voluntariamente a la Administración para dar, hacer o no hacer alguna cosa, a cambio de un equivalente económico.¹³⁷ Como se había mencionado, esto es la esencia misma del contrato. En este sentido, Garrido Falla observa que:

[...] la voluntad del particular colaborador constituye presupuesto de eficacia o validez del acto administrativo, pues esta modalidad encara justamente el tema de lo contractual del Estado y, por ende, de la virtualidad del consentimiento privado en la creación de situaciones jurídicas de alcance bilateral.¹³⁸

Por lo tanto, en el principio de la autonomía de la voluntad privada se denota que: 1) el comportamiento del administrado es voluntario; 2) existe un propósito interesado que le estimula al privado a colaborar con la Administración; y, 3) la prestación convenida es simultáneamente una actividad privada y un hecho de interés general.¹³⁹

En este punto hay que notar también que la autonomía de la voluntad privada no es ilimitada. El contenido de los contratos tiene límites infranqueables representados en las normas inderogables y en consideraciones de orden público o interés general y en imperativos de carácter ético, plasmados en la noción de buenas costumbres.¹⁴⁰

La renuncia al derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato desvirtúa la conmutatividad que caracteriza al contrato administrativo y entorpece la consecución de la finalidad de la contratación pública. Como se

¹³⁶ *Id.*, p. 96.

¹³⁷ José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado. Óp. Cit.*, p. 173.

¹³⁸ Cfr. José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado. Óp. Cit.*, pp. 171 y 172

¹³⁹ José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado. Óp. Cit.*, p. 174.

¹⁴⁰ Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal. Óp. Cit.*, p. 21.

había mencionado, la conmutatividad del contrato estatal lleva implícita el derecho a la igualdad del contratista, quien no tiene razón para soportar cargas que jurídicamente no le corresponden.¹⁴¹ Por lo anterior, la conmutatividad del contrato es un límite a la autonomía de la voluntad privada.

1.4.2. Principio de responsabilidad de la Administración Pública

El principio de responsabilidad de la Administración Pública puede ser analizado desde varias perspectivas, así la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. En el presente trabajo interesa analizar este principio desde la óptica de la responsabilidad de la Administración Pública ante el apareamiento de aleas jurídicas durante la ejecución de los contratos administrativos; y, por el cumplimiento de los fines de la contratación.

No existe duda que la Administración Pública es responsable por la actuación de sus servidores públicos y de los privados que actúan en su representación. Esto ligado a lo establecido en el artículo 11 número 9 de la CRE: “[e]l más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”¹⁴²

En cuanto a la responsabilidad de los servidores, el tratadista Conrado señala que el principio de responsabilidad “obliga al funcionario a respetar las leyes y actuar acorde con las prescripciones legales dentro de los fines esenciales, el respeto de los derechos y de los deberes de los ciudadanos.”¹⁴³ La legislación colombiana sobre contratación pública señala además que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación; a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado; y, a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Id.*, p. 20.

¹⁴² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴³ Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 44.

¹⁴⁴ Ley 80 de Colombia de 1993. Artículo 26. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 57.

En la legislación ecuatoriana, el artículo 227 de la CRE establece los principios que rigen la administración pública en el Ecuador, siendo estos los de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Asimismo, el artículo 233 de la CRE establece la responsabilidad de las y los servidores públicos por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones; además, señala que son responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Todavía más, conforme lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dependiendo del tipo de contrato deberá nombrarse al administrador, fiscalizador y/o supervisor de este, a quienes se les hará conocer sus funciones y deberes. En este sentido, el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el servidor que haya sido designado como administrador del contrato deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato; para lo cual, deberá adoptar las acciones que sean necesarias. Asimismo, el artículo 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que el fiscalizador y el supervisor son responsables de tomar todas las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.

En este sentido, los servidores públicos, y por tanto la Administración, es responsable por el cumplimiento de los fines estatales, objeto de la contratación pública; la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; y, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.¹⁴⁵

En resumen, el no restablecimiento del equilibrio del contrato afecta al principio de responsabilidad de la Administración Pública, ya que se impide la consecución de los fines estatales, debido a que el contratista no cumplirá. Además, se vulneran los derechos e intereses de los administrados, lo cual es inconcebible en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

¹⁴⁵Ley 80 de Colombia de 1993. Artículo 3. *Id.*, p. 32.

1.4.3. Principios de reciprocidad de las prestaciones y buena fe

[...] se supera en el derecho moderno aquel criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad que promovían la omnipotencia contractual de la administración, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza [...]¹⁴⁶

El Principio de reciprocidad de prestaciones está estrechamente ligado a la característica de conmutatividad del contrato; por lo que constituye un límite al principio de la autonomía de la voluntad privada. Ahora bien, al momento de celebrar un contrato las partes acuerdan un conjunto de deberes y obligaciones recíprocas que son equiparables; de ahí que, la Administración debe observar el principio de equidad. Sobre lo anterior, el tratadista José Monedero Gil señala:

No está de más argüir que la Administración deberá respetar en todos los supuestos de sacrificio la reciprocidad de intereses o equivalencias económica que fluye bajo la capa jurídica formal de los derechos y obligaciones. En ningún caso la sujeción del cumplimiento del contrato al interés público puede suponer un romper el equilibrio de la balanza contractual. [...] Su aplicación cierra el paso a los contratos de ventaja y a las actitudes administrativas que signifiquen explotación de los colaboradores. La equidad es un componente indiscutible de todas las actuaciones de los órganos del Estado y su presencia se notará también en las incidencias de ejecución del contrato.¹⁴⁷

Es importante diferenciar los riesgos de la gestión contractual de los riesgos que se originan por circunstancias ajenas a las partes durante la ejecución del objeto contractual; ya que los imprevistos pueden afectar el equilibrio económico contractual.¹⁴⁸ Ahora bien, se debe observar que los pliegos de los procedimientos de contratación únicamente incluyen la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.¹⁴⁹

¹⁴⁶Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-892, de agosto 22 de 2001.M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 49.

¹⁴⁷José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado. Óp. Cit.*, p. 387.

¹⁴⁸Juan Ángel Palacio Hincapié. La Transparencia en la Contratación del Estado. Ediciones doctrina y ley LTDA, 2008, p. 31. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 107.

¹⁴⁹Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 104.

Por lo anterior, dentro del razonamiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el que se garantizan los derechos de los ciudadanos y la justicia material; con base en el principio de solidaridad, el Estado debería ser el llamado a restablecer el equilibrio económico, ya que se encuentra en una mejor posición que el administrado - contratista. Esto siempre que el imprevisto no surja por causas atribuibles al contratista y que este haya actuado de buena fe. En el mismo sentido, el tratadista Felipe Vivero ha manifestado:

En razón a una actuación de buena fe, dentro de la cual no ha existido negligencia reprochable que influya en la situación en la que se encuentra el individuo, sumada a signos externos lo suficientemente idóneos para generar la confianza respecto del estar amparada por la legalidad, se concluye que el mismo Estado debe acudir a su protección y que jamás podrá desconocer su situación ya que esto sería tanto como ir contra sus propios actos.¹⁵⁰

No existe duda que es un principio general del derecho que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que ellos obligan no exclusivamente a lo constante en el contrato, sino también a aquello que emana de la naturaleza de la obligación. El Consejo de Estado de Colombia ha señalado que “todos los contratos deben celebrarse de buena fe y esta obliga a que las partes conozcan recíprocamente los motivos que determinan sus respectivas declaraciones de voluntad”¹⁵¹, es decir, los fines de la contratación que fueron analizados anteriormente.

Roberto Dromi cita el caso SCBA, 2/6/81, ‘Bocazzi ICI y F c/Provincia de Buenos Aires’, JA, 1982-II-29, en el que se sostiene que “[l]os contratos administrativos deben cumplirse de buena fe por lo que no debe tratarse al contratista como un adversario al que sea preciso someter con dureza, sino que debe tenérselo como un colaborador [...]”¹⁵². En este sentido, el autor en mención observa que la colaboración implica del lado de la administración el deber de “concurrir en auxilio del contratista, incluso fuera de los casos previstos en las leyes o en las cláusulas de los contratos.”¹⁵³ Sobre el principio de buena fe, la Corte Constitucional de Colombia se ha manifestado de la siguiente manera:

¹⁵⁰Felipe De Vivero. “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”. *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004), p. 124. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub145.pdf(acceso: 21-01-2013).

¹⁵¹Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 23 de mayo de 1985. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 45.

¹⁵²Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 322.

¹⁵³*Ibid.*

El principio de buena fe [...] se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la administración pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.¹⁵⁴

Para resumir en este punto sobre el equilibrio económico del contrato y el principio de buena fe, el tratadista Conrado señala que es responsabilidad de la Administración reconocer al contratista “los mayores costos que se hayan derivado como consecuencia de la alteración financiera del contrato, en el cual no se viera perjudicado éste, en una función social que le es dada a la administración, el cual es de cumplir con sus cometidos estatales.”¹⁵⁵ En el mismo sentido, sobre el principio de buena fe, el tratadista Juan Carlos Expósito manifiesta:

“Su presencia en la contratación administrativa, sirve como compensación a los poderes exorbitantes de que es poseedora la administración, y atiende el carácter colaboracionista que tiene el contratista [...] Sin embargo, como en todos los aspectos de la contratación del Estado en donde se antepone la primacía del interés general, la buena fe administrativa mira más hacia esta finalidad que hacia el interés pecuniario de la administración”.¹⁵⁶

Se debe resaltar que la aplicación del principio de buena fe, como se lo ha comprendido en la líneas anteriores, puede denotar un enfrentamiento entre la aplicación de la justicia material y el respeto obsesivo de la legalidad¹⁵⁷; sin embargo, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no existe duda que la balanza se debe inclinar hacia la justicia material. De ahí que se debe observar que en el Neoconstitucionalismo existe un debilitamiento del principio de legalidad, cuando existen derechos fundamentales de por medio.

¹⁵⁴Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-892, de agosto 22 de 2001.M.P. Rodrigo Escobar Gil. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 47.

¹⁵⁵Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 48.

¹⁵⁶Cfr. Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Óp. Cit., p. 48.

¹⁵⁷Felipe De Vivero. “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”. *Óp. Cit.*, p. 124.

Aquí cabe reflexionar que en los Estados constitucionales los principios de rango constitucional contienen derechos fundamentales que son la base de sus ordenamientos jurídicos; mientras que las normas sobre Contratación Pública son reglas. Por lo que los principios constitucionales prevalecen sobre las reglas contenidas en otras normas de rango inferior a la Constitución. Sobre esto, el artículo 425 de la CRE aclara:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Volviendo al principio de buena fe, el tratadista De Vivero, en referencia a la Constitución de Colombia manifiesta:

[...] la misma Constitución consagra el principio de la buena fe en las actuaciones tanto de los particulares como de las autoridades, lo que impide que la administración de manera impune desconozca las consecuencias de sus propios actos con el escudo del respeto al principio de legalidad.¹⁵⁸

Asimismo, el Consejo de Estado de Colombia ha recordado que la jurisprudencia constitucional enseña “que el principio de confianza legítima que el Estado propugna con sus conductas tiene que tener un efecto vinculante en las relaciones sociales”¹⁵⁹; en este sentido, “no resulta justo desamparar a quien actuando de buena fe, cree, dada la conducta del Estado, tener legitimidad.”¹⁶⁰ Felipe De Vivero añade además:

La buena fe que se deben los contratantes en términos de mantener la confianza y la lealtad que se espera en toda relación negocial no se exceptiona cuando las relaciones se establecen con la administración pública, toda vez que ésta tiene un compromiso mayor de

¹⁵⁸ *Id.*, p. 148.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 135.

¹⁶⁰ *Ibid.*

comportarse con lealtad en todas sus actuaciones por la supremacía jurídica que ostenta, en su calidad de gestora del interés público [...]¹⁶¹

Finalmente, se debe señalar que la buena fe incorpora el valor ético de la confianza; que ha sido consagrada en el derecho alemán con la figura del “vertrauensschutz”, que traducida literalmente significa “protección de confianza”.¹⁶² En razón del valor ético de la confianza, tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar que “el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético, que debe ser el factor informante y espiritualizador”¹⁶³

1.4.4. Principio del equilibrio económico del contrato

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”. Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre carga y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.¹⁶⁴

La idea del equilibrio contractual nace del caso de la Compañía de Gas de Burdeos, resuelto por el Consejo de Estado francés. En el mencionado caso la Compañía de Gas “invocó a su favor el desequilibrio económico, producto del periodo de posguerra, que afectó especialmente esa concesión de distribución de gas para la ciudad de París.”¹⁶⁵ Al principio en mención se lo conoce también como de la ecuación contractual y establece que en los contratos estatales se debe mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar; en este sentido, si dicha

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Id.*, p. 124.

¹⁶³ Jesús González Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 59. Citado en Felipe De Vivero. “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”. *Óp. Cit.*, p. 137.

¹⁶⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Número de Radicación 14577. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Citado en Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales, 1a. ed. Óp. Cit.*, p. 80.

¹⁶⁵ Martha Cediél. “Equilibrio económico del contrato”. *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004), p. 17. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub153.pdf (acceso: 21-01-2013).

igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputable a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento.¹⁶⁶

Se debe observar que por ecuación contractual no se debe entender únicamente al componente económico, ya que este está compuesto además por componentes políticos y éticos.¹⁶⁷ En el mismo sentido, el Consejo de Estado de Colombia ha señalado que la ecuación contractual no se refiere únicamente a aspectos económicos, ya que esto desconocería las demás prestaciones incluidas en el contrato.¹⁶⁸

En lo que se refiere a mantener el equilibrio económico, esto no se aplica únicamente al contratista sino que también a la Administración. No obstante, esta última cuenta con los mecanismos necesarios para exigir el valor que le corresponde, mientras que al contratista se le tiende a obligar a que renuncie a su legítimo derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Se debe aclarar sin embargo que el equilibrio económico tampoco constituye una especie de seguro del contratista. El tratadista Roberto Dromi ha señalado:

“[...] en la ecuación contractual de los contratos públicos la ecuación económica está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial cuando a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originalmente en la formulación estática del contrato”.¹⁶⁹

Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económico-financiera existente en el momento de celebrar el contrato y posibles riesgos predecibles. No obstante, puede ocurrir que las condiciones se vean alteradas ya sea por causas imputables a la Administración o ajenas a ella. Como se verá en el siguiente capítulo, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que el equilibrio económico puede verse alterado por actos o hechos de la entidad administrativa contratante; por actos de la

¹⁶⁶Roque Conrado. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. *Óp. Cit.*, p. 80.

¹⁶⁷Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 380

¹⁶⁸Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Expediente 11.94, de 15 de febrero de 1999. Citado en María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública. Óp. Cit.*, p. 30.

¹⁶⁹Roberto Dromi. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciencia y Cultura, 2001, p. 231.

administración general como Estado (hecho del Príncipe); y por factores exógenos a las partes del negocio.

Cuando ha sucedido alguna de las aleas señaladas en el párrafo anterior, el contratista tiene derecho a que el equilibrio del contrato sea restablecido.¹⁷⁰ Esto último es una característica de los contratos onerosos conmutativos, como los contratos administrativos que celebra la administración con los privados, para la provisión de bienes y/o servicios (incluida la consultoría) o para la ejecución de obras.

Asimismo, el fundamento jurídico del equilibrio económico del contrato se basa en la justicia conmutativa, que supone “una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular, una equivalencia por la que no se podrá sacrificar el interés particular en aras del interés público sin que aquél haya sido previamente resarcido.”¹⁷¹ En el contenido económico del equilibrio contractual se podría pensar que existe una tensión entre la intangibilidad y estabilidad del precio y el interés público; no obstante es todo lo contrario, ya que los dos convergen en la consecución de la finalidad de la contratación que es la satisfacción del interés social. Por lo anterior, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no debería ser objeto de controversia, que sin embargo lo es.

En el Derecho Comparado, la legislación colombiana establece que “el sacrificio de un derecho individual por razones de interés público debe ser indemnizado, tanto por daño emergente como por lucro cesante siempre que se trate de probabilidades objetivas y estrictamente comprobadas.”¹⁷² Como conclusión del presente capítulo se puede sostener que la equivalencia de las prestaciones, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron al momento de la celebración del acuerdo de voluntades, así como la intangibilidad de la remuneración del contratista, son principios esenciales de la relación contractual.

¹⁷⁰Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 380.

¹⁷¹*Ibíd.*

¹⁷²*Ibíd.*

2. OBLIGACIÓN DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La asignación o distribución de riesgos en la contratación pública es un asunto que atañe a la aplicación de criterios de conveniencia y de legalidad.¹⁷³ En este sentido, la asignación de riesgos no debe ser rígida, ya que no solo se podría atentar contra derechos y principios, sino que también la Administración se podría ver afectada por el impacto en la eficiencia del contrato.¹⁷⁴ Por otro lado, es necesario que con el traslado de riesgos al contratista, no se altere la naturaleza conmutativa del contrato administrativo. Además, en la asignación de cargas deben estar presentes los principios de igualdad y equidad. En este sentido, debe asumir los riesgos aquella parte en el contrato que está mejor preparada para conocerlos y para asumirlos en caso que se conviertan en siniestros.¹⁷⁵

Muchas veces el Estado ha caído en la tentación de creer que asignarle riesgos al contratista es bueno por el simple hecho de que él asume los riesgos, y si la obra cuesta más, corresponde a éste cubrir los sobrecostos, sin tener en cuenta que cada riesgo trasladado significa que el contratista tiene que compensarlo en sus precios. Entonces, el simple hecho de trasladar riesgos no tiene por qué ser bueno por sí mismo, pues tiene la contrapartida de que el Estado paga de todas maneras. A sabiendas de eso, ¿cuándo es lógico que el Estado los traslade? Cuando considere que el contratista es un mejor manejador de esos riesgos que el propio Estado, de modo que le compensa que el contratista le cobre por manejarlos, porque lo puede hacer con un menor costo final de lo que le costaría al mismo Estado. Ese es un criterio de conveniencia generalmente aceptado: el riesgo debe ubicarse en la parte contractual que sea más idónea para mitigarlo, manejarlo o evitarlo.¹⁷⁶

Un buen negocio no es aquel que beneficia a uno de los involucrados sino aquel que trae consecuencias positivas y beneficiosas para las dos partes que concurren al acuerdo de voluntades. Esto último es importante resaltar ya que en ocasiones en el sector público

¹⁷³Eduardo Fonseca. "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas". *Revista de Derecho Público* No. 14 (2002), p. 36. http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub182.pdf (acceso: 21-01-2013).

¹⁷⁴Hugo Palacios Mejía. *Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991*, p.15.http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub318.pdf (acceso: 21-01-2013).

¹⁷⁵*Ibíd.*

¹⁷⁶Eduardo Fonseca. "El contrato de concesión de servicios y de infraestructura". *Óp. Cit.*, p. 40.

parece perderse de vista que la razón que mueve a un contratista a contratar es la obtención de una utilidad, la cual debería ser protegida y garantizada por el contratante.¹⁷⁷

Las disputas sobre la asignación de los riegos y el aumento de los costos durante la ejecución de los contratos es común en el plano internacional, así por ejemplo se tiene el caso del “Contrato Número CMC-221427, Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas, canal de Panamá”. Durante la ejecución de los trabajos para el tercer juego de esclusas del canal de Panamá, las partes se encontraron con la problemática del encarecimiento de la obra. Al inicio del conflicto tanto el “Grupo Unidos por el canal S.A., contratista, como la Autoridad del Canal de Panamá, contratante, decidieron no ser flexibles en sus posiciones; esto resultó entonces en la paralización de las obras, con las graves consecuencias que la continuación de esa actitud significaría para la economía del país centroamericano.

Al final, como se menciona en el Acuerdo de Entendimiento para la finalización de las obras (MOU), que suscribieron las partes, prevaleció el “propósito principal y deseo mutuo de lograr la finalización exitosa de las [o]bras de conformidad con el Contrato”. En este caso se puede observar claramente la importancia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que de no haberse pactado esta posibilidad las consecuencias habrían sido la paralización total de la obra, lo que conllevaría un perjuicio económico presente y futuro para Panamá.

En otro país, el Consejo de Estado de Colombia, apoyándose en el derecho francés, resolvió que en circunstancias imprevisibles hay que llevar al contratista a situación de no pérdida; que no es lo mismo que situación de mayor ganancia.¹⁷⁸ Por otro lado, el equilibrio financiero del contrato no puede ser un asunto matemático, en la medida en que habrá circunstancias en que la indemnización debe ser de una forma y otras en que habrá de serlo de otra.¹⁷⁹

¹⁷⁷María Teresa Palacio. “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”. *Óp. Cit.*, p. 27.

¹⁷⁸Martha Cediél. “Equilibrio económico del contrato”. *Óp. Cit.*, p. 18.

¹⁷⁹*Ibid.*

2.1. Aleas jurídicas durante la ejecución de los contratos

[...] el riesgo contractual es la posibilidad de que algo no previsto ocurra [...]¹⁸⁰

Durante la ejecución de los contratos pueden aparecer aleas jurídicas que alteran el equilibrio económico de los contratos, pudiendo ser estas normales o anormales. Las aleas jurídicas normales son aquellas que las partes pudieron prever durante la formación del contrato y al momento de suscribirlo. De ahí que todo negocio implica la asunción de ciertos riesgos que se consideran normales y previsibles, por lo que las partes han podido acordar la manera de repartirse estas cargas.

En lo que respecta a las aleas anormales o extraordinarias, estas se refieren a las contingencias inciertas, sobrevinientes e imprevisibles, tanto en sus causas como en sus efectos, que pueden aparecer durante la ejecución del contrato. De ahí que la ecuación económica del contrato puede ser alterada por aleas anormales causadas por la Administración, como el hecho del príncipe y por causas no imputables a las partes, en cuyo supuesto surgen las llamadas teorías de la imprevisión¹⁸¹ y la fuerza mayor. A efectos del presente trabajo es importante detenernos en el análisis de este tipo de aleas, ya que ningún contratista debería estar obligado a asumirlas.

En lo que se refiere a las causas imputables a la Administración contratante, esta cae en el ámbito de la responsabilidad contractual, que no interesa a efectos de este trabajo, ya que no existe duda sobre la aplicación de esta responsabilidad.¹⁸² Se debe señalar que las modificaciones que unilateralmente la Administración Pública introduzca en los contratos (mutabilidad contractual) suponen una alteración del equilibrio financiero, por lo cual el contratista debe ser resarcido, en función de que se ha sacrificado el interés particular por el interés público.¹⁸³

En cambio, interesa analizar el denominado hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, ya que parecería que la Administración no tiene claro que el restablecimiento del

¹⁸⁰Eduardo Fonseca. "El contrato de concesión de servicios y de infraestructura". *Óp. Cit.*, p. 38.

¹⁸¹Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 385.

¹⁸²*Ibid.*

¹⁸³*Id.*, p. 386.

equilibrio económico del contrato, en cuanto a las teorías antes mencionadas, es irrenunciable. Asimismo, en los siguientes párrafos se analizará también a la fuerza mayor.

2.1.1. Teoría de la imprevisión

Como ya se había sostenido en el capítulo anterior, durante la ejecución de los contratos el contratista tiene derecho a que se mantenga el equilibrio contractual, de manera independiente del tipo de contrato que haya celebrado.¹⁸⁴ Ahora bien, sobre la teoría que se analizará a continuación se debe señalar que “la imprevisión es aplicable a todos los contratos administrativos en tanto concurren los requisitos necesarios que la habiliten procesal y sustancialmente.”¹⁸⁵ Sobre la teoría de la imprevisión de los contratos administrativos, el tratadista Roberto Dromi ha manifestado lo siguiente:

Ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico – financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato.¹⁸⁶

El mencionado autor identifica además que para la procedencia de la imprevisión deben confluir las siguientes condiciones así: 1) un quebrantamiento de la ecuación económico-financiera del contrato; 2) por un alea económica, temporaria o transitoria, anormal, imprevista, extraordinaria; 3) en un contrato que esté en curso de ejecución (el contrato no debe estar concluido ni tampoco debe estar retrasado en su ejecución por culpa o mora imputable al contratista ejecutante).¹⁸⁷ Se debe añadir la existencia de una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación a la parte afectada. Asimismo, para que se aplique la teoría en análisis, las circunstancias que causan el desequilibrio económico deben ser ajenas a la voluntad de las partes¹⁸⁸; y, el imprevisto debe ser objetivo, concreto, probado y que se relacione directamente con el objeto del contrato.

¹⁸⁴María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Óp. Cit., p. 39.

¹⁸⁵Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 392.

¹⁸⁶*Id.*, p. 388.

¹⁸⁷*Ibid.*

¹⁸⁸*Ibid.*

Otro tratadista, Miguel Marienhoff, se ha referido a la Teoría de la imprevisión como:

(...) el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles – posteriores a la celebración de un contrato administrativo-, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esta crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante¹⁸⁹

El tratadista en mención añade además que los requisitos generales para su procedencia son: a) el hecho que rompe la ecuación económica debe ser ajeno a la voluntad de las partes; b) el contratista no debe suspender la ejecución del contrato por el acaecimiento del hecho; c) los efectos del hecho generador del desequilibrio económico deben ser transitorios y no permanentes, o se estaría frente a un caso de fuerza mayor; d) el hecho debe acaecer durante la ejecución del contrato; e) la ecuación económica del contrato debe quebrantarse como consecuencia del acaecimiento del hecho constitutivo de la Teoría de la Imprevisión; f) el quebranto causado a la ecuación económica del contrato debe ser anormal, es decir que frustre o exceda todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato; y, g) el hecho perturbador del equilibrio económico del contrato debe ser razonablemente imprevisible, más en sus efectos que en su causa.¹⁹⁰

Un ejemplo de una alea anormal que caería en la teoría de la imprevisión puede ser un hecho tecnológico sobreviniente. Así, la tecnología puede resultar obsoleta de un momento a otro y el contrato ya no respondería a la finalidad tenida en mira por las partes; asimismo puede ocurrir que el fabricante deje de producir los bienes objeto del contrato, lo cual es importante señalar ya que nuestro país no es productor de tecnología y más bien los contratistas son comerciantes o importadores.¹⁹¹ En el caso antes señalado, la imprevisión deriva de un factor técnico que altera sustancialmente las condiciones del contrato, “afectando tanto la ecuación económico-financiera, de interés del contratista, como la ecuación política, del interés público comprometido, que debe resguardar el Estado.”¹⁹²

¹⁸⁹Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. *Óp. Cit.*, p. 64.

¹⁹⁰*Id.*, p. 67.

¹⁹¹Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 392.

¹⁹²*Ibid.*

Otro ejemplo de actualidad puede ser una desorbitada subida de precios del asfalto, provocada por una crisis mundial en el sector petrolífero y su incidencia en la ejecución de carreteras contratadas con o sin cláusula de revisión de precios. Esto último hay que resaltar ya que puede suceder que las cláusulas de revisión de precios, en donde se establezca una fórmula de cálculo no sean suficientes. Ahora bien, esto no debe ser una camisa de fuerzas para a través de la teoría de la imprevisión garantizar los derechos del contratista.¹⁹³ Sobre esto, Roberto Dromi se refiere al Consejo de Estado de España:

El Consejo de Estado (de España), en una serie ya amplia de dictámenes relativos a este tema (Número 46.886, 48.530, 48.536, 48.538, 48.539, 48.547, 49.748, 49.750 y 50.220, no todos publicados; vid. núms. 146 y 62 de los Repertorios de Doctrina Legal de 1984 y 1987, respectivamente), informó en el siguiente sentido: 1. Debe aplicarse en tales casos a estos contratos de obra la <<doctrina del riesgo imprevisible>>. 2. La misma aplicación procede aunque se haya pactado un sistema de revisión de precios si resulta insuficiente para restablecer el equilibrio económico. 3. No obstante, ello sólo será así cuando la incidencia en el precio total del contrato tenga verdadera relevancia y suponga una ruptura grave del equilibrio económico [...]. Si no se supera ese porcentaje, el perjuicio para el contratista queda incluido en su <<riesgo y ventura>>.¹⁹⁴

Se debe resaltar que en esta teoría, la circunstancia que ha devenido no hace imposible la ejecución del contrato; más bien su impacto consiste en el acrecimiento en gran proporción de las cargas del contratista, que afecta profundamente la economía del contrato.¹⁹⁵ Mientras “la fuerza mayor torna imposible tal ejecución contractual, la imprevisión sólo la hace más onerosa o gravosa”¹⁹⁶; por lo que se “tiende a mantener la vigencia del contrato, por vía de su revisión o reajuste.”¹⁹⁷ Al respecto, Roberto Dromi señala que la imprevisión es un dispositivo jurídico que permite al contratista:

[...] obtener un reajuste obligacional y/o resolución del contrato, como remedios tendientes a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del acto, en el caso de revisión o reajuste del contrato, o la liberación de la obligación directamente, en el caso de resolución del mismo.¹⁹⁸

¹⁹³Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. 1a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995, p. 137.

¹⁹⁴*Id.*, p. 138.

¹⁹⁵Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 388.

¹⁹⁶*Id.*, p. 390.

¹⁹⁷*Ibid.*

¹⁹⁸*Id.*, p. 388.

En el párrafo antes citado, Dromi identifica dos remedios para reducir la onerosidad del contrato, producto del desequilibrio económico; estos son el reajuste del contrato o la resolución del mismo. Si bien puede resultar legal el último remedio sugerido, hay que recordar que en la contratación pública, la conveniencia de la ejecución del contrato es prioritaria por el alcance social y del interés público que éste tiene; de ahí que la resolución del contrato puede ser la peor solución de todas, pero dependerá del caso que se analice.

Frente a una situación que perjudique al contratista, este estará constreñido a demandar la resolución del contrato; por lo que la Entidad Contratante debe evitar esto, ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato para que éste subsista.¹⁹⁹ En la legislación ecuatoriana, los artículos 93 y 96 número 4 de la LOSNCP acogen la posibilidad de la terminación del contrato por mutuo acuerdo o por vía de la resolución:

Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

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

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.²⁰⁰

Art. 96.- Terminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante:

[...]

4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

[...] ²⁰¹

¹⁹⁹ *Id.*, p. 389.

²⁰⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 93. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁰¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 96. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

Dromi sostiene que mientras la resolución puede solicitarla sólo el perjudicado, la revisión del contrato puede ser invocada por el perjudicado (contratista) por vía de acción o pretensión procesal directa y principal, y también el no perjudicado (Entidad contratante) por vía de defensa, excepción o reconvencción ante la resolución pretendida por el perjudicado.²⁰² Volviendo al punto anterior, se debe señalar que en la legislación ecuatoriana también se prevé la posibilidad de que la Entidad contratante de por terminado el contrato unilateralmente, ante situaciones imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor y que el contratista no haya accedido a terminar el contrato de mutuo acuerdo; así el artículo 94 número 7 de la LOSNCP:

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

[...]

7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en el término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.²⁰³

Se debe hacer hincapié que el estado de imprevisión no exime al contratista de su obligación de ejecutar o cumplir el contrato.²⁰⁴ De ahí que, “[s]iempre que sea posible, habrá que defender el mantenimiento del acto negocial.”²⁰⁵ Aquí hay que diferenciar a la imprevisión del caso fortuito y la fuerza mayor; ya que si bien son todos hechos que sobrevienen a la formación del contrato, de manera imprevisible y son ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor y el caso fortuito “impiden el cumplimiento de la prestación, provocando la

²⁰²Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 389.

²⁰³Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 94. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁰⁴Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 389.

²⁰⁵*Id.*, p. 390.

extinción obligacional, sin responsabilidad para el deudor.”²⁰⁶ En cambio en la imprevisión “la prestación es materialmente y jurídicamente posible de cumplimiento, y útil para el acreedor, sólo que deviene en excesivamente onerosa.”²⁰⁷

El derecho no es una técnica que oscile entre el todo y la nada por las coyunturas económicas; la alteración de las circunstancias puede acomodarse con una adecuación, ajuste, revisión o modificación flexible de las prestaciones, o de uno de los elementos del contrato, generalmente el precio.²⁰⁸

Por otro lado, varios autores como Roberto Dromi han señalado que la imprevisión es de orden público:

La imprevisión es de orden público, en tanto es un medio de asegurar en beneficio del interés público el cumplimiento de los contratos administrativos. Opera como principio contractual implícito que se aplica de pleno derecho y no requiere ser pactada expresamente [...]. Tampoco puede ser objeto de renuncia por parte del contratante. Se pueden pactar fórmulas de reajustes, pero nunca renunciar a la aplicación de la ley que por lo demás, es irrenunciable.²⁰⁹

En el mismo sentido, Miguel Marienhoff ha señalado que la Teoría de la Imprevisión es de orden público, ya que busca el beneficio del interés público o general a través del cumplimiento de los contratos administrativos; además, su existencia en el orden jurídico no requiere norma expresa que la consagre o establezca, ya que está implícita y se aplica de pleno derecho. Por lo anterior, sostiene además que la teoría de la imprevisión existe como principio esencial que no puede ser objeto de renuncia por parte del cocontratante.²¹⁰

En resumen, el derecho a invocar la teoría de la imprevisión no puede ser válidamente excluido de un contrato; ya que la renuncia a invocarla o la imposición de renuncia sería irritado dado el carácter de orden público que reviste la Teoría de la Imprevisión.²¹¹ Como se nota de

²⁰⁶Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 329-330. Citado en María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. *Óp. Cit.*, p. 40.

²⁰⁷*Ibíd.*

²⁰⁸Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 389.

²⁰⁹*Ibíd.*

²¹⁰Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. *Óp. Cit.*, p. 64.

²¹¹*Ibíd.*

los autores antes citados, la facultad del contratista de renunciar a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato, debido a hechos imprevistos o imprevisibles, ha sido rotundamente descartada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de algunos países; así el Consejo de Estado de Colombia, en el expediente No. 2742, ha dicho:

En efecto en la teoría de la imprevisión, el mantenimiento del desequilibrio sobreviniente significaría un enriquecimiento incausado para la parte que, no soportando la sobrecarga, va a disfrutar de iguales o mayores beneficios a los que inicialmente era materia del pacto. Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio es ella la que en tal evento está pisando los terrenos del desvío de poder, que es una de las especies pertenecientes a la protoforma genérica del abuso del derecho. [...].²¹²

Se debe recordar que el contrato del Estado es una oportunidad para que los administrados participen interesadamente en las tareas públicas a cambio de una justa y segura compensación por su actividad.²¹³ En este sentido, debido al clima de colaboración que debe existir en los acuerdos voluntarios Administración – administrados, no sería ético que una de las partes, en este caso el privado, asuma riesgos desmesurados; más bien, es el Ente público el llamado a asegurar el cumplimiento de los contratos y garantizar los derechos de los contratistas, como ciudadanos que son.²¹⁴

Además, la teoría de la imprevisión se fundamenta en los principios de equidad, igualdad de cargas, de buena fe y el enriquecimiento sin causa. Sobre este último, los jueces españoles tienen muy en cuenta al denominado empobrecimiento injusto, así en la STS de 20 de diciembre de 1990 (Ar.10542), se dijo:

Procede, en cambio [...] reconocer el derecho de la actora a ser indemnizada en la cantidad reclamada y restaurar el equilibrio sinalagmático alterado por las consecuencias razonablemente imprevisibles sobrevenidas que llevarían, en otro caso, a un empobrecimiento injusto del contratista sin culpa alguna suya.²¹⁵

El tratadista José Monedero se ha referido al empobrecimiento injusto y al enriquecimiento sin causa, en los siguientes términos.

²¹² Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Expediente No. 2742 de 20 de septiembre de 1979. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 73.

²¹³ José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado*. Óp. Cit., p. 407.

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. Óp. Cit., p. 139.

Ese peligroso desplazamiento gratuito de riqueza entre las partes, ese empobrecimiento y enriquecimiento injusto que tiene lugar entre dos individuos iguales es antijurídico, porque carece de causa legítima, es antieconómico, porque desbarata los planteamientos racionales en busca de un justo lucro, y es antisocial porque distribuye la riqueza nacional de forma caprichosa.²¹⁶

En otro tema, se debe resaltar que dada la aplicación directa de la Constitución y que los principios antes mencionados han sido constitucionalizados, estos son operativos por sí mismos, aun en ausencia de cualquier ley formal.²¹⁷ En otras palabras, en los Estados constitucionalizados no hace falta una ley formal que declare a esta teoría como vigente o aplicable, ya que surge de principios constitucionalizados. Lo anterior ya ha sido mencionado por Roberto Dromi, quien manifiesta que la aplicación de la imprevisión en el derecho administrativo, no requiere de una ley formal que la declare vigente o aplicable, pues surge de la Constitución su plena vigencia y aplicación. Ahora bien, hay que mencionar que la referencia del autor antes citado se la realizó con base en un sistema jurídico que no estaba constitucionalizado, por lo que en el sistema jurídico ecuatoriano la aplicación es indiscutible.

Por otro lado, se debe aclarar que la teoría de la imprevisión no postula una especie de seguro para el contratista; más bien, lo que se busca con esta teoría es excluir todo enriquecimiento o empobrecimiento injusto, en aras de los principios de igualdad de cargas y de beneficios de los ciudadanos. El tratadista Miguel Marienhoff señala que la teoría de la imprevisión no apareja una indemnización integral sino una “mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio económico y financiero del contrato; siendo este aspecto el que lo distingue del Hecho del Príncipe, pues en aquel la indemnización es integral.”²¹⁸

Hay que mencionar que existe debate sobre las cantidades que deben ser considerados al momento de calcular los valores necesarios para restablecer el equilibrio de la ecuación contractual. Dromi señala:

En cuanto al monto indemnizatorio se tienen en cuenta las pérdidas sufridas por el contratista. Las ganancias o utilidades dejadas de percibir están excluidas; la mera

²¹⁶José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado. Óp. Cit.*, p. 406.

²¹⁷Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 388.

²¹⁸Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal. Óp. Cit.*, p. 64.

disminución de las ganancias no justifica la aplicación de la imprevisión, pues ello no constituye alea extraordinaria. El *lucrum cessans* no constituye un sacrificio, las pequeñas pérdidas tampoco son indemnizables. Un menoscabo de esa índole constituye la circunstancia normal u ordinaria, cuya absorción queda a cargo del contratista.²¹⁹

En el Derecho Comparado de España, la STS de 20 de diciembre de 1990 (Ar. 10542) asunto de la carretera de Plasencia a Tejada del Tiétar, enfoca así la cuestión:

La indemnización que se reclama ha de examinarse a la luz de la doctrina general del equivalente sinalagmático contractual entre las prestaciones de las partes y los principios de la buena fe y de la prohibición del enriquecimiento – con su correlativo del empobrecimiento-injusto de alguna de las partes del contrato como consecuencia de la incidencia [...] de riesgos racionalmente imprevisibles en el momento de la aceptación de las obligaciones [...] Esta cuestión tiene ya viejos precedentes en el Derecho comparado (el famoso arrêt Gas de Bordeaux de 30 de marzo de 1916, del Consejo de Estado francés) [...]²²⁰

En otro Ordenamiento jurídico, el Consejo de Estado de Colombia se ha expresado de la siguiente manera:

En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias. La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión.²²¹

Sobre esto último, Eduardo Fonseca aclara:

Cuando en Colombia se habla de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ello incluye el de las utilidades perdidas por hechos no imputables al contratista, imprevistos e imprevisibles. Pero éste no ha sido un entendimiento claro ni unívoco en la doctrina y la jurisprudencia.²²²

2.1.2. Hecho del Príncipe

[...] El derecho del contratista a la indemnización de la entidad pública por la ocurrencia del *factum principis*, en la medida que constituye una técnica establecida por el legislador para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos, tiene un

²¹⁹Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 390.

²²⁰Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. Óp. Cit., p. 139.

²²¹Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 11 de 1972 C.P. Dr. Alberto Hernández Mora. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 66.

²²²Eduardo Fonseca. "El contrato de concesión de servicios y de infraestructura". Óp. Cit., p. 39.

carácter de orden público y no es susceptible de renuncia por el contratista al momento de la celebración del contrato (...). Por lo tanto, carecen de eficacia jurídica las cláusulas que unilateralmente suelen incluir las entidades públicas en los pliegos de condiciones o en la minuta del contrato, en que con carácter general establecen la renuncia por parte del contratista de solicitar el reconocimiento de los mayores costos que se puedan derivar de la adopción de medidas tributarias, monetarias, cambiarias, crediticias, laborales o ambientales por parte del estado.²²³

La denominación de Hecho del Príncipe nace de la época del absolutismo en Europa, donde la voluntad del gobernante era la ley. En nuestros días esta denominación se refiere a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, derivada de un acto o hecho de la Administración, realizado en uso de sus atribuciones como autoridad pública; y, que fue imprevisible para el contratista, a quien se le causa un perjuicio.²²⁴

El tratadista Dromi señala que “[c]uando la ecuación económico-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado, da lugar al denominado hecho del príncipe.”²²⁵ El mencionado autor señala además que el hecho o acto del Estado se puede manifestar a través de decisiones jurídicas o acciones materiales²²⁶, pudiendo estas provenir de cualquier autoridad pública, de tal manera que afectan el desarrollo del contrato. Hasta aquí se puede resumir que “el hecho del príncipe se funda en el alea administrativa; proviene de actos o hechos de los órganos estatales; y, justifica una reparación integral.”²²⁷ Un ejemplo de esta es la creación de nuevos tributos que afecten la actividad económica del contrato.

Ahora bien, se debe observar que el acto lesivo puede emanar de la misma autoridad pública que celebró el contrato u otra autoridad. En este sentido, hay que diferenciar entre responsabilidad por hechos o actos del Estado y responsabilidad contractual del Estado. Dromi señala que la primera supone una norma general emanada de la autoridad pública mientras que la segunda supone una disposición o resolución específica relacionada con el contrato administrativo. Ahora bien, la responsabilidad por hecho del príncipe es indirecta o

²²³Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Editorial Legis. Primera edición. 1999. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 60.

²²⁴María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Óp. Cit., p. 45.

²²⁵Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. Cit., p. 386.

²²⁶*Id.*, p. 387.

²²⁷*Id.*, p. 386.

refleja (es un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, a la que el contratista no puede renunciar anticipadamente).²²⁸

Finalmente el mencionado autor señala que esta teoría se aplica a toda clase de contratos administrativos en los que exista alteración contractual por actos de alcance general.²²⁹ Sobre esto último, sólo el acto de poder anormal o extraordinario que afecte la ecuación financiera del contrato da lugar a la aplicación de la llamada teoría del hecho del príncipe, ya que el acto de poder normal u ordinario, aun en el caso de disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, queda a cargo del contratista, por su riesgo y ventura.²³⁰ Por otro lado, el acto del Estado puede producir efectos definitivos o provisionales, que pueden dar lugar a la rescisión del contrato o a la suspensión o paralización de su ejecución.²³¹

De los párrafos que antecieron se puede concluir que el hecho del príncipe reúne las siguientes características: 1) el hecho o acto, de carácter general, puede emanar de cualquier órgano del poder; 2) debe ser en ejercicio de una potestad estatal asignada al ente que la propone; 3) afecta al contrato, modificándolo directa o indirectamente; 4) debe gravar al contrato de una manera sustancial, por lo que no cabe alegarlo cuando no incida de manera notoria en la modificación del costo de la prestación a cargo del contratista; 5) el daño producido debe ser imprevisto, sin que se pudiera razonablemente haberlo tenido en cuenta en el momento de celebrar el contrato.

En cuanto a los principios que fundamentan la teoría del hecho del príncipe están la responsabilidad del Estado por sus hechos o actos y la garantía de los derechos a la propiedad y a la libertad de trabajo, en cuanto a que “nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso”. De ahí que con base en el principio de responsabilidad del Estado, para que opere el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por el acaecimiento del alea extraordinaria del Hecho del Príncipe, el contratista debe sufrir un detrimento patrimonial que no tiene la obligación de soportar; y, además debe existir una

²²⁸ *Id.*, p. 387.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

relación de causa y efecto entre la medida oficial adoptada y el daño patrimonial sufrido por el contratista (no es necesario que esta relación sea directa basta con que sea refleja). Asimismo, al igual que en la Teoría de la imprevisión, el contratista no debe estar en mora, esto último para evidenciar el principio de buena fe de este.

Como consecuencia de los principios antes señalados, el contratista no puede ver menoscabado su derecho o interés a consecuencia de una norma o disposición de carácter general que altere la economía del contrato (en función del interés público) sin que la Administración Pública lo indemnice íntegramente por los perjuicios que se le han causado.²³² En otras palabras, no existe duda que el interés público debe preceder al interés privado, pero el “bien común” no puede servir de justificación para que el Estado cause perjuicios o los deje de indemnizar cuando los causa.

En cuanto a la procedencia de la indemnización se exige que el perjuicio exista efectivamente y que pueda ser resarcible.²³³ Al igual que en la teoría de la imprevisión, existe debate sobre lo que debería comprender la indemnización, ya que está claro que se debe reconocer el daño emergente pero no hay acuerdo sobre reconocer también el lucro cesante. En este sentido, el límite del deber del Estado de indemnizar íntegramente a su contratista en relación al lucro cesante dependerá del régimen específico que se aplique.²³⁴ En el laudo arbitral MORA – MORA, CONCIVILES Vs INCORA, el tribunal arbitral observó lo siguiente:

Es que desde el momento en que se consideró al contratista de la administración como su colaborador, aunque interesado pecuniariamente y subordinado jurídicamente, el derecho público ha venido señalando con base, además, en los fundamentos de la buena fe contractual, la equidad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, esto es, el principio general del equilibrio económico y financiero del contrato. Al contratista debe respetársele la utilidad esperada en todos los casos en que el daño se haya causado sin su voluntad, porque estos principios deben presidir la responsabilidad de la administración tanto contractual como extracontractual.²³⁵

En la legislación colombiana, la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, señala que el contratista tiene derecho a recibir la remuneración pactada y a que ésta permanezca

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Laudo arbitral MORA-MORA, CONCIVILES Vs INCORA. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 62.

intangibles durante la vida contractual. De ahí que propone que la intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios.²³⁶

2.1.3. Fuerza Mayor

El tratadista Dromi señala que la fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que lo invoca, que puede devenir de hechos de la naturaleza o acciones del hombre. Asimismo, el “acontecimiento” debe reunir ciertos caracteres para ser considerado fuerza mayor, de ahí que debe ser: a) exterior, ajeno a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, extraordinario o anormal; c) inevitable, irresistible o insuperables por el contratante; y, d) actual.²³⁷ Además, este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla sus obligaciones por lo que lo exime de responsabilidad. En otras palabras, “[e]stas circunstancias imposibilitan cumplir o cumplir en término las prestaciones contractuales.”²³⁸

El artículo 30 del Código Civil ecuatoriano define a la fuerza mayor o caso fortuito, como el imprevisto que no es posible resistir, “como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Como se puede observar, en el derecho positivo vigente las expresiones fuerza mayor y caso fortuito tienen el mismo significado, son equivalentes; además son figuras jurídicamente iguales, sobre todo en sus consecuencias.²³⁹ Se debe observar además que en nuestra legislación el artículo citado realiza una enunciación ejemplificativa de los casos en que existiría fuerza mayor, pero deja abierta la posibilidad a otras causas, al finalizar el artículo con la palabra “etc.”.

En el derecho comparado, la legislación española enumera expresamente los casos de fuerza mayor; así constituyen únicamente casos de fuerza mayor los incendios causados por electricidad atmosférica, los terremotos y maremotos, movimientos de terreno, destrozos a

²³⁶Exposición de motivos, Ley 80 de Colombia de 1993. *Id.*, p. 53.

²³⁷Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 383.

²³⁸*Ibíd.*

²³⁹*Ibíd.*

mano armada en caso de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos, inundaciones catastróficas y cualquier otro de efectos análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros.²⁴⁰

En los contratos internacionales también se enuncian las causas de fuerza mayor, así en la tercera edición del contrato internacional para obras de construcción de ingeniería civil de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) se incluye la destrucción o daño causado por “guerra, hostilidades (declaradas o no), invasión, acto de enemigos extranjeros, riesgos nucleares y de los de presión supersónicas, rebelión, revolución, insurrección militar o usurpación de poder, guerra civil”. Además se incluyen las destrucciones y daños causados por motines, conmoción o desórdenes, salvo que estos sean ocasionados por los empleados del contratista o del sub-contratista. Finalmente, se considera también a la operación de las fuerzas de la naturaleza “que un contratista experimentado no podría prever, o precaver adecuadamente o tomar un seguro”. Conforme esto último se puede observar que el criterio para la repartición de los riesgos es que el contratante asume los riesgos que no pueden asegurarse.²⁴¹

Por otro lado, la doctrina señala que en el derecho administrativo hay dos modalidades de fuerza mayor: la insuperable por el contratista (que por sí justifica la inejecución del contrato) y la que sin ser irresistible o insuperable trastorna definitivamente el equilibrio del contrato (por lo que autoriza que se solicite su resolución).²⁴² Hasta aquí se puede deducir entonces que el aumento de costos y en general el mayor precio de las mercaderías no pueden ser calificadas como circunstancias de fuerza mayor.²⁴³ En otras palabras, las meras dificultades, por graves que sean, no se consideran causales suficientes de fuerza mayor.

²⁴⁰Ley de Contratos del Estado de España. Artículo 46. Citado en Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana, 1a. ed.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 882.

²⁴¹Cfr. FIDIC. *Notes on Documents for Civil Engineering Contracts*. Suiza, 1979. Comentarios a las cláusulas 65 y 66. *Id.*, p. 884.

²⁴²Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 383.

²⁴³Cfr. Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol. V De las Obligaciones, t. XI.*, p. 538. Citado en Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana, 1a. ed. Óp. Cit.*, p. 882.

Por otro lado, la fuerza mayor puede producir efectos definitivos (resolutorios) o provisionales (dilatatorios).²⁴⁴ Sus efectos son definitivos cuando la imposibilidad de cumplir el contrato es insuperable para el contratante²⁴⁵; mientras que son provisionales o transitorios cuando motivan la paralización o suspensión de la ejecución del contrato. Sobre estos últimos efectos, cuando desaparece el obstáculo renace la obligación de ejecutar o cumplir el contrato, pero el retardo en que se habría incurrido no sería imputable a ninguna de las partes.²⁴⁶

En general, cualquiera que sea el efecto de la fuerza mayor, sus consecuencias consisten en liberar de responsabilidad al obligado o deudor. En otras palabras, el incumplimiento no impone responsabilidad.²⁴⁷ Ahora bien, no debe existir mora entre los intervinientes, ya que si existe mora de una de las partes, la parte morosa asume los riesgos y la responsabilidad imputable al caso fortuito o fuerza mayor.

2.2. Mecanismos para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Debido a las aleas que surgen durante la ejecución de los contratos, el contrato que inicialmente era beneficioso y eficiente para las partes se torna inocuo para una de ellas, el contratista. Estos acontecimientos alteran la finalidad de la contratación, que es el del beneficio mutuo y atentan al carácter conmutativo del contrato administrativo. Además, siempre hay que observar que las partes contratan para legítimamente ganar y no para perder.

Por otro lado, la ecuación económica del contrato es el nexo que se establece entre las prestaciones económicas de las dos partes; la cual debe mantenerse inalterable durante la ejecución del contrato. Esto último es importante, ya que se suele pensar que las partes pueden pactar cláusulas limitativas del derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio contractual; e incluso que en la ley se puede desconocer este derecho. Lo anterior, que es

²⁴⁴Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. Cit.*, p. 383.

²⁴⁵*Ibíd.*

²⁴⁶*Ibíd.*

²⁴⁷*Ibíd.*

objeto de la presente tesis, no es posible en un Estado constitucional en el que deben prevalecer los derechos fundamentales y la justicia.

Para impedir el empobrecimiento injusto del contratista, por causas sobrevinientes que afectan el equilibrio contractual, existen varios mecanismos que se desarrollarán a continuación. Se debe aclarar que los mecanismos que se analizarán pueden no ser los únicos; sin embargo, lo importante aquí es poner en relieve la existencia de varios mecanismos, diferentes al de reajuste de precios, que es el que por lo general la Administración obliga a renunciar en los contratos²⁴⁸, mientras que la legislación le limita. Asimismo, observar los diferentes mecanismos nos permite evidenciar que la renuncia al reajuste de precios no implica la renuncia al derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato (que es irrenunciable) como erróneamente puede pensarse en la Administración, ya que el reajuste es un mecanismo más de los que existen para restablecer el equilibrio económico del contrato.

2.2.1. Cláusula de indexación

La cláusula de indexación es el acuerdo de voluntad de los contratantes para reajustar automáticamente su obligación según unas variables e índices establecidos en el contrato. Hay que hacer énfasis en que la obligación se reajusta automáticamente, sin ninguna intervención administrativa ni judicial. El tratadista Malaurie define a la indexación como “una estipulación que a través del contrato, varía la deuda automáticamente y proporcionalmente a un elemento convenido por las partes, el índice.”²⁴⁹

La finalidad de esta cláusula es la protección de las partes ante un posible desequilibrio económico contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el mercado. Este sistema se utiliza para sopesar las pérdidas de valor de las obligaciones a largo plazo (préstamos, deudas, salarios, etc.) producidos por las desvalorizaciones monetarias o la inflación. Ahora bien, puede suceder que la cláusula de indexación no cubra por completo a los contratantes,

²⁴⁸María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Óp. Cit., p. 60.

²⁴⁹Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent. *Droit Civil, Les Obligations*. Paris: Editions Cujas, 1985, p. 254. Citado en María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Óp. Cit., p. 55.

por lo que una de las partes podría solicitar la imprevisión. Sobre lo anterior, Mosset Iturraspe observa que hay que distinguir entre una inflación previsible, porque marcha dentro de los índices normales, de una imprevisible dada su tremenda agudización.²⁵⁰ En el primer caso la cláusula de indexación sería suficiente, mientras que en la segunda habría que recurrir a la teoría de la imprevisión.

Finalmente, se debe observar que si bien las cláusulas de indexación son necesarias, contienen un alto costo transaccional; asimismo, no combaten completamente el desequilibrio económico ocasionado por otras variables que no sean la depreciación monetaria y la inflación.²⁵¹

2.2.2. Revisión del contrato

La cláusula de revisión consiste en que ocurrido un hecho imprevisible, que altere las circunstancias económicas, las partes deberán renegociar el contrato y, de no llegar a un acuerdo, se podrá demandar la revisión judicial. José Monedero señala que “[e]n el Derecho administrativo el teorema está encajado bajo el título, acuñado por el Consejo de Estado francés, en su conocido arrêt de 1916 Gaz de Bordeaux, Doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible”²⁵² Ahora bien, no cualquier hecho puede dar lugar a una revisión del contrato administrativo; ya que para que tenga lugar esto debe existir una imposibilidad de cumplir el contrato en las condiciones primigeniamente pactadas, ya que existe una incompatibilidad con la función del contrato.²⁵³

En cuanto a las causas que generan la alteración o imposibilidad de lograr la eficacia del fin contractual, Dromi distingue tres grupos de causas: 1) No imputables a ninguno de los contratistas, debido a hechos que no pudieron preverse al contratar; entonces estaríamos ante la teoría de la imprevisión. 2) Imputables indirectamente al Estado contratante, actos del poder público; en otras palabras estamos frente al hecho del príncipe. 3) Imputables directamente a uno de los sujetos del contrato, que ocasionan la responsabilidad

²⁵⁰Jorge Mosset Iturraspe. *Dólar e imprevisión*. Argentina: Editorial La Ley, 1981. *Ibid.*

²⁵¹María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. *Óp. Cit.*, p. 55.

²⁵²José Ignacio Monedero Gil. *Doctrina del Contrato del Estado*. *Óp. Cit.*, p. 403.

²⁵³Cfr. Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. Cit.*, p. 401.

contractual.²⁵⁴ Por lo anterior, se puede concluir que la revisión de un contrato implica el restablecimiento de los derechos obtenidos a través del contrato, y que por razones como la imprevisión, hecho del príncipe, alteración de precios, entre otros, violentan la conmutatividad e igualdad en la relación contractual. Ahora bien, la revisión del contrato implica un proceso de renegociación, que puede devenir hasta en la reconversión del contrato.

La renegociación o la reconversión buscan restablecer la eficacia y la vigencia del contrato público, tienen como meta alcanzar el objetivo o fin del contrato, por razones de legalidad, de oportunidad, de servicio, de actualidad, de razonabilidad, de igualdad o de progreso.²⁵⁵

La intangibilidad del precio a favor del contratista y la tangibilidad y actualidad del interés público a favor del bienestar general justifican la renegociación o la reconversión en caso de ruptura de alguno de los términos que confluyen en la ecuación contractual. Es a partir del examen de la ecuación contractual, en sus componentes económico y político, e incluso ético, que se define la necesidad de revisión o la declaración de nulidad de los contratos.²⁵⁶ La necesidad de la revisión del contrato se puede deber a varias razones, así:

Razón de oportunidad: “Determina la renegociación contractual con el objeto de posibilitar el cumplimiento eficiente del interés público.”²⁵⁷ Esta razón se nota en los contratos administrativos de ejecución prolongada o continuada, que exigen que se verifique permanentemente la actualización, vigencia y permanencia del interés público, como razón de esencia de la conservación de las convenciones.²⁵⁸

Razón de servicio: “Se produce cuando una alternativa contractual pone en peligro la eficaz prestación de un servicio público, en cuyo caso la Administración debe orientarse al agotamiento de las posibilidades de conservación del contrato”.²⁵⁹

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ *Id.*, p. 400.

²⁵⁶ *Id.*, p. 401.

²⁵⁷ *Id.*, p. 402.

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Ibíd.*

Razón de actualidad y progreso: Se fundamenta en los requerimientos que surgen de la tecnología y el progreso científico. En este sentido, una prestación obsoleta no cubre las necesidades del tiempo presente; por lo que se debe asegurar que se brinde una permanente actualización de su objeto.²⁶⁰

Razón de igualdad: Es el resguardo del derecho de propiedad, en tanto el contratista no puede perjudicarse, ni beneficiarse, en el reparto de cargas públicas. Aquí se debe aclarar que la equivalencia de las prestaciones no se refiere a una igualdad cuantitativa, o aritmética, sino que es una igualdad proporcional de los derechos y obligaciones de las partes.²⁶¹

Esto último toma mayor relevancia en los Estados constitucionalizados, que buscan la garantía de los derechos fundamentales y la justicia material. Es así que el intercambio de prestaciones que surge del carácter obligatorio del contrato, también se inserta en una relación básica de justicia distributiva, donde las garantías del contratista se equilibran en forma proporcional con las prerrogativas de la Administración.²⁶² Dromi señala que “[l]a solidaridad y la justicia distributiva indicará cómo, cuándo y cuánto se debe renegociar para volver las condiciones al término de justicia ya determinado.”²⁶³

2.2.3. Renegociación del contrato

[D]urante el desenvolvimiento de la ejecución de los contratos administrativos pueden producirse contingencias de distinto origen que dificultan y hasta imposibilitan la materialización de su normal ejecución. Se trata de circunstancias sobrevinientes que, o bien no pudieron ser previstas por las partes al momento de perfeccionar el contrato; o habiendo sido conjeturadas resultaron superadas por el curso de los acontecimientos o el desarrollo mismo del contrato.²⁶⁴

La renegociación busca reequilibrar los elementos del contrato, sin que importe una variación sustantiva en la prestación.²⁶⁵ En efecto, a pesar de las pautas y condiciones

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ *Id.*, p. 400.

²⁶⁵ *Ibíd.*

establecidas contractualmente, a veces en forma exhaustiva, la dinámica propia de los contratos administrativos puede poner en peligro de frustración el cumplimiento de las metas prefijadas; de ahí que se hace necesaria la renegociación, a fin de mantener la vigencia económica, jurídica, política y social del contrato.²⁶⁶

La renegociación de los contratos públicos ante la ruptura de la ecuación jurídica, económica, política, social y ética, tiene fundamento legal y constitucional. En la Constitución la renegociación tiene cabida a partir de la interpretación integradora de las normas que se refieren a la igualdad, la propiedad, el principio de legalidad, la razonabilidad, y la supremacía de la Constitución, que pautan el camino a seguir para mantener la seguridad jurídica de que originariamente gozan los contratos públicos.²⁶⁷

Finalmente se debe mencionar que en ciertas circunstancias, la renegociación puede implicar la reconversión del contrato público. Aquí se debe observar que reconvertir puede comprender la transformación de elementos esenciales como los sujetos, el objeto, las prestaciones asumidas, etcétera. De ahí que Dromi señala que la naturaleza de la reconversión consiste en la extinción de una obligación por la creación de otra destinada a reemplazarla, y que difiere de la primera por algún elemento nuevo.²⁶⁸

2.2.4. Contratos complementarios

Los contratos complementarios no son mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que para su celebración no ha existido realmente una ruptura del equilibrio. Lo que sucede es que en la ejecución del contrato principal, se ve la necesidad de celebrar este tipo de contratos para conseguir el objeto del contrato. Sin embargo de lo anterior, debido a su importancia se procederá con su análisis.

Como se mencionó, para la realización del objeto contractual pueden ocurrir acontecimientos sobrevinientes que ameriten complementar la obra o el servicio pactado, en cuyo caso la entidad contratante puede celebrar con el mismo contratista contratos

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Id.*, p. 401.

²⁶⁸ *Ibid.*

complementarios. Se debe observar que el artículo 85 de la LOSNCP se refiere a causas imprevistas, no obstante lo adecuado debería ser sobrevinientes, ya que la imprevisión está relacionado con el surgimiento de las aleas anormales, mientras que este mecanismo se aplicaría más bien a las aleas normales.

Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.²⁶⁹

Ahora bien, de conformidad con el artículo 144 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las causas pueden ser invocadas por la entidad contratante o por el contratista y serán calificadas por la entidad previo informe de la fiscalización de la obra.²⁷⁰ Por lo general, este tipo de contratos se celebran cuando es necesaria la creación de rubros nuevos, conforme el artículo 86 de la LOSNCP.

El límite sobre este tipo de contratos es que el monto de éste no sobrepase el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, cortado a la fecha de celebración del contrato complementario, conforme lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 132 de su Reglamento General.

Finalmente, en este tipo de contratos se debe incluir la respectiva fórmula de reajuste de precios y rendir garantías adicionales, conforme se señala en los artículos citados anteriormente y en los artículos 136, 137 y 138 del RGLOSNCPP.

2.2.5. Reajuste de precios

El artículo 82 de la LOSNCP prevé el reajuste de precios como mecanismo de respuesta a las variaciones que se producen en los costos de los componentes. Se resalta que este

²⁶⁹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 85. Registro Oficial (S) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁷⁰Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 144. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

sistema se aplica únicamente cuando los pagos por la ejecución de obra, adquisición de bienes o prestación de servicios son por precios unitarios:

Art. 82.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad.²⁷¹

Como se puede deducir, las variaciones a las que se refiere este mecanismo son las previsibles, generadas por las aleas normales. Lo anterior se deduce del hecho de que se introducen fórmulas matemáticas para su aplicación.

Art. 83.- Índices.- Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez (10) días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Para estos efectos, la Servicio Nacional de Contratación Pública mantendrá permanente coordinación con el INEC.

Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad, solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de cinco (5) días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índices de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas. En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo la responsabilidad de la entidad.²⁷²

En el caso de los contratos de obras, el sistema de reajuste se establece en el artículo 126 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCPP), así:

Art. 126.- Sistema de reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere la Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo. En consecuencia, aquellos contratos, cuya forma de pago no corresponda al sistema de precios unitarios no se sujetarán al sistema de reajuste previsto en este capítulo.²⁷³

²⁷¹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 82. Registro Oficial (S) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁷²Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 83. Registro Oficial (S) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁷³Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 126. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

En el caso de los contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría, el reajuste de precios se reglamenta en el artículo 140 del RGLOSNC; mientras que en el caso de los contratos de consultoría, lo propio se encuentra en el artículo 142 y 143 del RGLOSNC, de la siguiente manera:

Art. 140.- Reajuste en contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría.- En los contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría sujetos a la Ley y cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se estipularán la fórmula o fórmulas de reajuste de precios, sobre la base de los componentes del servicio, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra.²⁷⁴

Art. 142.- Reajuste de precios.- En los contratos de consultoría, se podrá hacer constar la fórmula o fórmulas matemáticas de reajuste, que contendrán los componentes por reajustarse, el valor de los coeficientes, la periodicidad y las condiciones de su aplicación, de acuerdo a la naturaleza del servicio contratado.²⁷⁵

Art. 143.- Fórmula de reajuste.- En los contratos de consultoría, el valor del anticipo y de las planillas de ejecución de servicios, se reajustaran si se produjeren variaciones en los componentes en los precios unitarios estipulados en los contratos de consultoría, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de la o las fórmulas de reajuste que se incluyan en el contrato.

No se reconocerá reajuste de precios a los salarios negociados y contratados para el personal extranjero no residente en el Ecuador. Tampoco se reconocerá reajuste de precios en los contratos o aquellas partes de los mismos que no fueren elaborados en el Ecuador.

En caso de mora o retardo en la presentación de cada planilla, imputable al consultor, se reconocerá el reajuste de precios a la fecha en que debió presentarla, de conformidad con el cronograma vigente.

En caso de mora de la entidad contratante en el pago de planillas, éstas se reajustarán hasta la fecha en que se las cubra, por lo cual no causarán intereses.

Las instituciones contratantes de consultoría deberán prever el financiamiento necesario para cubrir los reajustes de precios.

El consultor presentará la planilla con los precios contractuales y la planilla de reajuste, esta última calculada de acuerdo con la fórmula estipulada en el contrato, valores que serán pagados hasta en el término máximo de 20 días de su presentación.²⁷⁶

²⁷⁴Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 140. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

²⁷⁵Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 142. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

²⁷⁶Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 143. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

En los contratos para la adquisición de bienes el reajuste se regla en el artículo 141 del RGLOSNC:

Art. 141.- Casos de contratos de adquisición de bienes.- En los contratos de adquisición de bienes se estipularán la fórmula o fórmula de reajustes de precios, sobre la base de los componentes del bien, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra, en lo que fuera aplicable. Los contratos de adquisición de bienes con entrega y pagos inmediatos no se sujetarán a reajuste de precios.²⁷⁷

Finalmente, el artículo 84 de la LOSNCP, manda que el reajuste de precios no sea aplicable en el caso de los contratos integrales por precio fijo.

Art. 84.- Contratos Integrales por Precio Fijo.- No serán aplicables las disposiciones contenidas en este Capítulo a los contratos integrales por precio fijo.²⁷⁸

2.2.6. Costo más porcentaje

Por la misma razón que en el caso de los contratos complementarios, esto es la inexistencia de la ruptura del equilibrio, no es un mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; no obstante, dado que se lo establece en la LOSNCP se lo analizará a continuación.

De conformidad con el artículo 88 de la LOSNCP, este mecanismo se utiliza cuando existen diferencias entre las cantidades reales ejecutadas y la que constan en el cuadro estimativo del contrato. Ahora bien, la ejecución de esas obras deben estar previstas en los planos y especificaciones del contrato, y no deben comportar una modificación al objeto contractual.

Por otro lado, la Entidad contratante sin necesidad de la suscripción de un contrato complementario podrá ordenar y pagar directamente hasta el 25% del valor reajustado del contrato, en cuyo caso será suficiente dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. En el mencionado documento debe constar: la cantidad y calidad del equipo,

²⁷⁷Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 141. Registro Oficial (S) No. 588 de 12 de mayo de 2009.

²⁷⁸Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 84. Registro Oficial (S) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

mano de obra y materiales a ser empleados, previa aprobación del Fiscalizador; que se pagará al contratista el costo total de la mano de obra efectivamente empleada, con relación a la tabla de salarios constantes en el contrato; que se pagará al contratista el costo comprobado de los materiales suministrados y utilizados en los trabajos, incluyendo su transporte; que se pagará por el uso del equipo, cuya valoración se regirá por los costos horarios en el contrato y que de no haberlos se fijarán de mutuo acuerdo. De manera adicional a los valores anteriores se añadirá el porcentaje que por costos indirectos se establecieron en los precios unitarios del contrato principal y que en definitiva constituye toda la compensación adicional que recibirá el contratista por la ejecución de estos trabajos. Lo anterior conforme el procedimiento establecido en el artículo 145 del RGLOSNC.

2.2.7. Ordenes de trabajo

La Orden de trabajo tampoco es un mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato; no obstante, su importancia radica en que permite la consecución del objeto del contrato principal. El artículo 89 de la LOSNCP faculta a la Entidad contratante para que en la ejecución de una obra disponga la realización de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, empleando la modalidad de costo más porcentaje establecida en el artículo 145 del RGLOSNC. El límite de este mecanismo es que el monto debidamente justificado y motivado no supere el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para concluir, se debe observar que en los mecanismos establecidos en la LOSNCP el monto pactado en el contrato puede modificarse hasta en un 70%, previa justificación técnica y financiera. Esto es, hasta un 35% como contrato complementario; hasta en un 25% como costo más porcentaje o diferencias en cantidades de obra; y, hasta en un 10% en ordenes de trabajo. Se debe señalar que para lo anterior es necesario contar con la correspondiente certificación de recursos, conforme lo manda el artículo 90 de la LOSNCP.

Finalmente, se debe resaltar que ninguno de los mecanismos referidos en el párrafo anterior se aplica a los contratos integrales por precio fijo, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 de la LOSNCP.

2.2.8. Otras alternativas

¿Quién puede prever, en un momento estático de la vida, qué va a pasar en los siguientes 20 ó 30 años? Nadie. Ese es un momento en el que las partes tienen unas determinadas posiciones económicas en el mercado, una determinada situación patrimonial, están bajo un régimen impositivo determinado; y desde esa perspectiva han creado la equivalencia de sus prestaciones. ¿Pueden cambiar las circunstancias? Sí. Y no solo pueden cambiar, sino que efectivamente van a cambiar, sin lugar a dudas; luego la hoja de ruta debe estar diseñada de tal manera que el contrato pueda moldearse a las circunstancias que van pasando a lo largo del tiempo. Ese sería efectivamente el principio del equilibrio financiero del contrato que respondería a la verdad de la vida, al realismo jurídico, y en donde el abogado tiene, por supuesto, que combinar en sí mismo la capacidad de entender los hechos económicos, su adaptación a la ley y, lo más importante de todo, su buen juicio, su buena fe y el entender la lealtad con la otra parte para hacer posible lo que ambas quisieron.²⁷⁹

Es cierto que ningún contrato puede estar escrito para que una parte se vaya completamente satisfecha y la otra quede totalmente insatisfecha porque el instrumento contractual fracasó. Lo justo es que en ningún caso pudiera resultar ninguna de las partes, sobre todo la Administración, beneficiada de la desgracia de la otra, el contratista.²⁸⁰ Esto último es inconcebible en los Estados constitucionales de derechos y justicia. Al respecto Martha Cediél manifiesta:

Aquí no hay fórmulas, aquí hay sentido de lealtad, sentido de justicia, sentido de país, sentido de que el colaborador de la administración debe serlo en efecto y ser tratado como tal en tanto y en cuanto efectivamente nos colaboremos las dos partes para llegar a los fines estatales.²⁸¹

Dentro del Análisis económico del Derecho se han establecido otros mecanismos para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, por ejemplo el que se basa en la Teoría económica del contrato. La mencionada teoría parte del Teorema de Coase que establece que en ausencia de costos transaccionales las partes convendrán la solución más eficiente, sin importar como sea realizada la distribución de los derechos, mediante las normas jurídicas. En otras palabras, cuando la distribución de recursos realizada a través de una norma jurídica sea ineficiente, las partes en ausencia de razones que imposibiliten un acuerdo optarán por un medio alternativo que sea eficiente para éstas.²⁸²

²⁷⁹Martha Cediél. "Equilibrio económico del contrato". *Óp. Cit.*, p. 20.

²⁸⁰*Id.*, p. 24.

²⁸¹*Id.*, p. 26.

²⁸²María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. *Óp. Cit.*, p. 56.

La Teoría económica del contrato parte del enunciado de que los contratos son imperfectos; de ahí que las acciones por incumplimiento de obligaciones contractuales deben tener como objetivo hacer que las partes actúen eficientemente, o sea con capacidad de disponer de algo para conseguir un efecto determinado.²⁸³

Ahora bien, cuando el cumplimiento de una obligación exceda su incumplimiento para una de las partes, esa parte, de acuerdo al análisis económico no cumplirá con el contrato. Es decir, que en algunos casos es más eficiente no ejecutar el contrato.²⁸⁴ Esto es evidente que sucederá en caso de que el contratista se vea frente a una ruptura del equilibrio del contrato que imposibilite su ejecución, porque le es demasiado gravoso.

Lo anterior da lugar a la Teoría de la inejecución por ineficiencia. Esta teoría es una creación jurisprudencial norteamericana, que posibilita a que cualquiera de las partes contratantes no cumpla con sus obligaciones contractuales cuando eventos imprevisibles hacen que la misma sea ineficiente.²⁸⁵

El hecho de obligar a una parte a ejecutar un contrato desvirtuado por circunstancias extraordinarias e imprevisibles que ocasionen una excesiva onerosidad conlleva la exigencia de cumplir obligaciones no suscritas por la partes y así se incentivaría la ineficiencia contractual más aún, bajo tales circunstancias el contrato ya no existe, no porque material y jurídicamente haya desaparecido, sino porque el objeto del contrato, me refiero no al literal que consta en él si no al *lev motiv* del mismo ha desaparecido –la utilidad recíproca del contratante y del contratista-, originalmente acordada al momento de la suscripción ya no existe.²⁸⁶

En resumen, las teorías antes mencionadas buscan incentivar a las partes a que voluntariamente lleguen a acuerdos racionales para readecuar el equilibrio económico del contrato.

2.3. Derechos fundamentales vulnerados con el desequilibrio económico del contrato

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ *Id.*, p. 57.

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ *Id.*, p. 59.

La Constitución de la República del Ecuador garantiza los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se debe poner en relieve que, conforme lo establecido en el artículo 10 de la CRE que se cita a continuación, en concordancia con el artículo 11 número 3 de la CRE, en el Ecuador no solo se debería garantizar los derechos establecidos en la Constitución sino además los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.²⁸⁷ El artículo 10 CRE garantiza:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.²⁸⁸

Asimismo, el artículo 66 de la Constitución del Ecuador reconoce los “derechos de libertad”, entre los que destacan para efectos de esta tesis los siguientes:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

[...]

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

[...]

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

[...]

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

²⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 10. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

[...]

29. Los derechos de libertad también incluyen:

[...]

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.²⁸⁹

Una vez enunciados algunos de los derechos que se garantizan en la Constitución del Ecuador, se debe observar que varios son los derechos que guardan relación con la salvaguarda de la ecuación económica. A lo largo del presente trabajo se ha mostrado a cada principio de la contratación pública con los derechos fundamentales contenidos en estos. Además, al analizar las teorías sobre las aleas que se presentan durante la ejecución de los contratos, se resaltaron los derechos involucrados; finalmente, se pudo observar que la doctrina no es uniforme cuando se trata de fundamentar la razón de la salvaguarda de la ecuación económica.

No obstante lo anterior, a continuación se resaltarán los derechos que han sido comunes durante todo el trabajo. En cuanto al contratista, el desequilibrio económico del contrato vulnera sus derechos de igualdad, garantizado en el artículo 66 número 4 de la CRE; su derecho a la propiedad, garantizado en el número 26 del mismo artículo, en concordancia con el artículo 321 de la CRE:

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.²⁹⁰

Asimismo, se vulnera el derecho al trabajo, garantizado en el número 17 de artículo 66 de la CRE, en concordancia con los artículos 33, 325 y 326 de la Norma Suprema:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.²⁹¹

²⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 321. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.²⁹²

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
 5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
 6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
- [...]²⁹³

Asimismo, el artículo 66, números 15 y 16 de la Constitución garantiza el desarrollo de actividades económicas conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; y, el derecho a la contratación, en su orden. En cuanto al Estado, el mantenimiento del desequilibrio afecta al principio de responsabilidad del Estado por sus actos, al principio de equidad y el bien común.

Ahora bien, dados los derechos que se encuentran involucrados, por un lado; y, el Estado constitucional de derechos y justicia, que pregona en su teoría del derecho, el neoconstitucionalismo, la garantía de los derechos fundamentales, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato es un derecho inviolable del contratista. Hay que recordar que ni el propio contratista, en uso de su autonomía de la voluntad, puede renunciar al mismo. Esto último ha sido objeto del presente trabajo ya que en el Ecuador la Administración se ha visto volcada a que el contratista renuncie a este derecho.

2.4. Restablecimiento del equilibrio económico como una cuestión de orden público

²⁹² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 325. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 326. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Los ordenamientos jurídicos positivos solo pueden operar sobre la base de principios moralmente válidos, no al margen de ellos. Esto se sigue de entender el derecho como un orden de razón, y no primariamente como un orden coactivo o de poder.²⁹⁴

Como se observó en el Capítulo I, el sustrato justificativo del mantenimiento del equilibrio económico del contrato estatal no otorga al contratista una especie de seguro, sino que es más bien una contrapartida a las condiciones de preeminencia jurídica que ostenta la Administración en el desarrollo del contrato.²⁹⁵ En este sentido, la Sala de Consulta del Consejo de Estado de Colombia ha dicho lo siguiente:

[...] La teoría jurídica moderna define con toda claridad la responsabilidad de la Administración pública y en materia contractual la ha enriquecido con nuevas concepciones que buscan justa y razonable armonía entre el interés público que personifica la Administración y el interés de los particulares que prestan directa o indirectamente su colaboración para el funcionamiento de los servicios públicos o asumen su prestación.

El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si, de una parte, afirma la existencia en favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra, reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato.²⁹⁶

Del razonamiento que se ha realizado en la sección anterior está claro que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato administrativo es un principio de orden público, ya que lleva implícito derechos fundamentales, que deben ser velados por el estado garantista del neoconstitucionalismo. Ahora bien, existen posiciones que basadas en el principio de la autonomía de la voluntad, consideran legítimo trasladar al contratista riesgos distintos a los que dependen de la eficiencia de su organización empresarial.²⁹⁷ En otras palabras, se pretende trasladar al contratista el riesgo por el apareamiento de aleas anormales; esto a través de una renuncia a su legítimo derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Eduardo Fonseca señala que en la legislación colombiana, el Consejo de Estado, en la sentencia de 9 de mayo de 1996, Sección Tercera, dentro del proceso N. 10.151, (actor: Société Auxiliaire D'Entreprises, SAE) ha manifestado:

²⁹⁴Jan Sieckmann. "Los derechos fundamentales como principios". *Óp. Cit.*, p. 50.

²⁹⁵Eduardo Fonseca. "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas". *Óp. Cit.*, p. 37.

²⁹⁶Sala de Consulta del Consejo de Estado de Colombia (marzo 11 de 1972). Citado en Eduardo Fonseca. "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas". *Óp. Cit.*, p. 38.

²⁹⁷Eduardo Fonseca. "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas". *Óp. Cit.*, p. 43.

Sabido es que desde la propia génesis del negocio jurídico las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo: para la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado; para el contratista, la obtención de un provecho económico.

[...]

Ahora bien, ese equilibrio financiero puede resultar afectado por varias causas, algunas atribuibles a la propia administración contratante, como sería el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la modificación en las condiciones de ejecución del contrato; otras, también imputables a la administración, pero provenientes del ejercicio de su función estatal; así mismo, la ecuación financiera puede sufrir menoscabo por factores ajenos y extraños a las partes involucradas en el negocio, en cuya ocurrencia se habla de la teoría de la imprevisión.

[...]

En el anterior orden de ideas, se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato, le corresponde a la Administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador-contratista en un punto de no pérdida, y aún más, en una situación económica tal, que sus expectativas de lucro vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico del contrato son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la Administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que, además, deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones de contratación.

[...]

La Sala no pretende desconocer que todo contratista con el Estado asume la obligación de soportar un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere inherente a todo tipo de contratación pública. Pero tampoco podría admitirse que en una relación contractual de derecho público, el contratista deba asumir riesgos anormales o extraordinarios, de suficiente entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados. Aquellas contingencias implicarían en su contra un indebido sacrificio frente a la satisfacción de un interés general, cuya beneficiaria si bien directamente es la comunidad, viene a serlo pero por gestión de la propia Administración, pero con clara desproporción económica del contrato, como consecuencia inmediata de la pérdida del equilibrio financiero del mismo, cuyo restablecimiento, en últimas, corresponde disponerla al juzgador a falta de acuerdo conciliatorio entre las partes [...].²⁹⁸

En la sentencia anterior se puede observar que se diferencian los dos tipos de aleas, las normales y las anormales; que ya fueron desarrolladas en el capítulo anterior. Se debe recordar que las aleas normales del contratista son aquellas que se refieren a su propia capacidad, organización y eficiencia empresarial y profesional, que incluye el riesgo del precio propuesto sobre la base de unos rendimientos y productividad presupuestados, para las condiciones y circunstancias previstas.²⁹⁹ Dentro de este tipo de riesgos también se

²⁹⁸ *Id.*, pp. 45 y 46.

²⁹⁹ *Id.*, p. 47.

encuentran el riesgo comercial y/o el riesgo propio de la prestación del servicio, en el caso de concesiones.³⁰⁰

Ahora bien, durante el procedimiento precontractual y contractual las partes identifican únicamente las aleas normales, como es obvio; y, en virtud de esto se reparten sus cargas. De ahí que las fórmulas de restablecimiento del equilibrio del contrato, debido a la afectación de aleas normales son totalmente válidas e incluso es legítimo que el contratista contrate sin estas; ya que asume el riesgo con consciencia y a cambio de un incremento en el costo, lo cual en cambio no es eficiente para la Administración.

Por otro lado, como ya se mencionó anteriormente, existen aleas anormales, imprevisibles que afectan al contrato. Sobre esto no es legítimo que la Administración pretenda trasladar al contratista aquellos riesgos que no son propios de su empresa y que no pueden medirse y calcularse dentro del precio del contrato.³⁰¹ En este sentido no es cierto que el precio del contrato incluya la valoración de todos los riesgos, ya que es imposible para las partes valorar los riesgos imprevisibles; además se tornaría a las obligaciones del contratista de un alcance ilimitado o indeterminado.

Por lo anterior, es la Administración la llamada a restablecer el equilibrio económico del contrato, que se ha visto afectado por el surgimiento de aleas anormales, que son extrañas y ajenas al contratista. Como ya se mencionó, es por un principio de justicia que deba ser la parte que se encuentra en una mejor situación la que asuma los riesgos y en este caso los daños causados. Aquí se debe diferenciar que estas aleas anormales caen en la teoría de la imprevisión y no en el de la fuerza mayor; ya que esta última releva de la obligación de cumplir al contratista, lo que no sucede con la teoría de la imprevisión, en la cual se mantiene la obligación de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Como se desarrolló en la sección anterior, el desequilibrio económico del contrato vulnera derechos fundamentales, que se resumirían en el derecho a la libertad del trabajo y a que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso; el derecho a la libertad de contratación; el derecho a desarrollar actividades económicas bajo los principios de

³⁰⁰ *Id.*, p. 48.

³⁰¹ *Id.*, p. 47.

solidaridad, responsabilidad social y ambiental; y, el derecho a la propiedad con función y responsabilidad social y ambiental. Por otro lado, en los Estados constitucionales de derechos y justicia, la defensa y garantía de los derechos fundamentales constituyen la razón de ser estos sistemas y una cuestión de orden público. En este sentido, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (de cualquier tipo de contrato administrativo) como una forma de defender y garantizar los derechos fundamentales del contratista constituye una cuestión de orden público, que vincula entre otros a los principios de buena fe y del equilibrio económico del contrato y a la justicia.

Asimismo, del lado de la Administración existe el interés porque se lleve a cabo la ejecución del contrato, ya que esto redundaría en beneficio de los administrados que buscan el buen vivir. Por otro lado, en consideración de la finalidad de la contratación pública y los propios fines por las que fueron creados los diferentes órganos de la Administración Pública, resulta más eficiente reconocer al contratista el derecho a que se restablezca el equilibrio contractual que dejarlo a la deriva, en cuyo caso el contratista podría incumplir con las obligaciones a su cargo o cumplirlas de manera defectuosa. Esto resulta más gravoso para el Estado ya que existe un detrimento para el interés público y además existirán costos litigiosos y de tiempo en la nueva contratación.³⁰² En este sentido, en la ejecución del contrato se encuentran presentes las nociones del interés general y de orden público; ya que está de por medio el derecho de los ciudadanos a contar con servicios públicos y a que estos no se interrumpan.³⁰³

[...] Entre las nociones de orden público que integran el régimen jurídico del contrato administrativo, se destaca la del equilibrio financiero del contrato como su gran principio rector, que responde al interés general de darle estabilidad a la contratación administrativa en beneficio directo de los servicios públicos, regulando con nuevos criterios de equidad y buena fe, las relaciones de la administración con sus contratistas.³⁰⁴

Asimismo, de conformidad con la definición establecida en el artículo 1457 de la Codificación del Código Civil del Ecuador, el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa equivalente; en cambio, si la equivalencia

³⁰²Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 47.

³⁰³*Id.*, p. 41.

³⁰⁴Laudo arbitral MORA – MORA, CONCIVILES vs. INCORA. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 41.

consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio. En este sentido, al ser el contrato administrativo un contrato conmutativo, este no puede convertirse en una fuente de lucro para uno de los contratantes en perjuicio del otro, cuando por obra de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e involuntarios se hubieran alterado notablemente los efectos naturales del contrato celebrado, volviendo excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación.³⁰⁵ Lo anterior tiene relación con la teoría del enriquecimiento injusto, que se lo verá brevemente en las conclusiones.

En este análisis jurídico, forzosamente se llega a la conclusión de que a las partes, en general, y en particular a una entidad administrativa, no les es permitido estipular [...] cláusulas que de una u otra forma alteren, afecten o sean contrarias al mantenimiento del equilibrio financiero de las mutuas prestaciones que las partes originalmente³⁰⁶ establecieron en su contrato, relación económica que ellas deben respetar y que la administración además, está obligada a preservar; cláusulas que tengan por ejemplo el alcance de desconocer o impedir que el contratista acceda a la justa y plena remuneración por la obra realizada en ejercicio de derechos que la ley o el propio contrato le confiera, que resultan contrarias al propio contrato y a preceptos de orden público que consagra la ley [...]³⁰⁷

En conclusión, el equilibrio económico del contrato, su mantenimiento y restablecimiento de ser necesario, constituye un derecho del contratista y un deber constitucional de la administración. Como se conoce, la actividad contractual del Estado es esencialmente una actividad administrativa por lo que debe observar los principios constitucionales y generales del derecho administrativo. En este sentido, los principios y derechos enunciados a lo largo del presente trabajo obligan a la Administración a mantener incólume el equilibrio económico del contrato y le dan el carácter de concepto de orden público, por lo que no se puede pactar en contrario; es decir, es irrenunciable su restablecimiento.³⁰⁸

³⁰⁵María José Luna. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Óp. Cit., p. 34.

³⁰⁶Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 28.

³⁰⁷Laudo arbitral MORA-MORA, CONCIVILES vs. INCORA. Citado en Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 29.

³⁰⁸Verónica de los Ríos Vila y Tatiana López. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Óp. Cit., p. 41.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato está estrechamente relacionado con los principios de equidad, buena fe y del equilibrio económico del contrato y con la justicia, por lo que constituye un concepto de orden público que es irrenunciable. Además, dentro de los principios antes señalados, están implícitos derechos fundamentales que corresponde a la Administración garantizarlos, conforme mandan los postulados del neoconstitucionalismo, que es la teoría del derecho del Estado constitucional de derechos y justicia. Por otro lado, el no restablecimiento del equilibrio económico del contrato tiene como consecuencia un enriquecimiento injusto de la Administración.

El enriquecimiento injusto es un principio general de prohibición para las relaciones jurídico administrativas³⁰⁹ que como todos los principios generales del derecho, ha sido descubierto en la práctica aplicativa del Derecho y de la ciencia jurídica. Esto se puede observar en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia administrativa que reconoce la existencia de este principio general.³¹⁰

Ahora bien, se debe señalar que el enriquecimiento injusto no se aplica a las relaciones de Derecho administrativo por la supletoriedad del Derecho civil³¹¹, sino que es un principio que le es propio a este. Esto es importante, porque la vía de supletoriedad dificultaría que el enriquecimiento sin causa pueda actuar como límite a la potestad reglamentaria.³¹²

El principio en mención se anuda a los principios de la equidad y la justicia material³¹³; los cuales son sumamente importantes en el Derecho Administrativo. Sobre la importancia de los principios de equidad y la justicia material, el Tribunal Supremo de España ha afirmado lo siguiente:

³⁰⁹Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública. Óp. Cit.*, p. 76.

³¹⁰*Ibíd.*

³¹¹*Id.*, p. 103.

³¹²*Id.*, p. 105.

³¹³J. L. Villar Palasi. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid: 1968, pp. 547 – 548. Citado en Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública. Óp. Cit.*, p. 77.

[...] que si en el Derecho privado se concedió más valor en principio a la seguridad jurídica, en el Derecho administrativo va imponiéndose el principio de justicia, pues no en vano las relaciones administrativa [...] se ven influenciadas y teñidas por la equidad y buena fe [...] (STS de 12 de diciembre de 1979)³¹⁴

En el mismo sentido, Delgado Martín afirmaba que es nota distintiva del Derecho Administrativo su inspiración en la equidad.³¹⁵ Asimismo, el tratadista Colmeiro señala que “[t]odos deben ajustarse a reglas de equidad y prudencia, consultando en las cuestiones que se susciten la justicia.”³¹⁶ Lo anterior tiene relevancia en la contratación pública, ya que es en esta materia donde siempre existe la amenaza del enriquecimiento injusto, que por definición representa un ataque a la equidad.³¹⁷

Lo que es más, dadas las incuestionables conexiones entre la equidad y la buena fe, como lo afirma el tratadista González Pérez³¹⁸, la jurisprudencia ha llegado a afirmar que el enriquecimiento injusto se deriva del principio de la bona fides contractual. Lo anterior se recoge en el dictamen del Consejo de Estado de España, de 14 de mayo de 1987, así:

[...] la doctrina española más reciente (García de Enterría, González Pérez) se ha preocupado de recordar que el principio general de la buena fe no sólo tiene aplicación en el Derecho administrativo, sino que en este ámbito adquiere especial relevancia, por no ser infrecuentes los casos en que este capital principio se olvida o se infringe abiertamente en las relaciones entre Administración y administrados, a pretexto, muchas veces, de una supuesta defensa de los intereses públicos. Como dice Guasp, “todos los campos del Derecho estatal son clima propicio, como cualquier otro, al desarrollo de esta verdadera patología de lo jurídico. Y es más, ella se da en el seno de los dos principales elementos que conjugan la relación jurídica estatal: la autoridad y el súbdito”. Asimismo la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo acoge y aplica este principio en numerosísimas sentencias, pudiendo citarse por vía de ejemplo las de 11 de marzo de 1978, 22 de enero de 1980, 1 de julio de 1980 y 23 de marzo de 1982. Como también el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de julio de 1981.³¹⁹

³¹⁴STS de 12 de diciembre de 1979. *Id.*, p. 78.

³¹⁵Gaspar Ariño Ortiz. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: 1968, p. 294. *Ibid.*

³¹⁶Vid. M. Colmeiro. *Elementos del Derecho político y Administrativo de España*. Madrid: 1881, 6.a ed., p. 265. La doctrina española moderna es menos expresiva, pero al menos no duda del valor de la equidad en el Derecho administrativo; vid. J.E. SorianoGarcía. “Aplicación de la equidad en el Derecho Público”. *REDA* núm. 23 (1979), p. 641. *Ibid.*

³¹⁷Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. Óp. Cit., p. 79.

³¹⁸Jesús González Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p.29. *Ibid.*

³¹⁹Dictamen núm. 50.226, ref. 85 del Repertorio de doctrina legal de 1987. *Id.*, p. 80.

Bielsa conecta al enriquecimiento sin causa de la Administración con el principio de igualdad ante las cargas públicas, así:

Si el que enriquece a la Administración pública [...] debiera quedar sin indemnización, la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas quedaría afectada, indirectamente al menos, en detrimento del que enriqueció a la Administración, o hizo gastos en una gestión útil para ella, es decir, para la colectividad que aprovecha los servicios públicos. En efecto, ésta recibiría un beneficio general a costa de uno de sus miembros, lo que repugnaría a toda la idea de justicia y equidad.³²⁰

Ahora bien, se debe recordar que la equivalencia de las prestaciones y el precio justo son nociones claves del Derecho Administrativo, que se encuentran conectadas a otros principios esenciales³²¹, como el del equilibrio económico del contrato. En este sentido se debe recordar que los principios se encuentran entrelazados, por lo que no se los debe interpretar individualmente. Ahora bien, el enriquecimiento sin causa se ha invocado jurisprudencialmente para mantener el equilibrio económico de los contratos ante dificultades imprevistas en la ejecución de obras (SSTS de 20 de marzo de 1985, Ar. 2841;³²² 20 y 27 de diciembre de 1990, Ar. 10542 y 10151; 30 de marzo de 1991, Ar. 2022, y 17 de abril de 1991, Ar. 3486); asimismo, la doctrina la ha invocado ante otras causas que alteran el equilibrio contractual.³²³

Del razonamiento realizado en las líneas anteriores, el tratadista Manuel Robollo afirma que el principio de equivalencia de las prestaciones está expresamente conectado con el enriquecimiento sin causa.³²⁴ Por lo anterior, afirma que “la teoría del equivalente justifica que

³²⁰Vid. R. Bielsa. *Derecho Administrativo*, 5.a ed., 1955, t. II., p. 423. También en Francia se ha justificado el enriquecimiento sin causa del Derecho administrativo en este principio; vid. P. ROQUES, quien afirma que el fundamento de la acción está en un elemento de justicia distributiva «moyen servant á assurer la répartition équitable des charges et des avantages collectifs», en *De la notion d' enrichissement sans cause en droit administratif*, tesis, Montpellier, 1930, p. 227, citado por G. Bayle. *L'enrichissement sans cause en droit administratif*. París : 1973. Vid. Gaspar Ariño Ortiz. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: 1968, p. 247, se sirve conjuntamente del enriquecimiento sin causa y de la igualdad ante las cargas públicas para justificar el mantenimiento del equilibrio contractual ante sus modificaciones administrativas. *Id.*, p. 82.

³²¹Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. *Óp. Cit.*, p. 85.

³²²*Id.*, p. 86.

³²³Vid. Gaspar Ariño Ortiz. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. *Óp. Cit.* p. 247. Dice que la equivalencia «no puede ser unilateralmente sacrificada por la Administración, ni siquiera por razones de interés público..., sin atentar contra la doctrina del enriquecimiento sin causa y contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que de no resarcirse íntegramente por vía de equivalente económico, la Administración –y todos los administrados- obtendrán un beneficio –enriquecimiento sin causa- a costa de uno de ellos: el contratista». Citado en Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. *Óp. Cit.*, p. 87.

³²⁴Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. *Óp. Cit.*, p. 87.

la prohibición de enriquecimiento injusto sea un principio general, y éste, a su vez, sirve de fundamento a técnicas que aseguran aquella equivalencia.³²⁵ Ahora bien, lo anterior es importante ya que como principio, el enriquecimiento injusto limita la potestad reglamentaria; ya que mal podría un reglamento infringir principios generales del Derecho.³²⁶

El enriquecimiento injusto, como institución propia de la teoría general del Derecho, es única, constituye, siguiendo la conocida calificación alemana, un supraconcepto (*oberbegriff*), y como tal no admite consideraciones diferenciadas desde la óptica del Derecho administrativo en orden a su carácter dogmático.³²⁷

Finalmente se debe señalar que el enriquecimiento injusto busca impedir la aplicación estricta del principio de riesgo y ventura, así como el de la inmutabilidad del contrato (*pacta sunt servanda y contractus lex*).³²⁸ Desde otra perspectiva, la aplicación de las normas con un rigorismo excesivo, cuando estas son contrarias a algún principio como el de enriquecimiento injusto, vulnera los principios de justicia y seguridad jurídica proclamados en la Constitución.³²⁹

Por lo expuesto en el presente trabajo, se recomienda que se eliminen de los pliegos de contratación las cláusulas que vulneren los derechos fundamentales de los contratistas, en especial aquellas que limitan su derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La recomendación debería ser aplicada desde el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), ya que es el Organismo con atribuciones para publicar los modelos de pliegos de obligatorio cumplimiento para las Entidades contratantes. Asimismo, se debería aclarar que el hecho de que el reajuste de precios no sea aplicable a todos los contratos, no implica que el contratista no pueda ejercer su legítimo derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que el reajuste es uno más de los mecanismos para

³²⁵ *Id.*, p. 135.

³²⁶ A este respecto, *vid. A. De Laubadere. Traité de Droit Administratif, I, 9.a ed. por J.C. Venezia y Y. Gaudemet. París: 1984, pp. 267-269. Distingue los verdaderos y propios principios generales de otras reglas aplicadas por la jurisprudencia <<sin texto>> según tengan o no valor para suponer un límite a la potestad reglamentaria, y precisamente incluye entre aquellos que sí tienen verdadero valor de principio general al enriquecimiento sin causa. Citado en Manuel Rebollo Puig. El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública. Óp. Cit., p. 91.*

³²⁷ *Vid. L. Cosculluela Montaner. "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo". RAP núm. 84 (1977), p. 189. Citado en Manuel Rebollo Puig. El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública. Óp. Cit., p. 99.*

³²⁸ Manuel Rebollo Puig. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública. Óp. Cit.*, p. 135.

³²⁹ *Id.*, p. 121.

el restablecimiento del equilibrio contractual, pero no el único. Finalmente, toda norma legal (que por lo general son reglas) que sea contraria al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es inválida, por lo que debería ser retirada del Ordenamiento Jurídico, al vulnerar derechos fundamentales (contenidos en normas constitucionales, generalmente principios); esto a fin de hacer efectivo el espíritu garantista de los Estados constitucionales, como el Ecuatoriano.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ávila, Ramiro. “Los Principios de Aplicación de los Derechos”. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. 1a. ed. Quito: INREDH, 2009.
- Bayón, Juan Carlos. “Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del Constitucionalismo”. *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis et al. (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004.
- Conrado, Roque. *Los principios en la contratación estatal. Aspectos constitucionales, legales y jurisprudenciales*, 1a. ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, sexta edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997
- Dromi, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciencia y Cultura, 2001.
- Escudero, Jhoel. “El cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional”. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. 1a. ed. Quito: INREDH, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales*. En: *Democracia y Garantismo*. Madrid: ed. Trotta, 2008.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 2001.

- García Figueroa, Alfonso. "Principios y Derechos Fundamentales". *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis et al. (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004.
- García Figueroa, Alfonso. "Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy." Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- González Amuchástegui, Jesús. "Los límites de los Derechos Fundamentales". *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis et al. (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004.
- Guastini, Riccardo. "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano". *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.
- Guastini, Riccardo. "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho". Primera edición. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- Monedero Gil, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*, 1a. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1997.
- Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.
- Peña Freire, Antonio Manuel. "Garantismo y Derechos Fundamentales". *Constitución y derechos fundamentales*. Luis Prieto Sanchis et al. (Coordinadores). Madrid: Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica, 2004.
- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos*. 1a. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. 1a. ed. T.I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. 1a. ed. T.II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

Rebollo Puig, Manuel. *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*. 1a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1995.

Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 2002.

Sieckmann, Jan. “Los derechos fundamentales como principios”. *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Jan – R. Sieckmann (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Octava edición. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2008.

Artículos de revista

Cediel, Martha. “Equilibrio económico del contrato”. *Revista de Derecho Público No. 17* (2004).[http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho pub/pub153.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho%20pub/pub153.pdf) (acceso: 21-01-2013).

De Vivero, Felipe. “La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal”. *Revista de Derecho Público No. 17* (2004).[http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho pub/pub145.pdf](http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho%20pub/pub145.pdf)(acceso: 21-01-2013).

Fonseca, Eduardo. “El contrato de concesión de servicios y de infraestructura”. *Revista de Derecho Público No. 17* (2004).
http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub152.pdf (acceso: 21-01-2013).

Fonseca, Eduardo. "La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas". *Revista de Derecho Público* No. 14 (2002). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub182.pdf (acceso: 21-01-2013).

Hoyos, Ricardo. "La acción popular frente al contrato estatal". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub151.pdf (acceso: 21-01-2013).

Lozano, Olga y Sarmiento, Rafael. "Papel de los marcos de referencia internacionales y de las agencias reguladoras en el desarrollo de la infraestructura". *Revista de Derecho Público* No. 14 (2002). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub184.pdf (acceso: 21-01-2013).

Mier, Patricia. "El Régimen Jurídico del Contrato Estatal". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub150.pdf (acceso: 21-01-2013).

Montes, Susana. "Liquidación de los contratos, oportunidad". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub149.pdf (acceso: 21-01-2013).

Montes, Susana y Mier, Patricia. "Concesiones Viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos". *Derecho Público* No. 11 (2000). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub216.pdf (acceso: 21-01-2013).

Palacio, María Teresa. "Cláusulas excepcionales". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho pub/pub147.pdf (acceso: 21-01-2013).

Palacio, María Teresa. "Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia". *Revista de Derecho Público* No. 14 (2002).
http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub183.pdf (acceso: 21-01-2013).

Palacio, María Teresa. "Selección de Contratistas". *Revista de Derecho Público* No. 17 (2004). http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derecho pub/pub148.pdf (acceso: 21-01-2013).

Palacios, Hugo. "La concesión y la teoría económica de los contratos". *Revista de Derecho Público* No. 11 (2000).
http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub219.pdf (acceso: 21-01-2013).

Tesis de grado

Luna, María José. *Mecanismos para conservar el equilibrio económico en los contratos de obra pública*. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/693/1/T761-MDE-Luna-Mecanismos%20para%20conservar%20el%20equilibrio%20econ%C3%B3mico.pdf> (acceso: 17/01/2013).

Vila, Verónica de los Ríos y López, Tatiana. *La importancia de la ecuación económica y financiera del contrato estatal*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2003. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS66.pdf> (acceso: 16-02-2013).

Bibliografía electrónica

Palacios Mejía, Hugo. Notas acerca de la facultad de regular la economía en la Constitución de 1991.
http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub318.pdf(acceso: 21-01-2013).

Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10a. ed. Buenos Aires: F.D.A., 2009.<http://www.gordillo.com>.

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sec. Tercera. Sentencia 14577, de 29 de mayo de 2003.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sec. Tercera. Expediente 21588, de 7 de marzo de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001.

Laudo Arbitral MORA-MORA, CONCIVILES vs. INCORA

Normas

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 (última modificación de 13 de julio de 2011)

Ley 80 de Colombia de 1993

Ley de Contratos del Estado de España

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial (S) 395 de 4 de agosto de 2008 (última reforma al 14 de octubre de 2013)

Ley Orgánica Reformativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial (2S) 100 de 14 de octubre de 2013

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Decreto Ejecutivo 1700. Registro Oficial (S) 588 de 12 de mayo de 2009 (última reforma mediante Decreto Ejecutivo 1499. Registro Oficial No. 916 de 20 de marzo de 2013)

Citas secundarias

Ariño Ortiz, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: 1968.

Bayle, G. *L'enrichissement sans cause en droit administratif*. París: 1973.

Bielsa, R. *Derecho Administrativo*, 5.a ed., 1955, t. II.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol. V De las Obligaciones*, t. XI.

Colmeiro, M. *Elementos del Derecho político y Administrativo de España*. Madrid: 1881.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de marzo 11 de 1972 C.P. Dr. Alberto Hernández Mora.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Expediente 11.94, de 15 de febrero de 1999.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Expediente No. 2742 de 20 de septiembre de 1979.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Número de Radicación 14577. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 23 de mayo de 1985.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-085 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818, de 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Coscolluela Montaner, L. "Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo". *RAP* núm. 84 (1977).

De La Laubadere, A. *Traité de Droit Administratif*, I, 9.a ed. por J.C. Venezia y Y. Gaudemet. París: 1984.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, 2da reimpresión.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Editorial Legis, 1999.

FIDIC. Notes on Documents for Civil Engineering Contracts. Suiza: 1979.

González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

Malaurie, Philippe y Aynes, Laurent. *Droit Civil, Les Obligations*. París: Editions Cujas, 1985.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Mosset Iturraspe, Jorge. *Dólar e imprevisión*. Argentina: Editorial La Ley, 1981.

Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La Transparencia en la Contratación del Estado*. Ediciones doctrina y ley Ltda., 2008.

Pizarro, Ramón y Vallespinos, Carlos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

Rodríguez R, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano*. Editorial Temis, 2000.

Santofimio, Jaime O. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratación indebida*. Universidad Externado de Colombia, 2004.

Soriano García, J.E. "Aplicación de la equidad en el Derecho Público". *REDA* núm. 23 (1979).

Villar Palasi, J. L. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid: 1968.