

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicación de la exceptio non adimpleti contractus
en los contratos administrativos en el régimen
ecuatoriano.**

Jean Carlo Ontaneda Castillo

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de abril de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Jean Carlo Ontaneda Castillo

Código: 00209330

Cédula de identidad: 0923403745

Lugar y Fecha: Quito, 28 de abril de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA APLICACIÓN DE LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN CONTRACCIÓN PÚBLICA EN EL RÉGIMEN ECUATORIANO ¹

THE APPLICATION OF THE EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS IN PUBLIC CONTRACTING IN ECUADORIAN LAW

Jean Carlo Ontaneda Castillo²

ontanedajeancarlo@gmail.com

RESUMEN

Resulta relevante realizar un análisis respecto de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido. En la práctica se presenta como un medio de defensa que impide a un contratante exigir el cumplimiento de las obligaciones a su contraparte, si este no ha cumplido las suyas o no se ha allanado a hacerlo. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública su aplicación ha sido discutida por la doctrina o poco tratada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por tal motivo, el presente trabajo analizó la utilidad de la excepción en materia de contratación pública, sin dejar de lado los elementos diferenciadores que se presentan a menudo en un contrato administrativo, como el interés general. De igual forma, se examinó todos los fundamentos de la excepción y cómo estos han sido aplicados en materia pública, para concluir que la excepción es aplicable a gran parte de los contratos administrativos.

ABSTRACT

It is important to analyze the application of the exception of non performed contract. In practice, it is presented as a way to defend a contracting party that prohibits it from requiring the performance of his obligations from the other party, if the latter has not complied with his obligations or has not agreed to do so. However, in the field of public contracting its application has been discussed by the doctrine, as well as little treated in the Ecuadorian legal system. For this reason, this paper analyzed the usefulness of the exception in public procurement, without leaving aside the differentiating elements that are often present in an administrative contract, for example, the general interest. It also examined all the reasons for the exception and how they have been applied in Ecuadorian public matters, in order to conclude that the exception is applicable to a large number of administrative contracts.

PALABRAS CLAVE

Contratos administrativos, excepción de contrato no cumplido, derecho administrativo, suspensión contractual.

KEYWORDS

Administrative contracts, unperformed contract exception, administrative law, contractual suspension.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Aguilar Andrade.

² © 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. RÉGIMEN APLICABLE A LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.- 6. ELEMENTOS DIFERENCIADORES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE SE CONTRAPONEN (O PODRÍAN CONTRAPONERSE) A LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO.- 7. EJEMPLIFICACIÓN DE CONTRATOS EN LOS QUE LA EXCEPCIÓN ES O NO APLICABLE.- 8. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La excepción de contrato no cumplido, también conocida como *exceptio non adimpleti contractus*, ha sido un tema de gran importancia en el ámbito de la contratación civil y pública. Durante muchos años, esta herramienta ha sido utilizada para proteger los derechos y las garantías de las partes involucradas en los contratos, permitiendo a una parte del contrato no cumplir con sus obligaciones si la otra parte no cumple con las suyas.

En el presente trabajo, se analizó todo el ámbito de aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el sector civil y cómo se aplica en el sector público. Se explorarán las bases de la excepción, como el principio *pacta sunt servanda*, el cual establece que los contratos deben ser respetados y cumplidos por ambas partes, y el principio de equilibrio financiero del contrato, que garantiza que el contrato sea equitativo para ambas partes.

Posteriormente, se examinó los elementos del Derecho administrativo en la contratación pública que pueden ser un problema para la aplicación de la excepción, como el interés general y la continuidad en la prestación de servicios públicos. Se exploró los posibles desafíos que pueden surgir al aplicar la excepción en este ámbito, y se analizará cómo se han abordado estos desafíos en la práctica.

Finalmente, se proporcionó ejemplos de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en contratos específicos, como el contrato de explotación y exploración de hidrocarburos o el contrato de concesión. A través de estos ejemplos, se demostrará cómo la excepción de contrato no cumplido ha sido aplicada en diferentes contextos y cómo ha sido una herramienta valiosa para proteger los derechos y las

garantías de las partes involucradas en los contratos.

2. Estado del arte

En la presente sección se realizará un análisis del estado de la literatura hasta la presente fecha, con motivo de conocer que han escrito los doctrinarios más importantes sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, también conocida como excepción de contrato no cumplido, excepción de incumplimiento contractual, excepción de inejecución o simplemente, excepción de incumplimiento en el ámbito de los contratos administrativos.

Al hablar sobre la *exceptio* resulta obligatorio revisar que ha dicho la doctrina en materia civil. Ospina y Ospina nos ilustran el nacimiento de la *exceptio*, donde no se le puede atribuir la creación de esta institución a los romanos, en cuanto, no se ha encontrado texto romano que permita arribar a tal conclusión. Sin embargo, si se ha encontrado algo semejante y lo que probablemente inspiró a los canonistas y post-glosadores y fue la *exceptio doli*, la cual le era reconocida al demandado para el cumplimiento del contrato, cuando el demandante de mala se haya se rehusaba a cumplir sus obligaciones¹.

En una línea más pegada al Derecho administrativo, Dromi manifiesta que la *exceptio* es un instrumento de legítima defensa que tiene el contratista ante un incumplimiento de la Administración, donde este incumplimiento impide que el contratista pueda cumplir con las prestaciones derivadas del contrato. Sin embargo, Dromi es bastante claro al abordar que la *exceptio* no resulta aplicable en todos los casos, y nos presenta un estándar el cual se basa en que el incumplimiento de la Administración debe crear una “razonable imposibilidad” de cumplimiento las obligaciones del contratista².

Por su parte, Marienhoff sostiene la *exceptio* al nacer del Derecho civil como producto de las obligaciones correlativas, resultaría injusto que una parte le exija a la otra el cumplimiento de sus obligaciones, cuando esta no ha cumplido. Marienhoff enfatiza la justicia como la base de esta, y esta idea es independiente si la relación contractual es privada o pública, ya que, en los contratos administrativos las

¹ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría General del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2000) 589.

² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004) 552-553.

obligaciones también son correlativas o interdependientes³.

Ahora bien, Rivera sostiene que la *exceptio* se funda en principios generales que resultan ser pilares en el ordenamiento jurídico. Entre los principios consagrados se encuentra: El principio de igualdad, buena fe en la ejecución de los contratos, y, por último, el de justicia. A partir de esto, logra concluir que no puede obviarse la aplicación de la *exceptio* en la contratación pública. También, presenta una crítica a las posturas que sostienen que la *exceptio* es inaplicable en todo caso por la existencia del factor del interés general en este tipo de contratos. Sin embargo, esto debe ser visto caso a caso, y la inaplicabilidad de la *exceptio* solo resultaría cierta o fundamentada cuando el interés general se encuentre en juego⁴.

Por último, Bozzo en un estudio reciente y exhaustivo de la *exceptio* dedica un capítulo a la aplicación de esta en la contratación administrativa. En su planteamiento sostiene y reconoce que en la contratación pública se presenta una cierta desigualdad por las prerrogativas del Estado en el ámbito contractual, como pueden ser: La modificación del contrato, o la terminación anticipada y unilateral del mismo. Bozzo, resalta que a pesar de que la *exceptio* se encuentre tipificada en el ámbito privado, resultar ser una norma común, y, por lo tanto, el contratista podría invocarla ante el incumplimiento del pago del precio por parte de la Administración, al ser esta una obligación recíproca⁵.

3. Marco teórico

La *exceptio non adimpleti contractus* en el ámbito de la contratación pública ha sido una cuestión poca pacífica. Por tal razón, es menester en el presente apartado delimitar el problema planteado. Es así como, se busca presentar líneas de pensamiento o teorías que han buscado resolver el problema o al menos dar una solución pronta. En consecuencia, se adoptará una línea de pensamiento, y se establecerá por qué esta resulta ser la más adecuada y oportuna para mantener el sinalagma contractual, pero siempre tomando en cuenta los elementos diferenciadores del Derecho Administrativo en los contratos.

En la presente investigación, se ha encontrado al menos cuatro corrientes

³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000) 376-377.

⁴ Gonzalo Rivera, "La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa", *Revista de Derecho (UCUDAL)* (2016), 144.

⁵ Sebastián Bozzo, *Excepción de contrato no cumplido* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021) 258-259.

distintas de pensamiento. La primera línea resulta ser la más radical y controversial, ya que a breves rasgos sostiene que de todos los contratos que puede celebrar la Administración y se de el supuesto que esta exija el cumplimiento del contrato a su cocontratante y esta se encuentre en incumplimiento, en ningún caso el contratista puede plantear la *exceptio* únicamente obtendría el derecho a solicitar la resolución del contrato⁶, o podría dirigirse ante el Juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios⁷.

En sentido contrario, puede plantearse desde una perspectiva meramente privada del Derecho Civil, donde si son contratos celebrados por dos partes, estas se obligan de forma recíproca⁸ a cumplir sus obligaciones oportunamente. Sin embargo, aplicar esta línea del pensamiento sería obviar todo el desarrollo y autonomía que tiene el Derecho Administrativo, y conceptos esenciales como el interés general, orden público, el servicio público, entre otros.

Por otro lado, la tercera línea de pensamiento nos plantea un estándar más elaborado donde se nos presentan todos los elementos que deben concurrir para que exista una “razonable imposibilidad”, pero esta no será alegada si únicamente se genera una “simple dificultad”, o una “mera desinteligencia”⁹, de cumplir el contrato por parte del contratista, y solo en ese momento la *exceptio* resulta ser del todo aplicable. De tal forma, se contrapone a que no se puede exigir al contratista una “imposibilidad absoluta”, ya que materialmente no existe¹⁰.

De manera similar, la tercera línea nos presenta que la *exceptio* es totalmente aplicable, primero debe presentar una “razonable imposibilidad” de cumplir las obligaciones por parte de contratista, pero también su aplicación no debe contravenir el orden público o el interés general. Ahora bien, si la aplicación de la *exceptio* contraviene los conceptos ya mencionados, el contratista tiene el deber de realizar sus

⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2017) 815. “La excepción al mecanismo resolutorio del Código Civil es todavía más clara en los supuestos de incumplimiento de la Administración. Por lo pronto, el incumplimiento de ésta no autoriza en ningún caso al contratista a incumplir él mismo el contrato con la excepción que luego se dirá, sino solicitar su resolución en los casos en que ésta sea procedente.”

⁷ Jean Rivero, *Derecho Administrativo* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984) 137. “Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de las propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave”.

⁸ Eduardo Busso, *Código Civil anotado. Obligaciones*, Tomo III (Buenos Aires: Ediar Editores, 1951) 9.

⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 385-386.

¹⁰ *Id.*, 373-375.

mayores esfuerzos para concluir sus obligaciones contractuales¹¹.

Por todo lo expuesto, la dos últimas líneas de pensamiento resultan ser las más balanceadas, sin embargo, en el presente trabajo se adopta la última. En cuanto, presenta un mejor balance entre la aplicación total de la *exceptio* y conceptos diferenciadores que no se presentan en un contrato entre privados, como el interés general o el servicio público.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

En la presente sección, se presentará cual es la normativa aplicable para el análisis de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en contratos administrativos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Todo esto a partir de normas constitucionales, legales, y dictámenes de la Procuraduría General del Estado, como del Servicio Nacional de Contratación Pública. Por último, se hará de la poca jurisprudencia existente en el ordenamiento.

En la Constitución más que normas específicas sobre contratos, podemos encontrar principios o deberes del Estado para con los contratistas y administrados en general. En específico, la Constitución reconoce expresamente el derecho a la libertad de contratación, pero también, el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad¹². Por último, establece cómo se integra el sistema económico de Ecuador, siendo las formas de organización pública, privada, mixta, entre otras¹³ - entendiéndose contratos entre la sociedad y el Estado-.

Referente a leyes en *strictu sensu*, se empleará el Código Civil¹⁴, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁵, LOSNCP, y su reglamento. Por último, la Ley de Hidrocarburos¹⁶, LH. Estos cuerpos nos otorgan pautas para analizar la *exceptio*, ya que esta nace en el CC para su aplicación en los contratos entre civiles. La LOSNCP es la Ley especializada para los contratos administrativos y su régimen. La LH nos trae a colación ejemplos de suspensión por parte del contratista,

¹¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 552-553.

¹² Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

¹³ Artículo 283, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁴ Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. 15, de 14 marzo de 2022.

¹⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNCP], R.O. Suplemento 395, de 4 de agosto de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 245, de 7 febrero de 2023.

¹⁶ Ley de Hidrocarburos [LH], R.O. 711, de 15 de noviembre de 19878, reformado por última vez R.O. 160, de 11 enero de 2023.

como también nos permitirá esclarecer si la extracción de crudo es considerada un servicio público.

Los oficios de la Procuraduría General del Estado resultan importantes en cuanto al ser la institución que ejerce la representación legal del Estado Ecuatoriano, otorgan pautas que la Administración debe seguir en la celebración, ejecución y terminación de los contratos. Es así como, en varios de estos informes se reitera que los contratos administrativos son regidos por el principio *pacta sunt servanda*, es decir, los contratos son ley para los contratantes¹⁷, y la *exceptio* se origina a partir de este principio.

5. Régimen aplicable a la *exceptio non adimpleti contractus* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el presente epígrafe se analizará de manera sistemática los fundamentos, y la aplicación de la *exceptio* en el régimen jurídico ecuatoriano. En primer lugar, el principio *pacta sunt servanda* (5.1). En segundo lugar, la buena fe en la ejecución contractual (5.2). En tercer lugar, el equilibrio económico del contrato (5.3). Por último, la imputabilidad como requisito esencial de la *exceptio*. Es importante señalar que todos estos fundamentos serán analizados no solo desde el derecho privado, sino también desde la perspectiva del derecho público.

La *exceptio non adimpleti contractus* es un instrumento o un medio por el cual, el deudor puede oponerse a su acreedor alegando que él también ha incumplido el contrato, cuando en este se preveían obligaciones de carácter recíproco¹⁸. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón sostienen que la génesis de la *exceptio* es la regla de la ejecución simultánea, donde cualquiera de ambas partes puede rehusarse a cumplir su obligación puesta a cargo, mientras la otra parte no haya cumplido la suya. Es decir que, ninguna parte puede exigir el cumplimiento contractual sin haber cumplido u ofrecerse a cumplir su prestación¹⁹. En ningún caso la *exceptio* resulta ser un modo de disolución de los contratos²⁰.

En principio la aplicación de la *exceptio* es para los contratos bilaterales, sin

¹⁷ Oficio No. 05621, Procuraduría General del Estado, del 6 de enero de 2009; Oficio No. 02400, Procuraduría General del Estado, del 20 de junio de 2011; Oficio No. 03444, Procuraduría General del Estado, del 29 de agosto de 2011; Oficio No. 03725, Procuraduría General del Estado, del 15 de septiembre de 2011.

¹⁸ José Fernández Hierro, “La *exceptio non adimpleti contractus*.”, *Estudios de Deusto* (2015), 71-89.

¹⁹ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil* (Madrid: Tecnos, 2016) 146-147.

²⁰ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, 592.

embargo, esto no resulta restrictivo en cuanto también puede aplicarse a los contratos unilaterales cuando por hechos posteriores a su celebración se producen obligaciones a cargo de la parte acreedora, generalmente denominados contratos bilateral imperfectos²¹. Es decir, esta extensión trata a todos aquellos casos donde ambas partes resulten recíprocamente obligadas, ya sea que la fuente de sus obligaciones sea distinta²².

Los requisitos que deben concurrir para que sea procedente la *exceptio*, es que: i) exista una relación obligatoria sinalagmática; ii) falta del actor al cumplimiento de su obligación; iii) inexistencia de contradicción de la buena fe en la alegación de la excepción por el demandado. Es importante también recalcar, que la *exceptio* es contraria a la buena fe en al menos dos supuestos, que tiene como consecuencia su inaplicación.

- i) Cuando el que la invoca ha motivado, el mismo el incumplimiento de la otra parte.
- ii) cuando el incumplimiento se refiere a prestaciones secundarias o carece de suficiente entidad o envergadura para justificar una negativa de la prestación demandada²³.

Los requisitos que propone Ospina son:

- i) que haya reciprocidad de obligaciones entre las partes litigantes, ii) que el actor no haya cumplido las suyas ni se allane a cumplirlas, siendo exigibles, iii) que el demandado no esté en mora, y iv) que el incumplimiento del actor no sea grave²⁴.

Existe la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Su semejanza versa en el incumplimiento, sin embargo, su diferencia radica en que la primera se encuentra en el ámbito de un incumplimiento total, por su parte, la segunda, es un incumplimiento parcial o defectuoso²⁵.

Ambas excepciones, la segunda derivada de la primera²⁶, son medidas de defensa del demandado. Específicamente la *exceptio non adimpleti contractus* tiene como efecto principal la “suspensión provisional”²⁷ de la prestación que debía realizar

²¹ *Ibidem*, 589.

²² *Ibidem*, 590.

²³ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 147.

²⁴ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, 590.

²⁵ José Fernández Hierro, “La *exceptio non adimpleti contractus*.”, 77.

²⁶ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 147. “Se admite por la doctrina y jurisprudencia otra excepción llamada cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*)”.

²⁷ Vincenzo Roppo, *El Contrato* (Lima: Gaceta jurídica, 2009) 901. “También es conocida como la

el demandado. Más aún, su aplicación neutraliza únicamente de forma temporal el derecho del actor, pero este ni se extingue ni se destruye²⁸.

En ese sentido, los contratos administrativos no solo son regulados o regidos por normas del Derecho Administrativo como lo son el Código Administrativo y la LOSNCP, sino también, le son aplicables las normas del Código Civil referentes a contratos. Es el caso del artículo 1461 del Código Civil que regula los elementos de validez de los contratos²⁹. El Servicio Nacional de Contratación Pública mediante oficio recuerda que la supletoriedad de las normas civiles va acompañada de las limitaciones que se encuentran en materia de contratación pública, como pueden ser los artículos 64,65 y 68 de la LOSNCP³⁰.

Sin embargo, existe la creencia que el Derecho civil únicamente se aplica de forma excepcional en los contratos administrativos. Sin embargo, es erróneo sostener ese enunciado. Existen distintas categorías de contratos administrativos, donde todos tienen una equivalencia estructural exacta a los tipos contractuales del Derecho Privado. A partir de esta noción funcional y estructural se pueden analizar las modulaciones más o menos significativas que trae consigo que uno de los contratos sea la Administración³¹. Entonces es posible afirmar que existe una sola Teoría General del Contrato y esta es la base para cualquier tipo de contratación, sea pública o privada.

Además, del artículo 1568³² no se desprende la existencia de prohibición alguna para la aplicación en los contratos administrativos. Como ya se mencionó referente al tipo de contratos bastaría que sea trate de un contrato bilateral. De igual forma, en ninguna ley especial que rige los contratos administrativos como lo son el Código Administrativo, la LOSNCP y la LH, observamos prohibición alguna referente a la suspensión por parte del contratista ante la exigencia de cumplimiento y falta de pago de la Administración.

De hecho, las entidades públicas más relevantes del área de la contratación pública como lo son la Procuraduría General del Estado, y el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, mediante oficio han sostenido que, en caso de

principal excepción “suspensiva” con esta parte, a la cual la otra le cuestione el no haber cumplido su prestación, replica que no ha cumplido por una buena razón justificativa, es decir, porque la otra parte, a su vez, no ha cumplido la prestación por ella debida”.

²⁸ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 147.

²⁹ Artículo 1461, CC.

³⁰ Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0055-OF, 2 de junio de 2021.

³¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (Madrid: Civitas Ediciones, 2001) 666.

³² Artículo 1568, CC.

existencia de morosidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad contratante, se debe tener en cuenta el principio “la mora purga la mora” para la aplicación de multas por suspensión en la prestación del contratista³³.

5.1 Pacta sunt servanda

El principio *pacta sunt servanda* se encuentra consagrado en el artículo 1561 del CC, el cual prescribe que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”³⁴. Es así como, el legislador reconoció y materializó la voluntad de las partes de tal forma, que celebrar un contrato en ejercicio de la libertad, no resulta ser un asunto de poca importancia, sino más bien, resulta ser tan importante que le otorga rango de ley inter-partes. El SERCOP refuerza esta afirmación en cuanto sostienen que el contrato administrativo una vez celebrado genera derechos y obligaciones al amparo del artículo 1561 del CC³⁵.

Parraguez Ruiz menciona que el contrato al ser *lex privata*, es decir, el producto de la voluntad de las partes contratantes, el ámbito de los efectos de este evidentemente no comprenderá otro ámbito que el de cada una de ellas³⁶. Entonces resulta lógico afirmar que, si el contrato es la conclusión de los intereses de cada parte, ya que ha existido un acuerdo de voluntades en las obligaciones, las partes cumplan cada una de ellas tal como fueron pactadas.

La regla general es que los contratos administrativos al ser contratos producen los mismos efectos que produce cualquier contrato entre particulares. Es decir, como principal efecto es la fuerza obligatoria del cumplimiento de las obligaciones³⁷. También, el incumplimiento de las obligaciones contractuales es un asunto común que pueden sufrir los contratos administrativos como los privados³⁸.

Dromi por su parte, sostiene que las relaciones contractuales se basan en el principio de *pacta sunt servada*, en ese sentido, este principio obliga al contratista a

³³ Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF, 7 de junio de 2021; Oficio Nro. 00400, Procuraduría General del Estado, del 11 de enero de 2011; Oficio Nro. 02400, Procuraduría General del Estado, del 20 junio de 2011; Oficio Nro.12208, Procuraduría General del Estado, del 22 septiembre de 2017.

³⁴ Artículo 1561, CC.

³⁵ Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF, 7 de junio de 2021.

³⁶ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 128-129.

³⁷ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico de en los contratos administrativos* (Bogotá; Editorial Temis, 2012) 140.

³⁸ *Ibidem*, 139.

cumplir sus prestaciones como a la Administración³⁹. Es así como, es un derecho del contratista la percepción del precio, la suspensión de la ejecución, entre otros. Donde si la Administración no cumple sus obligaciones, se le posibilita al contratista oponer la *exceptio*⁴⁰.

Por último, la jurisprudencia ecuatoriana refuerza todo lo expuesto, ya que, en una controversia suscitada en el ámbito de la contratación pública, la Sala de lo Contencioso Administrativo argumentó acerca del principio *pacta sunt servanda*:

El contrato es un acuerdo de voluntades por el cual se establecen derechos y obligaciones entre las partes a cuyo cumplimiento éstas pueden ser compelidas, tanto es así que el Código Civil [...] dispone que el contrato es ley para los contratantes⁴¹.

En consecuencia, es claro que todos los contratos públicos están revistados de este principio.

5.2 Buena fe en la ejecución contractual

El presente apartado resulta de suma importancia, en cuanto el campo de aplicación de la *exceptio* se da en la fase de la ejecución del contrato. Por ello, es menester tratar la buena fe contractual en la ejecución de los contratos⁴². No es posible aplicar la *exceptio* ni en la fase precontractual, en cuanto no existe una fuente obligacional, ni tampoco en el momento de la celebración del contrato, ya que este momento únicamente se da el acuerdo de voluntades, y aquí es donde realmente nace el contrato⁴³.

Para una parte de la Doctrina existe el principio de confianza legítima, otra parte sugiere que es un sinónimo de la buena fe contractual, sin embargo, lo que no queda duda es que, la confianza es el elemento de central de la buena fe contractual. De tal forma, es un requisito indispensable en la tradición jurídica occidental. Por tal motivo, este elemento es de suma importancia no solo para el derecho privado, sino también, para el derecho público. La confianza juega un rol tan importante en el derecho de contratos que esta no se agota únicamente con las protecciones de los

³⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998) 398.

⁴⁰ *Ibidem*, 398.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia No. 158-07, Registro Oficial No. 339, Suplemento, del 17 de mayo de 2008

⁴² Ver, Julio Comadira, *Elementos de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2005) 875. 2. Criterios de interpretación. 2.1 la buena fe como criterio de celebración, interpretación y ejecución de los contratos administrativos

⁴³ Salvador Durany, *La formación del contrato* (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1993), 232.

intereses de las partes, sino, que se materializa en la protección del tráfico jurídico general⁴⁴.

Se reconoce que el principio de buena fe es un principio general, por lo tanto, no es algo exclusivo del derecho privado, sino que, la ejecución contractual sea en el ámbito privado o público, debe ser regida por la buena fe.⁴⁵ De hecho, aunque la Administración tenga una posición institucional distinta a la de una persona privada, y esto no se deba a que tenga una naturaleza cualitativa superior, sino mas bien, es referente a la necesidad impuesta por el servicio que presta para la satisfacción de interés general. En ese sentido, el principio de buena fe no se excluye en el campo administrativo, sino que se dota de una máxima vigencia⁴⁶. Incluso, la confianza legítima opera como un límite al ejercicio de las potestades discrecionales⁴⁷.

Además, Fiorini sostiene que aceptar como principio la buena fe y posteriormente discutir la aplicación de la *exceptio* es igual a ignorar la esencia de todo negocio jurídico. En sentido, las relaciones contractuales deben siempre respetar la libertad, la justicia, la razón, y más aún, si una de las partes es la Administración⁴⁸. Incluso el principio *pacta sunt servanda* no necesita doctrina alguna para su justificación, y lo mismo, acontece con la buena fe contractual.

A partir de la celebración de un contrato administrativo, nacen los deberes para la Administración y el contratista de cumplir de buena fe todas las obligaciones del contrato y también, aquellas surgidas de la naturaleza de este⁴⁹.

En ese sentido, la génesis de la buena fe contractual radica en que cuando existe actividad legislativa referente a vínculos obligacionales resulta imposible prever todas las circunstancias, conductas, o transformaciones futuras relevantes que puede sufrir una obligación contractual. Entonces, su aplicación necesariamente es el ejercicio de la potestad del juez de poder definir la conducta de los contratantes, dándoles una valoración a los hechos o circunstancias en concreto de la relación contractual⁵⁰.

⁴⁴ Adrián Schopf Olea, “La buena fe contractual como norma jurídica.”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2018), 109-153.

⁴⁵ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo: Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002) 562.

⁴⁶ Jesús González, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo* (Madrid: Civitas Ediciones, 1999) 38.

⁴⁷ *Ibid*, 61.

⁴⁸ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995) 608.

⁴⁹ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 140-141.

⁵⁰ *Ibidem*, 144-145.

El principio de buena fe es el que rige la *exceptio*. En ese sentido, el contractualismo administrativo no se rige por los principios de carga pública, que a menudo resulta ser la negación del contrato, sino más bien, la *exceptio* nace de cualquier contrato celebrado⁵¹.

5.3 Equilibrio económico del contrato

Otro fundamento relevante al momento de tratar la *exceptio* es el equilibrio económico del contrato. Es así como, nos encontramos ante varias definiciones respecto al tema. Por ejemplo, Rodríguez define al equilibrio económico del contrato como:

el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)⁵².

Ilustrativamente también puede ser definido como una situación donde dos fuerzas aportan energéticamente en una relación armoniosa en principio, donde el contrato resulta ser una especie de balanza, que puede sustentarse en la analogía y la justicia. Sin embargo, es difícil medir las prestaciones de las partes cuando se pone sobre la balanza las obligaciones, costos de oportunidad, inversiones, cargas públicas, entre otras cosas⁵³.

En el área de la contratación pública, este principio representa un medio de protección que tiene el contratista frente a todas las prerrogativas estatales. La LOSNCP en su artículo prescribe que todos los contratos deben observarse una serie de principios, entre ellos destaca el “trato justo”⁵⁴, el cual es un fundamento para que en la ejecución del contrato se respete la equivalencia de las prestaciones. Por tal motivo, esta ecuación esta destinada a mantener el equilibrio entre las prestaciones pactadas, referente a las inversiones comprometidas y las efectivamente realizadas. Todo con el objetivo de no desvirtuar la rentabilidad ya estructurada generada a partir de la formulación estática del contrato, es decir, los costos y beneficios previstos en un inicio⁵⁵.

⁵¹ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, 608.

⁵² Libardo Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos.”, 55-87.

⁵³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 469-572.

⁵⁴ Art. 4, LOSNCP.

⁵⁵ Roberto Dromi, *Las ecuaciones de los contratos públicos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001) 231-232.

También, el equilibrio económico es una institución que abarca a todas las partes que pueden llegar a ser parte de una relación contractual, y no es exclusiva a una de las partes. Por lo tanto, se encuentra inmerso tanto el contratista como el Estado. Además, se conoce en el caso en específico que en contratación pública el contrato y su ejecución pueden variar por una serie de circunstancias. Todo esto genera incertidumbre y causas imputables a las partes, entonces el equilibrio económico justamente es un mecanismo que tiende a evitar perjuicios o cargas más onerosas para las partes⁵⁶.

Martínez al profundizar el equilibrio económico en los contratos administrativos, menciona que no cualquier alteración genera una ruptura del equilibrio económico del contrato. Es decir, esta alteración debe superar el álea normal propio de los contratos sinalagmáticos, ya que este a menudo son cargas que debe asumir el contratista. Sin embargo, los áleas anormales son circunstancias que entraron en la previsión de las partes. En conclusión, el contratista debe soportar las cargas y el riesgo normal de la ejecución del contrato, más no, circunstancias anormales que lo priva de recibir las ganancias razonables o esperadas si se hubiera mantenido las condiciones iniciales⁵⁷.

Por su parte, en la álea anormal con relación a la Administración, puede existir una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, donde las causales pueden ser imputables a la Administración, cuando esta no haya cumplido lo pactado⁵⁸.

El contratista no adquiere, -únicamente por ser parte de un contrato administrativo-, una carga pública, sino únicamente una obligación de recíproco cumplimiento⁵⁹. El incumplimiento de la Administración se materializa cuando esta no paga el precio convenido, no abona los certificados, o no entrega los materiales⁶⁰.

Ahora bien, en principio y como se mencionó, a partir de la celebración de un contrato administrativo, la Administración adquiere la obligación de abonar a su cocontratante el precio pactado o realizar el pago en especie en el término señalado. Por su parte, el contratista debe cumplir su prestación en el plazo pactado y entregar

⁵⁶ Jaime Cubides Cárdenas, Fernanda Navas Camargo, Sergio Caballero Palomino, Johan Lozano Parra, Gustavo Bello Estrada, "Principio de equilibrio y economía contractual: Análisis a partir de las teorías de la imprevisión y el hecho del príncipe.", *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo* (2022), 83-103.

⁵⁷ Juan Martínez Layuno, "El equilibrio económico en los contratos público.", *Documentos de trabajo 3/2014 Universidad Alberto Hurtado* (2014), 3-21.

⁵⁸ Carlos Delpiazzo, *Derecho Administrativo* (México, Editorial Porrúa, 2005) 227.

⁵⁹ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, 609.

⁶⁰ *Ibidem*, 809.

exactamente lo solicitado⁶¹. Todo esto tiene relación directa con el derecho que tienen las partes al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato⁶².

Es decir, existe una relación intrínseca entre el deber de cumplir las obligaciones contractuales y el principio del equilibrio económico del contrato administrativo. Este principio es el derecho que tienen las partes de que se mantenga un equilibrio material -financiero- de las presentaciones⁶³. Es decir, no interesa quien incumplió el contrato -así lo haya hecho la Administración-, ya que los efectos del incumplimiento es la ruptura de la conmutatividad y se altera el equilibrio económico del contrato. Inclusive, si la Administración no cumple con sus obligaciones, y de tal forma, altera el equilibrio económico del contrato se daría a un supuesto responsabilidad contractual⁶⁴.

En términos generales el contenido de este principio es que, una vez celebrado un contrato entre la Administración y el privado, al existir una reciprocidad entre las obligaciones, existe una necesidad de que la correspondencia entre derechos y obligaciones se mantenga hasta el final de la ejecución contractual⁶⁵.

5.4 Imputabilidad como requisito esencial de la *exceptio*

La imputabilidad es un elemento esencial para que la aplicación de la *exceptio* sea válida. Es así como, en principio la imputabilidad es un concepto jurídico que versa en establecer si a una persona determinada se le impone el deber de reparar un daño, a partir de una conducta que esta última haya generado⁶⁶.

En este caso, la imputabilidad hace referencia a que la no adecuación de la ejecución contractual de los términos estipulados en el contrato se deba a la conducta del demandante. La imputabilidad también tiene referencia directa a las prestaciones que se ajustan o no a las condiciones ya establecidas. Es decir, el demandado no puede invocar la *exceptio* alegando que su cocontratante no ha cumplido una prestación cuando esta nunca se ha estipulado⁶⁷.

⁶¹ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico de en los contratos administrativos*, 141.

⁶² Carlos Delpiazzo, *Derecho Administrativo*, 226

⁶³ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico de en los contratos administrativos*, 141.

⁶⁴ *Ibidem*, 142.

⁶⁵ *Ibidem*, 8.

⁶⁶ Graciela Cristina Wust, "Autoría y acción en el derecho civil. Utilidad práctica de su aplicación a la luz de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Estudios de Derecho Privado. Su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. C. Wust (Buenos Aires: Lajouane, 2016), 208-214.

⁶⁷ Sebastián Bozzo Hauri, "La "excepción de contrato no cumplido adecuada o regularmente" y su régimen

Por otra parte, existen varios factores o elementos que atacan la imputabilidad como requisito esencial para invocar la *exceptio*, y que el efecto es la inaplicación o que la excepción sea invalidada. Entre estos factores están la negligencia, culpa, inclusive el dolo del deudor -es decir, del demandado- y que esta sea la causal por la cual el demandante no haya podido cumplir su prestación, se los conoce como hechos atribuibles al contratista. También, se puede deber a hechos ajenos de ambas partes, como lo son: caso fortuito, fuerza mayor, el hecho de un tercero⁶⁸.

En ese sentido, existen al menos dos eximentes de responsabilidad ante el incumplimiento del contratista, la “fuerza mayor”, y el “hecho de la Administración”⁶⁹. El hecho de la Administración es cualquier conducta de la Administración que no le permite al contratista cumplir con sus obligaciones, esto tiene dos efectos. El primero, uno de carácter definitivo -autorizar la rescisión del contrato por parte del contratista, y otro transitorio. Este último, autoriza al contratista suspender la ejecución del contrato⁷⁰. Esto tiene relación directa con la imputabilidad de la conducta a la Administración, ya que la *exceptio* no procederá si el incumplimiento de la Administración se debe a fuerza mayor o hechos producidos por el contratista.

6. Elementos diferenciadores en contratos administrativos que se contraponen (o podrían contraponerse) a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido.

A partir de la línea de pensamiento -teoría- que ha sido seleccionada para resolver el problema jurídico, se analizarán qué elementos o conceptos del Derecho Administrativo que son aplicados a los contratos administrativos podrían limitar la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. Entre los elementos a analizar están, el interés general (6.1). Como segundo punto, el servicio público que algunos contratos tienen por objeto (6.2). Como tercer punto, el principio de continuidad en la ejecución de los contratos públicos que durante años ha sido sostenido por gran parte de la doctrina (6.3). Por último, la potestad de autotela administrativa que se presenta como un elemento a considerar en la aplicación de la *exceptio* (6.4).

en el derecho civil español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2014), 83-119.

⁶⁸ *Ibidem*, 102-103.

⁶⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 404.

⁷⁰ *Ibidem*, 405.

6.1. Interés general

El interés general se caracteriza por su difícil conceptualización, sin embargo, tiene matices de proyecciones concretas que pueden estar ubicadas en normas, en el ordenamiento español existen ejemplos claros como cuando la norma “permite rescatar una concesión administrativa por razones de interés público o cuándo la norma prevé que un contrato público pueda ser resuelto unilateralmente por la Administración pública cuando concurra causa suficiente de interés público”⁷¹.

En ese sentido, tampoco puede ser catalogado como un concepto abstracto, ni peor aún, genérico. Es así como, el interés general puede ser considerado como un tipo de interés social, en cuanto sus bases son los intereses de las personas como componentes fundamentales de la sociedad⁷².

También, se ha sostenido que los contratos públicos hasta cierto punto se ven sometidos por reglas distintas a las de los contratos ordinarios o civiles, ya que la Administración se encuentra revestida de algunas prerrogativas que un contratista particular no las tiene, en donde, la Administración se encuentra vinculada al interés general de todos sus administrados⁷³.

Uno de los mayores retos que se presenta para la aplicación de la *exceptio* es el interés público, como ya se ha mencionado este resulta ser la finalidad del contrato administrativo. En varias definiciones de contrato administrativo se encontrará que el criterio o elemento para diferenciar un contrato administrativo es por la búsqueda del interés general o público que tiene este último. Este elemento al ser la finalidad del contrato público es un componente teleológico y es el propósito mismo por el cual se contrata. De forma ejemplificativa, la contratación de la Administración no es una mera actividad para ejecutar el presupuesto público, es cumplir y hacer valer todas las razones para las que ha sido constituido el Estado⁷⁴, y entre las más importantes, es la satisfacción del interés general.

El efecto de inadmitir la *exceptio* no solo es perjudicial para el contratista, sino también, para el interés general. En cuanto, si se le traslada los riesgos financieros al

⁷¹ Jaime Rodríguez-Arana, “El interés general y el Derecho Administrativo”, *Revista Federal de Derecho* (2019), 69-96.

⁷² *Ibidem*, 89.

⁷³ Jean Rivero, *Derecho Administrativo*, 129-130.

⁷⁴ Jaime Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo* (Bogotá: Sigma Editores, 2004) 371-372.

contratista, este seguramente trasladará estos nuevos costos al precio de sus prestaciones⁷⁵.

Como se explicó, existe la teoría causa-fin que explica el ámbito especial en el cual está inmerso la contratación pública, de tal forma, en este tipo de contratación hay un elemento esencial, el interés público relevante. Este no se agota con la celebración, sino que se extiende por toda la etapa de ejecución contractual. Justamente, este elemento esencial es el fundamento para poder distinguir un contrato administrativo de un contrato civil celebrado por la Administración, ya que de aquí nace el régimen exorbitante⁷⁶.

Ahora bien, a pesar de la importancia del elemento del “interés público” en la contratación pública, la responsabilidad de satisfacer el interés público a través del contrato administrativo no debe correr por cuenta del contratista, sino es únicamente responsabilidad del Estado. En referencia al argumento de total prevalencia del principio de continuidad, donde el contratista siempre debe actuar como un colaborador innato de la satisfacción del interés público⁷⁷.

En ese sentido, no puede ser catalogado como colaborador, ya que el contratista celebra contratos por su propio interés. Este se verifica, en el supuesto donde el contratista cumpla todas sus prestaciones de forma oportuna, y que aun así no se satisfaga el interés general⁷⁸.

6.2. Servicio público

Cuando se habla de contratos administrativos es inevitable pensar en la estrecha relación que estos pueden guardar con los servicios públicos. Ahora bien, el servicio público como institución jamás ha existido, con más exactitud se presenta la noción de servicio público⁷⁹. Los servicios públicos se rigen por el principio de continuidad en la prestación de estos.

Gran parte de la discusión de la aplicación de la *exceptio* se genera a partir de la relación de ciertos contratos administrativos que guardan conexión con los servicios públicos. Sin embargo, como se observará más adelante no todos los contratos que celebra la Administración guardan relación o tienen por objeto prestar un servicio

⁷⁵ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 72.

⁷⁶ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 26.

⁷⁷ Armando Héctor Martínez, “¿Continuidad o suspensión de la ejecución?” en *Contratos Administrativos*, ed. de I. Farrando (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002) 469.

⁷⁸ *Ibidem*, 470.

⁷⁹ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, 200.

público, como lo puede ser el Contrato de Participación, este contrato se encarga de la explotación de hidrocarburos, y su finalidad es recolectar dinero que ingresará al tesoro nacional. Entonces, si no está en juego la continuidad de un servicio público, no se puede no aplicar la *exceptio* en este tipo de contratos.

Una de las materializaciones del principio de continuidad de los contratos administrativos, es la que se estipula en el artículo 11 de la LH, la cual prescribe que la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero debe “Aplicar multas y sanciones por las infracciones en cualquier fase de la industria hidrocarburífera, por los incumplimientos a los contratos y las infracciones a la presente Ley y a sus reglamentos”⁸⁰.

El principio de continuidad de los servicios públicos es tan debatido, que, aunque existe la discusión de la aplicación de la *exceptio* dentro de los contratos públicos o si únicamente esa figura es reservada para los contratos entre particulares. Una parte más conservadora no niega su aplicación, y se admite en los casos donde no haya una exigencia de continuidad de los servicios públicos⁸¹.

Sin embargo, en este punto la tesis más aceptada es la de Marienhoff, en cuanto, el menciona que la *exceptio* es aplicable como la regla general, siempre y cuando no se presenten ciertas excepciones para su aplicación. Marienhoff trae a colación dos argumentos principales que utiliza el sector que niega la aplicación de la *exceptio* en la contratación pública.

a) Que el servicio público no debe ser interrumpido. Laubadere considera que el “principio de la continuidad del servicio público impide normalmente aplicarla a favor del cocontratante”; como excepción admite su procedencia a favor de este último cuando el “hecho de la administración”. Como puede ser el retardo en los pagos, y este torne imposible que el cocontratante cumpla sus obligaciones.

b) Que el cocontratante tomó a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio, sea cual fuere el cumplimiento o incumplimiento de la Administración Pública respecto a sus obligaciones de orden económico.

No comparto esos argumentos, sin perjuicio de lo que digo más adelante acerca de la concesión de servicios públicos”⁸².

⁸⁰ Artículo 11, LH.

⁸¹ Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo* (Colombia: Legis, 2016) 404.

⁸² Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 379. Este criterio es compartido en Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 560. “El particular que contrata con la Administración queda vinculado más o menos estrechamente a la ejecución de los servicios que aquélla tiene a su cargo”.

En principio, los servicios públicos están revestidos del “principio de continuidad de prestación de los servicios públicos”. Sin embargo, Marienhoff es enfático en sus respuestas respecto a los dos principales argumentos que sostiene parte de la Doctrina para que no proceda la *exceptio* con relación a los servicios públicos. En primer lugar, si un contrato administrativo no tiene como objeto específico la prestación de un servicio público la prohibición de no utilizar la *exceptio* perdería rigidez conceptual y también, su razón de ser. Todo esto, en cuanto un contrato administrativo puede tener como objeto fundamentalmente funciones esenciales o específicas del Estado, también llamadas de forma general “fines públicos”⁸³. Donde este es un concepto más amplio que el de “servicio público”.

En segundo lugar, se encuentra la hipótesis que aun así un contrato administrativo puede tener como objeto un servicio público, la *exceptio* en este caso, puede ser invocada siempre y cuando “el hecho de la administración”, haya impedido que el contratista cumpla con su prestación, es decir, se haya generado una “razonable imposibilidad”⁸⁴ de incumplimiento a favor del contratista. En cuanto, esta figura se asimila a la fuerza mayor respecto del efecto, el cual es, relevar la responsabilidad del contratista por su incumplimiento.

Por otro lado, Cassagne al tratar la aplicación de la *exceptio*, y mostrar su posición acerca de esta, sostiene que no existen obstáculos para la procedencia de esta, salvo, “el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en lo estrictamente inherente a su continuidad”⁸⁵. De tal forma, la prestación de un servicio público *per se* no acarrearía la inaplicabilidad de la *exceptio*, sino que debe estar íntimamente ligada a la continuidad del servicio público.

Hoy en día, cada vez la Doctrina ha cedido su posición referente a la aplicación de la *exceptio* en contratos que tienen un vínculo con los servicios públicos. Ya es aceptado que en los contratos de concesión no se le puede exigir al contratista cumplir sus obligaciones si la entidad contratante no lo ha hecho, ya que esto puede generar serias consecuencias económicas.

⁸³ *Ibidem*, 379-380.

⁸⁴ *Ibidem*, 375. El estándar de la “razonable imposibilidad” es el siguiente: “requisito que queda cumplido cuando la Administración deja de pagarle a su cocontratante una suma apreciable durante un lapso que exceda toda prudencia, y cuyo atraso, de acuerdo a la índole del contrato y a la capacidad económica del cocontratante, haya podido implicar un trastorno en las finanzas de este último”.

⁸⁵ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 71.

Aun así, el fundamento de la *exceptio* en los contratos administrativos sin exclusión de los contratos relacionados a los servicios públicos es que el contratista no puede verse en la obligación de

[El cocontratante] no puede ser constreñido a cumplir igualmente el contrato, por cuanto ello implicaría obligarlo a que actúe como financiador de las obras estatales, lo cual no se habría convenido expresa ni implícitamente en parte alguna del contrato; obligarlo a ello significaría poner a su cargo o exigirle el cumplimiento de obligaciones que él no asumió, exigencia que carecería de todo fundamento jurídico y de base ética. Los deberes de un cocontratante diligente no incluyen el asumir las consecuencias del prolongado incumplimiento de los pagos por parte de la Administración Pública: la absorción de esas consecuencias exceden los deberes de todo diligente cocontratante de la Administración Pública, resultando ilícito entonces exigirle al cocontratante esfuerzos de tal índole⁸⁶.

Cassagne, en principio comparte la idea de que la prestación de servicios públicos debe prestarse sin interrupciones, sin embargo, también sostiene que esta afirmación no implica que en todos los supuestos de prestación de servicios públicos exista una continuidad física de la prestación de estos⁸⁷. Esto resulta fundamental, ya que debe analizarse caso por caso la aplicación de la *exceptio* cuando existe un servicio público de por medio.

6.3. Principio de continuidad de ejecución de los contratos administrativos.

Los contratos administrativos a diferencia de los contratos privados son regidos por algunos principios derivados del Derecho Administrativo. La Doctrina considera una serie de principios, sin embargo, los que más se repiten y resultan más importantes son: el principio de legalidad, el cual establece que el campo de acción de la Administración únicamente se deriva de la ley, sea en *strictu sensu o latu sensu*⁸⁸.

Otro principio es el de continuidad en, este por su parte establece que en la etapa de ejecución de los contratos administrativos no hay posibilidad para que este sea interrumpido o retrasado, ya que estos contratos a diferencia de los civiles tienen una “finalidad” la cual no es el lucro de la empresa, sino más bien, satisfacer un interés general o mejorar aspectos de la comunidad. Entonces, resulta imperante que se alcance cabal y oportunamente la finalidad establecida en principio⁸⁹.

⁸⁶ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 382-383.

⁸⁷ Juan Carlos Cassagne, “El servicio público y las técnicas concesionales”, *Revista de la Administración Pública* (1995), 36.

⁸⁸ Jorge Fernández, *Derecho Administrativo* (México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2016) 172.

⁸⁹ *Ibidem*, 172-173.

Otro principio es el de mutabilidad, para la Doctrina este resulta ser el principio rector más importante en los contratos administrativos, en cuanto el contrato puede ser alterado, modificado unilateralmente por la administración pública, siempre en aras del interés público⁹⁰.

Por último, nos encontramos con el principio del equilibrio financiero, como ya se lo ha tratado anteriormente, este principio también conocido como principio de la ecuación financiera, se caracteriza porque se debe mantener un equilibrio entre las partes, y que ninguna resulte perjudicada, ni tampoco, se convierte en una relación inequitativa. Ya sea por causas imputables a la Administración, o no imputables, para lo cual existen mecanismos como el “hecho del príncipe” o la “teoría de la imprevisión”⁹¹.

En principio, para Dromi los principios principales que rigen los contratos administrativos son de continuidad y mutabilidad. En principio, la continuidad habilita a la Administración Pública para exigir al contratista la no interrupción o suspensión de la ejecución. Toda esta idea, se funda en el fin del contrato administrativo, el cual es la satisfacción del interés público. Es decir, el propio interés público es el que exige que la ejecución no sea interrumpida y continuada⁹².

Para Martínez el contrato administrativo está regido por dos principios particulares, continuidad y mutabilidad. Específicamente el principio de continuidad se cimenta en al menos tres fundamentos: i) la satisfacción del interés público, que se encuentra en todo contrato administrativo, ii) la subordinación del contratista frente a la administración, iii) el rol de colaborar asumido por el contratista. Sin embargo, este principio no es absoluto y admite excepciones⁹³. Justamente la aplicación de la *exceptio* sería una de estas excepciones.

Cassagne por su parte fundamenta la aplicación de la *exceptio* a partir del principio de reciprocidad en materia civil, que es una materialización del principio de justicia. Esto quiere decir que el contratista no puede ser obligado a cumplir sus obligaciones contractuales, mientras la Administración no haya cumplido sus obligaciones, en especial el pago del precio⁹⁴.

Además, Cassagne reconoce a Marienhoff como el precursor de la aplicación

⁹⁰ *Ibidem*, 173.

⁹¹ *Ibidem*, 172-173.

⁹² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998) 390.

⁹³ Armando Héctor Martínez, “Continuidad o suspensión de la ejecución?”, 459-461.

⁹⁴ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 71.

de la *exceptio* en materia de contratación pública, ya que esta era desconocida en este ámbito. Sin embargo, cuando este menciona que no existen obstáculos para la aplicación salvo el ya expuesto -principio de continuidad-, de cierta forma critica el estándar de una “razonable imposibilidad”, en cuanto, en un caso resultaría difícil saber cuándo estamos ante el estándar. También, enfatiza en establecer la injusticia que sería que la Administración reclame el cumplimiento del contrato, cuando esta aún no lo haya hecho. Y concluye, que el contratista no debe soportar la carga financiera del contrato, aun estando en las condiciones de hacerlo⁹⁵.

El mayor fundamento para que el estándar de razonable imposibilidad sea invalidado es que, este afecta directamente el principio de igualdad, ya que la *exceptio* únicamente podría ser invocada por contratistas que tengan una limitada o pequeña capacidad patrimonial, caso contrario, sería para contratistas internacionales de alto renombre y alta capacidad adquisitiva que les sería imposible invocarla⁹⁶.

De igual forma, Martínez sostiene que para la procedencia de la *exceptio* pretender que el incumplimiento de la Administración debe generar en el contratista una “razonable imposibilidad” en el cumplimiento de sus obligaciones, resulta ser una pretensión desmedida, arbitraria, e inclusive injusta⁹⁷.

6.4. Autotutela

La autotutela es el principio por el cual la Administración para ejercer sus derechos derivados ya sea de un acto administrativo o de un contrato administrativo, se encuentra facultada de no acudir necesariamente a una sede judicial para declarar o ejecutar sus derechos⁹⁸.

En esa misma línea, el poder de autotutela se materializa en muchas otras prerrogativas que goza únicamente la Administración al momento de celebrar un contrato. Como pueden ser las potestades de modificar -*ius variandi*- y terminar el contrato unilateralmente. Resulta preciso recordar que esta prerrogativa de *ius variandi* tiene incidencia directa sobre el principio *pacta sunt servanda*, donde únicamente la Administración puede modificar los contratos, siempre y cuando, sea necesario para hacer frente a cualquier necesidad que sobrevenga y que exija el ajuste de la prestación

⁹⁵ *Ibidem*, 71-72.

⁹⁶ *Ibidem*, 72.

⁹⁷ Armando Héctor Martínez, “Continuidad o suspensión de la ejecución?”, 470.

⁹⁸ Eduardo Koppel, *La acción de lesividad* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007) 9.

convenida⁹⁹. Por su parte, la potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato se encuentra legislada en los artículos 94 y 95 de la LOSNCP, también podemos encontrar resoluciones administrativas que invocan esta figura¹⁰⁰.

El punto de conexión entre la autotutela y la *exceptio non adimpleti contractus* es que en principio esta resultaría ser una excepción de carácter formal, es decir, debe presentarse una acción como lo es una demanda. Sin embargo, si la Administración busca que el contratista cumpla sus obligaciones, esta no asistirá a una sede judicial para hacer valer sus derechos, únicamente basta que esté revestida de su poder de autotutela para que requiera al contratista el cumplimiento de sus obligaciones de forma oportuna.

7. Ejemplificación de contratos en los que la excepción es o no aplicable.

En el presente epígrafe se analizará brevemente los contratos tres tipos contractuales, en los cuales, la aplicación de la *exceptio* presenta matices a tomar en cuenta. El primer lugar, uno de los contratos más importantes del sector público, el cual es, el contrato de participación de explotación y exploración hidrocarburífera (7.1). En segundo lugar, un contrato los contratos se concesión (7.2). Por último, contratos regidos únicamente por la codificación civil pero que son celebrados por la Administración (7.3).

7.1. Contratos de participación de explotación y exploración hidrocarburífera

La Constitución del Ecuador nos otorga una serie de directrices que deben ser aplicadas en los Contratos de explotación y exploración hidrocarburífera. Es así como, el Estado tiene competencia exclusiva sobre los recursos como hidrocarburos¹⁰¹. También, el Estado se reserva la administración y gestión de los sectores estratégicos, en el cual están incluidos los recursos no renovables -hidrocarburos-¹⁰², y estos pertenecen al patrimonio inalienable, imprescriptible¹⁰³ e inembargable del Estado¹⁰⁴.

⁹⁹ Roberto Pérez, “Modificación y extinción de contrato”, en *La Ley de Contratos del Sector Público*, dir. J. Mestre y L. Manent (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018) 491-519.

¹⁰⁰ Resolución No. R.I.-SERCOP-2016-0000002A, 5 de enero de 2016; Resolución No. 068-EMASEO EP-2020, 30 de junio 2020; Resolución No. 120-2014 DNA, Policía Nacional, 30 de octubre de 2014; Resolución No. HAG-RES-0011-20, CELEC EP, 23 de marzo de 2020.

¹⁰¹ Artículo 261, CRE.

¹⁰² Artículo 313, CRE.

¹⁰³ Artículo 317, CRE.

¹⁰⁴ Artículo 408, CRE.

En principio la actividad de explotación y exploración de hidrocarburos le pertenecen al Estado, mediante la empresa pública Petroecuador, sin embargo, no es exclusiva su actividad, sino que esta puede también ser realizada a través de contratos con el sector privado. El artículo 2 de la LH prevé algunas modalidades contractuales como el de asociación, participación, prestación de servicios u otras formas de delegación que se encuentren vigentes en la legislación nacional¹⁰⁵.

En los contratos de participación de exploración y explotación hidrocarburífera, el fin principal de la celebración de este contrato no es la satisfacción del interés general o la prestación de un servicio público. Su mayor propósito es recaudar ingresos para el tesoro nacional, ya que el hidrocarburo ha alcanzado tal importancia en la economía mundial, y es el primer rubro de ingresos del presupuesto general del Estado¹⁰⁶.

En ese sentido, el monopolio fiscal no se rige por principios de interés público, es así como, su objeto esencial es realizar una actividad determinada, sea buena o sea mala, que es prohibida a los particulares en principio¹⁰⁷, y únicamente puede ser concesionada como excepción.

La Ley aplicable a este tipo de contratación es la Ley de Hidrocarburos, en su artículo 12-A contiene la definición de este tipo de contratos:

Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquéllos celebrados por el Estado por intermedio de la Secretaría de Hidrocarburos, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción¹⁰⁸.

Entonces, queda claro que el único objeto de este contrato es la explotación y exploración, mas no la prestación de un servicio público. Sin embargo, si se analiza caso por caso podría existir una afectación al interés general, en cuanto, si se suspende las actividades de extracción, el presupuesto del Estado se ve afectado directamente, *ergo*, la inversión en temas educativos, sociales, culturales. También, es conocido en esta práctica que suspender, es decir, apagar los pozos petroleros afecta directamente al funcionamiento de la estructura, generando más gastos. De tal forma, resulta evidente la afectación al interés general. Lo que hace que la aplicación de la *exceptio* se analice

¹⁰⁵ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico de los Bienes* (Quito: Editora jurídica Cevallos, 2018) 216.

¹⁰⁶ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 216.

¹⁰⁷ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, 201.

¹⁰⁸ Artículo 12-A, LH.

caso por caso en este tipo de contratos.

7.2. Contratos de concesión.

Este tipo contractual se da en cuanto la Administración actúa como concedente, donde concede a una persona jurídica, llamada concesionaria, la explotación de un servicio público, el desarrollo de una obra, o también, la explotación de un bien de dominio público. Donde todo se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos, y obligaciones pactadas en el contrato¹⁰⁹.

No es relevante la discusión de la aplicación de la *exceptio* si se trata de contratos de concesión de servicios públicos, ya que para que la *exceptio* sea aplicable es necesario el incumplimiento de la Administración, en ese sentido, de forma general en este tipo de contratos a pesar de que la Administración es la que celebra el contrato, el pago no lo realiza esta, sino que, los usuarios del servicio público lo realizan. Entonces resulta que la *exceptio* no sería aplicable o resultaría infundada¹¹⁰.

Ahora bien, si la entidad contratante a partir del contrato es la encargada de pagar el precio por la concesión, la *exceptio* si es aplicable ante la falta del pago del precio¹¹¹. En el mismo sentido, se ha pronunciado el equivalente en el presente de la Corte Nacional de Justicia, la Corte Suprema de Justicia. Justamente en un controversia de un contrato de concesión pública la Corte reproduce lo establecido por Claro Solar referente a la *exceptio* “si el demandante no hubiere cumplido sus propias obligaciones ¿Cómo podría exigir que el demandado cumpla con las suyas, y por lo mismo, pedir la resolución del contrato?”¹¹². Por lo tanto, se puede afirmar que es una figura aplicable, ya que la Corte no estableció algún parámetro diferenciador para el contrato público, peor aún, una prohibición para su aplicación.

7.4. Contratos civiles celebrados por la Administración.

Este tipo de contratos también llamados contratos privados de la Administración Pública son definidos como, aquellos donde en principio se pensaba que la Administración ejercía su personalidad privada, sin embargo, el Estado tiene una sola

¹⁰⁹ Andry Matilla, *La concesión administrativa* (República Dominicana: Librería Jurídica Internacional, 2018) 76-77.

¹¹⁰ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 380-381.

¹¹¹ *Ibidem*, 380-381.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia No. 254-2001, Registro Oficial No. 416 del 20 de septiembre de 2001.

personalidad, sea al celebrar contratos públicos como privados. En este caso al ser contratos meramente civiles, es decir, donde la Administración no se encuentra dotada de la serie de prerrogativas contractuales especiales a su favor, como lo son las potestades de *ius variandi*, o la terminación unilateral del contrato¹¹³. Se puede concluir que en esta clase de contratos no cabe duda de la aplicación de la *exceptio*, en cuanto para su aplicación debemos remitirnos directamente a las normas civiles, ya que el contrato al no contener esas cláusulas exorbitantes, es un contrato civil neto, el ejercicio contractual sería casi igual a como si dos privados celebraran cualquier tipo de contrato. En ese sentido, la aplicación de la *exceptio* sería indiscutible.

12. Conclusiones

Después de analizar detenidamente los diferentes casos en los que se ha aplicado la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos, se puede concluir que esta excepción es aplicable en la gran mayoría de los casos. La *exceptio* es una herramienta importante que se utiliza para proteger los derechos y las garantías de las partes involucradas en los contratos administrativos.

En sentido, primero se expuso todos los fundamentos que sostienen la existencia de la *exceptio*, como lo son: el principio *pacta sunt servanda*, la buena fe en la ejecución de todos los contratos, sean privados o públicos. También, la formula del equilibrio económico del contrato, y la imputabilidad como requisito fundamental, ya que no sería aplicable la *exceptio* en casos de fuerza mayor o por hecho o culpa del contratista.

Posteriormente, se observó todos los elementos diferenciadores que se presentan a menudo en los contratos públicos. Entre los más principales están: el interés público como finalidad misma del contrato público. También, el servicio público como objeto contractual que debe ser tomando en cuenta. Además, uno de los elementos como el principio de continuidad de los contratos públicos, que es bastante invocado por el sector de la doctrina que no comparte la aplicación de la *exceptio*.

Por último, se presentó un análisis de tipos de contratos en concreto, que por su naturaleza ha sido menester incluirlos, como lo son: el contrato de explotación de hidrocarburífera, el contrato de concesión que presenta al menos dos supuestos, uno

¹¹³ Ricardo Salazar, “La Contratación de la Administración Pública en función a los intereses involucrados en cada contrato”, *Derecho&Sociedad* (2004), 36-42.

cuando los usuarios son los encargados del pago, y otro cuando la Administración es la obligada al pago del precio. Para finalizar, los contratos civiles que son celebrados por la Administración, es decir, sin potestades exorbitantes.

De tal forma, se pueden establecer algunas conclusiones. Entre las más importantes se encuentra que, exigir al contratista que exista una “razonable imposibilidad” de cumplir sus obligaciones, es una medida injusta y arbitraria. Referente a los contratos que tienen por objeto a la prestación de un servicio público, la *exceptio* debe analizarse caso por caso, pero nunca puede negarse su aplicación por el principio de ejecución de todos los contratos administrativos. En consecuencia, el contratista jamás puede ser visto como un financiador obradas estatales, y en principio, se debe sostener que únicamente sus obligaciones son las derivadas del contrato, por lo que, si una obra es suspendida por falta del pago del precio, el responsable es la Administración. Es así como, la pregunta de investigación sobre la aplicabilidad de la excepción en materia de contratación pública ha sido contestada de forma satisfactoria.

Por otro lado, el presente trabajo se encontró con algunas limitaciones. La primera es referente a la poca o nula jurisprudencia existente en el país. Por ello, no fue posible encontrar una línea jurisprudencial fuerte, pero al menos, se pudo compartir criterios relacionados a la contratación pública y los fundamentos de la *exceptio*.

Otra limitación, fue referente a los oficios emitidos por la Procuraduría General del Estado, ya que, únicamente existen registros electrónicos desde 2007, y gran parte de los años subsiguientes existe una pobre recopilación de los oficios. Sin embargo, los pocos oficios recolectados muestran una postura concentra de la Procuraduría General del Estado respecto de la *exceptio*.

Por todo lo expuesto, las recomendaciones que se pueden establecer es que realicen investigaciones y se proponga un estándar más concreto de cuando sería viable y hasta cuando estaría permitido suspender la prestación de un servicio público de suma importancia, ante el pago total del precio por parte de la Administración. De igual forma, es importante que la jurisprudencia ecuatoriana analice casos similares extranjeros o normativa internacional, donde la aplicación de la *exceptio* es bastante aceptada y ha sido ampliamente desarrollada como en Argentina o España.