

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Responsabilidad del Estado
en caso de quebrantamiento de la ecuación
económico-financiera en un contrato
administrativo de prestación de servicios
petroleros, como aquellos renegociados en
noviembre del 2010 en el Ecuador**

Daniela Páez Salgado

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención de título de abogada

Director:

Dr. Juan Pablo Aguilar

Quito, septiembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

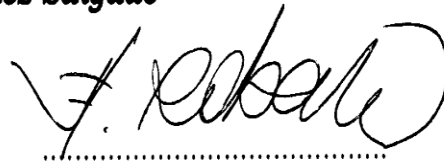
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en Ecuador”

Daniela Páez Salgado

Dr. Javier Robalino
Presidente del Tribunal e Informante



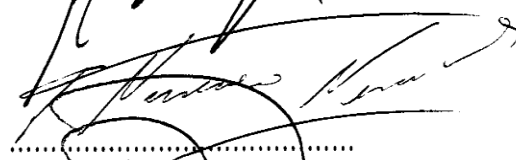
.....

Dr. Juan Pablo Aguilar
Director de Tesis



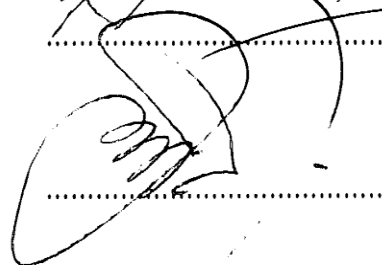
.....

Dr. Marco Morales
Delegado del Decano e Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 23 de Noviembre de 2012

© Daniela Páez S., 2012

*A mi padre, que con cariño y paciencia
me guió exitosamente para alcanzar
mi sueño de ser abogada*

Agradezco al Dr. Juan Pablo Aguilar por
su apoyo en el presente trabajo.

Un agradecimiento especial a mi padre por
compartir conmigo sus enseñanzas y experiencia
dentro del campo hidrocarburífero

Resumen

Esta tesina estudia el alcance de la responsabilidad del Estado por quebrantamiento de la ecuación económico financiera dentro de los nuevos contratos de Prestación de Servicios Petroleros del Ecuador, suscritos con varias compañías privadas en noviembre de 2010, a causa de la obligatoria renegociación estipulada en la Ley Reformatoria de 27 de julio de 2009, a la Ley de Hidrocarburos.

La cláusula contractual referente al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato modificador recoge varias circunstancias ante las cuales el Estado se obliga a introducir un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga económica provocada al contratista por: cambios en el régimen impositivo, reformas en la legislación ambiental y leyes cambiarias, entre otros. El problema jurídico que se trata en este trabajo se refiere a cómo se manifiesta la obligación del Estado, bajo esta cláusula, cuando se suscite una situación que no está establecida de forma expresa, como por ejemplo, la expedición de una ordenanza que regule el uso del suelo en la zona de exploración y explotación petrolera.

La respuesta a este asunto se encontrará, a través, del estudio de los principios que rigen el contrato administrativo, el principio general de responsabilidad del Estado y la teoría del equilibrio económico financiero. Lo que nos llevará a concluir que el Estado es siempre responsable por el mantenimiento de la ecuación económico financiera durante la vigencia del contrato.

Abstract

This thesis studies the scope of State's liability by alteration of the economic balance in the new Service Contracts of Exploration and Exploitation of Petroleum, signed between Ecuador and several private companies in November 2010; established by the reformatory law of 27 July 2009 of hydrocarbons law.

The contractual clause related to the restoration of the economic balance in the new contract establishes several circumstances in which the State is obliged to apply a "correction factor" to absorb the increase or decrease of the economic burden: modifications to tax regime, environmental law or foreign exchange law reforms, among others. The legal issue to determine what the duty of the State is, under this contractual provision, when a situation that is not expressly established in the clause occurs. For instance, in the case of the enactment of a local regulation which changes the use of land in the area of exploration and exploitation of oil.

The response to this issue will be determined through the study of the principles that govern the administrative contract, the general principle of State's liability and the theory of economic balance in contracts.

Índice

Resumen.....	V
Abstract	VI
Introducción	1
1. El Contrato Administrativo	5
1.1. Definición.....	5
1.2. Naturaleza jurídica	7
1.3. Principios Generales aplicables al contrato administrativo.....	9
1.3.1. <i>Pacta Sunt Servanda</i>	11
1.3.2. Conmutatividad	12
1.3.3. Mutabilidad	14
1.3.4. Mantenimiento del equilibrio contractual	17
1.3.5. Derecho a la propiedad privada.....	19
1.3.6. Igualdad ante la ley	21
1.4. Facultades y cláusulas exorbitantes.....	22
2. Responsabilidad del Estado.....	26
2.1. Responsabilidad extracontractual.....	31
2.2. Responsabilidad Contractual.....	34
2.2.1. <i>Ius variandi</i>	36
2.2.2. Hecho del príncipe	38
2.2.3. Teoría de la Imprevisión	41
3. Equilibrio económico financiero	46
3.1. Definición.....	46
3.2. Postura francesa.....	49
3.3. Postura española.....	51
3.4. Postura argentina	55
3.5. Postura ecuatoriana	58
4. Responsabilidad del Estado en el contrato petrolero.....	65
4.1. Análisis histórico.....	67

4.1.1. Contrato de asociación	69
4.1.2. Contrato de prestación de servicios.....	70
4.1.3. Contrato de participación	73
4.2. Análisis de la cláusula en el contrato de prestación de servicios petroleros	80
4.2.1. Principios aplicables.....	87
4.2.2. Renuncia de derechos.....	88
4.2.3. Interpretación del contrato	91
4.3. Aplicación de la cláusula en contratos vigentes	93
5. Conclusiones	97
Bibliografía	102
Plexo normativo	105
Jurisprudencia	107

Introducción

Con la aprobación de la Constitución Política el 28 de septiembre de 2008, el Ecuador adoptó una nueva visión de desarrollo económico basada en un Estado que es el principal motor de la economía. Dentro de esta nueva concepción de desarrollo, al Estado Central se le han asignado competencias exclusivas en materia de planificación nacional, política económica, régimen de telecomunicaciones y, entre ellas, el manejo de recursos energéticos, minerales e hidrocarburíferos. Así, el artículo 313 de la Constitución Política establece el control del Estado de los sectores estratégicos así como su administración, regulación y gestión. De la misma manera, el artículo 316 de la norma suprema estipula que la delegación de la explotación de los sectores estratégicos a empresas privadas, se realizará de manera excepcional. En consecuencia, ciertas formas contractuales para la explotación de los recursos naturales considerados estratégicos, como es el caso de los hidrocarburos, variaron.

Dentro del nuevo marco constitucional, se realizaron varias reformas a la Ley de Hidrocarburos, entre las cuales se introdujo un nuevo modelo de contratación petrolera el 27 de julio de 2010, que sustituyó al contrato de participación en la exploración y explotación de hidrocarburos. La reforma a la antigua modalidad de la prestación de servicios petroleros implementó la figura del contrato de prestación de servicios petroleros por el cual una persona jurídica, nacional o extranjera, realiza con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y explotación hidrocarburífera, invirtiendo capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados por la Secretaría de Hidrocarburos¹.

Después de un extenso proceso de negociación, ocho compañías privadas suscribieron los contratos modificatorios en noviembre de 2010. Dentro de todos estos contratos, se pactó una cláusula relativa al equilibrio contractual. Dicha cláusula recoge la

¹ Artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos.

teoría del equilibrio económico financiero del contrato administrativo. Según este principio, que nació de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés a comienzos del siglo XIX, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratista toma a su cargo como consecuencia del contrato y la remuneración económica que en razón de aquéllos le corresponde², debe mantenerse durante toda la vigencia del contrato. Si este equilibrio es alterado por un acto imputable o no a la Administración Pública, genera en beneficio del contratista, un derecho a resarcimiento³.

Dentro del contrato modificadorio de prestación de servicios petroleros, la cláusula vigésimo octava, denominada “factores de corrección”, recoge varias circunstancias ante las cuales el Estado se obliga a reajustar el equilibrio económico financiero del contrato. Justamente, la cláusula aborda una amplia variedad de situaciones que pueden afectar el equilibrio financiero del contrato: modificación de los porcentajes de los tributos aplicables o de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta, modificaciones en el porcentaje de participación laboral sobre las utilidades líquidas de la compañía, modificaciones en la legislación de hidrocarburos y ambiental, modificaciones al régimen cambiario, modificación del margen de Soberanía. En todos estos casos, el Estado se obliga a incluir un factor de corrección que absorba el incremento o disminución en la carga económica para el contratista.

Sin embargo, no se presenta de forma clara el supuesto en el que el equilibrio contractual del contrato se vea afectado por un acto que no esté enunciado en la cláusula de forma expresa. Aparentemente, la cláusula *in comento* estaría limitando la obligación del Estado a restablecer el equilibrio económico financiero del contrato cuando se suscite un hecho que no esté enunciado por la cláusula. Lo que a su vez, se traduciría en una renuncia por parte del contratista al derecho que tiene de solicitar el restablecimiento del equilibrio contractual cuando exista un quebrantamiento por causas imputables o no a la

² Celso BANDEIRA DE MELLO. “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”, *Derecho administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 903.

³ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo: Contratos Administrativos*. Tomo III. 4ta. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 482.

Administración contratante. Ya sea a través de una medida general y abstracta emanada de cualquier órgano perteneciente al Estado, como una ordenanza que cambie la regulación del uso del suelo en el área de exploración y que torne más oneroso el cumplimiento de las obligaciones del contratista. O, cuando, por una excepcional fluctuación de costos, el contratista se vea obligado a incurrir en gastos extraordinarios que no formaron parte de su planeación previa en el proyecto.

Consecuentemente, las interrogantes que pretendemos responder al terminar este trabajo son: ¿Qué sucede en el supuesto en el que el equilibrio contractual del contrato se vea afectado por un acto o hecho que no esté enunciado en la cláusula de forma expresa? ¿Sigue siendo el Estado responsable por esta alteración o, se entiende que las situaciones enumeradas en la norma son taxativas? En definitiva, ¿debe el Estado introducir un factor de compensación cuando una circunstancia, que no está contemplada en la enumeración de la cláusula, afecta la ecuación económico-financiera del contrato?

En nuestra consideración la respuesta a la última pregunta es afirmativa pues es una obligación esencial de la Administración Pública mantener el equilibrio económico financiero del contrato durante toda su vigencia pues este principio tiene su fundamento en derechos y garantías constitucionales del contratista como su derecho a la propiedad privada y la igualdad ante la ley.

Para aceptar o rechazar la hipótesis antes mencionada, hemos dividido nuestra exposición en cuatro capítulos enfocados a analizar las diferentes aristas del problema planteado. En el primer capítulo se estudiará la figura del contrato administrativo para entender la naturaleza jurídica y los principios que regulan los contratos petroleros, pues en su esencia son contratos administrativos. En el segundo capítulo se tratará el estudio del principio de responsabilidad de la Administración Pública en general, y específicamente se analizarán las formas que puede adoptar la responsabilidad contractual del Estado por quebrantamiento del equilibrio económico contractual: *ius variandi*, hecho del príncipe y teoría de la imprevisión.

El capítulo tercero tratará las diferentes posturas que existen en Derecho comparado sobre la teoría del equilibrio económico financiero y, posteriormente, se analizará la incorporación de esta teoría dentro del sistema jurídico ecuatoriano. Finalmente, el capítulo cuarto engloba, primero, un estudio histórico sobre la responsabilidad del Estado en los modelos de contratación petrolera que han sido adoptados en Ecuador: contrato de asociación, contrato de prestación de servicios petroleros y contrato de participación. Segundo, se analizará la cláusula de equilibrio financiero en el contrato de prestación de servicios petroleros vigente. Tercero, se tratará sobre las discusiones gobierno-contratista, que está generando la aplicación de la referida cláusula. Principalmente, por las modificaciones legales en el ámbito tributario que ya se han dado a partir de la suscripción del nuevo contrato de prestación de servicios petroleros.

El quinto capítulo está dirigido a establecer las conclusiones de la investigación.

El interés que ha suscitado este tema en nosotros deriva de la importancia académica de analizar las implicaciones jurídicas de los contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en Ecuador, por los efectos que estos tienen en la economía del país. Más aún si consideramos que el Estado ecuatoriano ha sido condenado internacionalmente, en varias ocasiones, por violar sus obligaciones contractuales derivadas de la contratación petrolera con compañías privadas.

1. El Contrato Administrativo

Siendo la contratación petrolera un área específica del Derecho Administrativo, es necesario analizar la institución del contrato administrativo como instrumento jurídico que posee el Estado para delegar actividades económicas reservadas a su gestión y control, a los particulares. En este capítulo se abordará la noción del contrato administrativo bajo el sistema jurídico ecuatoriano para lo cual se revisará su naturaleza jurídica, los principios generales que lo rigen y las cláusulas exorbitantes que posee la Administración Pública dentro del contrato administrativo.

1.1. Definición

El contrato administrativo es la manifestación bilateral de voluntad productora de efectos jurídicos, en la que al menos una de las partes, se encuentra revestida de una potestad administrativa⁴. Una parte del contrato administrativo es el Estado o su personificación interna, la Administración Pública. En efecto, la participación del Estado en su forma de Administración en ejercicio de una potestad administrativa es lo que le da al contrato, la calidad de administrativo y lo diferencia de otros contratos que puede celebrar el Estado, en los que no ejerce potestades administrativas como contratos comerciales o de trabajo⁵. Esta calidad también determina el Derecho que será aplicable al contrato, es decir el Derecho Administrativo.

El contrato administrativo, como todo negocio jurídico, se construye sobre la base del consentimiento entre un particular y el Estado o sus interlocutores negociales. No se trata

⁴ Así ha definido al contrato administrativo la legislación ecuatoriana en el art. 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

⁵ La distinción entre los contratos de la Administración o de derecho privado y contratos administrativos o de derecho público no existe en la legislación ecuatoriana, pues todos los contratos que celebra el Estado ecuatoriano y sus instituciones se denominan apropiadamente “contratos del Estado”. Esto, desde que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su art. 60. estableció que todos los contratos contemplados en esa ley, se rigen por sus disposiciones. Así, típicas figuras contractuales comerciales como la compraventa y arrendamiento de inmuebles o la provisión de suministros, se encuentran regulados en esta ley, retirándoles la calificación de “contratos de la Administración”.

de una manifestación o imposición unilateral de la voluntad de la Administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de esta institución, negando la existencia del fenómeno contractual del Estado⁶.

Para el profesor Agustín Gordillo los contratos administrativos son “acuerdos entre la Administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes”⁷. El contrato es un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones, celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de su facultad de *imperium*, con otro órgano administrativo o con un particular, para satisfacer finalidades públicas.

Existen dos elementos determinantes en un contrato administrativo: uno subjetivo, la participación de la Administración como organización pública y, uno objetivo, el giro o tráfico propio de este tipo de contrato: obras y servicios públicos⁸. El objeto del contrato administrativo está compuesto por las obligaciones pactadas, que responden a una prestación de utilidad pública, y es la Administración la que, en general, fija unilateralmente el objeto, el modo y las condiciones de la prestación. Además, por razón de su objeto, los contratos administrativos pueden ser de varios tipos: concesión de servicios públicos, construcción de obras públicas, concesión para la explotación de recursos naturales, concesión de uso de bienes de dominio público, contratos de prestación de servicios, entre otros⁹.

⁶ Esta tesis fue planteada dentro de la doctrina alemana por el profesor Otto Mayer, que sostenía la imposibilidad de la existencia de contratos entre el Estado y particulares en razón de que se trataba de partes de naturaleza y categoría diferentes. “El contrato presupone, sujetos jurídicos de la misma categoría, lo cual resulta imposible de darse en la medida en que el Estado, en cuanto sujeto de derecho público, implica siempre la subordinación y fuerza vinculante unilateral. En realidad, estamos ante un problema de actos administrativos”. Vid. Otto MAYER. “Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Vertarege”. AOR, Bd3 (1888).

⁷ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. X-10.

⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1982, p. 681.

⁹ En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha enmarcado el objeto del contrato administrativo a 4 tipos: ejecución de obras, prestación de servicios, adquisición de bienes o contratos de suministros y contratos de colaboración que otorgan por la delegación o concesión de obras, servicios, frecuencias, vid. Corte

En conclusión, los contratos administrativos son aquellos negocios jurídicos celebrados por la Administración Pública con un particular para alcanzar un fin público. Estos contratos comprenden una variedad de actividades, entre las que nos interesan para este trabajo, la delegación o concesión de actividades reservadas al Estado: la exploración y explotación de recursos naturales no renovables como los hidrocarburos.

1.2. Naturaleza jurídica

El contrato administrativo es el mecanismo fundamental para la realización efectiva de las funciones a cargo del Estado, lo que le confiere una naturaleza compleja. Primero, porque es un instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general. Segundo, por ser un contrato es fuente de obligaciones, lo que implica la interrelación de normas, reglas y principios derivados del Derecho privado, con los principios, reglas y normas inspiradas en el mantenimiento y preservación del interés público y general¹⁰.

Con respecto al primer punto, la noción del servicio público es relevante, por ejemplo, en Francia lo que distingue un contrato administrativo es el cumplimiento de una finalidad de servicio público. Así Laubadère, Moderne y Devolvé afirman: “El contrato administrativo constituye uno de los medios por los que la Administración asegura el funcionamiento de los servicios públicos”¹¹. Lo que significa que el contrato administrativo convierte al contratante en un colaborador de la Administración, un colaborador del servicio público.

En este mismo sentido, el contrato administrativo es peculiar por ser un medio para el desarrollo de una actividad pública y, por ejemplo, en el caso de la explotación de recursos

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

¹⁰ Alonso PAREJO. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 964-965.

¹¹ André DE LAUBADÈRE. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Temis, 1984, p. 706.

no renovables, que es una actividad reservada al Estado, es este quien decide delegarla a un particular. Por ello, la naturaleza de una actividad como esta, lleva implícita la presencia de valores superiores como el bien común, el progreso social, el desarrollo y la solidaridad del servicio público. Todos estos principios han sido reconocidos en la Constitución Política de Ecuador¹², pues son los valores que constituyen el sustento para que el Estado pueda tener una posición predominante sobre el contratista cuando ocurre la delegación a particulares¹³.

Con respecto al segundo punto, el contrato administrativo en principio no difiere de los contratos de Derecho común pues son aplicables las reglas y principios generales de la teoría general de los contratos; sin embargo, se trata de un negocio jurídico al que “la legislación le ha querido dotar de determinadas características en atención a los fines de utilidad pública y colectiva que persigue”¹⁴. Por ello, su naturaleza jurídica es más

¹² Los artículos que recogen estos principios en la Constitución Política de Ecuador son:

Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:

11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico.

Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

¹³ Javier ROBALINO. “Los contratos administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una breve aproximación”. *Contratos administrativos: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 353.

¹⁴ Juan Pablo AGUILAR. La naturaleza de los contratos administrativos. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2002, p. 3.

compleja que la de los contratos civiles o comerciales, adquiriendo características particulares y principios especiales que lo gobiernan como institución.

1.3. Principios Generales aplicables al contrato administrativo

Los elementos y caracteres propios del contrato administrativo hacen que en su ejecución existan cuestiones especiales, consecuencia de esa naturaleza especial. Sin embargo, las partes de la relación contractual no están exentas de la aplicación de conceptos generales propios del régimen de los contratos de derecho civil y comercial. Principios como la buena fe contractual, la equidad, *pacta sunt servanda*; unidos a los principios típicos de los contratos administrativos como el de colaboración, flexibilidad y mutabilidad del contrato, constituyen el conjunto de herramientas jurídicas que componen el estudio del contrato administrativo.

El principio del interés general constituye la columna vertebral de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado pues configura el requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento precontractual, un contrato o cualquier operación relacionada con su ejecución, que no tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales¹⁵. Por ello, cuando se trata de articular los principios propios de Derecho administrativo con los que surgen de la aplicación del Derecho privado a los contratos del Estado, la amplitud y fuerza que estos principios tienen en la esfera del Derecho privado se ve aminorada en la medida en que

¹⁵ Jaime Orlando SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista de Derecho Administrativo*. Ed. Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, p. 23.

estos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad¹⁶.

Adicionalmente, en Ecuador, a diferencia de países con una sólida tradición administrativa, no se ha desarrollado una teoría de la contratación administrativa. La contratación pública ecuatoriana se ha ceñido estrictamente a la normativa vigente y no contempla la forma de aplicación de los principios generales de los contratos a la contratación administrativa. En este sentido, el profesor Efraín Pérez plantea que en la actualidad funcionan dos sistemas de clasificación de contratos del Estado: 1. La contratación pública tradicional, reglada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratos de adquisición de bienes, obras y servicios; y 2. La contratación administrativa propiamente dicha, normada principalmente, en la Ley de Modernización del Estado y su reglamento, para los contratos de concesión, de prestación de servicios o de obra pública¹⁷.

En conclusión, en el ámbito contractual de la Administración Pública, la idea de lo público nace tanto de su vinculación con el Estado como sujeto contratante como del interés general que persiguen los órganos estatales al ejercer la función administrativa¹⁸, lo que determina que los principios que son transversales a todo tipo de contratación, se vean restringidos en su aplicación. Estos principios en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentran reglados en el Código Civil.

¹⁶ *Id.*, p. 26.

¹⁷ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 870.

¹⁸ Juan Carlos CASSAGNE. “Características principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”. 06 noviembre, 2008, p. 1. www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/CASSAGNE%20%20Caracteristicas%20principales%20del%20RCAN.pdf (acceso: 04/01/2012).

1.3.1. *Pacta Sunt Servanda*

Uno de los fundamentos esenciales de todo sistema jurídico es el de que los contratos se celebran, para cumplirse. Principio que proviene de la evolución del derecho romano por el cual “todos los pactos deben cumplirse”. Reconociendo la eficacia creadora de derechos y obligaciones de todo contrato válidamente celebrado en el Ecuador, el art. 1561 del Código Civil establece que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”.

La norma legal recoge el conocido aforismo latino *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos deben ser cumplidos de acuerdo a lo pactado. Asimismo, su aplicación en la contratación administrativa ha sido reconocida por la jurisprudencia ecuatoriana. En una acción de amparo planteada por un contratista para proteger su derecho derivado de un contrato celebrado con el Estado, el Tribunal Constitucional decidió que: “[E]n el derecho positivo y en la doctrina, ha sido recurrente la norma que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y por tanto [las partes] se obligan inexorablemente a su cumplimiento”¹⁹.

De la misma manera, la jurisprudencia arbitral internacional ha reconocido la aplicación universal de este principio para resolver una disputa entre una compañía petrolera y el Estado ecuatoriano. En el caso *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Petroecuador*, se discutían cantidades adeudadas por servicios según los términos de un contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos. El tribunal sostuvo que: “Si el cumplimiento estricto de la acordado por los contratantes es una base fundamental de todo sistema jurídico, más lo es tratándose de Estados soberanos y de sus instituciones”²⁰.

¹⁹ En el caso el reclamo consistió en la inexecución de las obligaciones contractuales establecidas a cargo de un órgano estatal, en un contrato celebrado con el amparista. Tribunal Constitucional. Resolución N° 124-RA-99-I.S. N° 124. Caso Víctor Galindo v. Prefecto Provincial de Manabí. Causa No. 207-98-RA. Sentencia de 20 de octubre de 1999. Sentencia no publicada.

²⁰ Tribunal arbitral constituido bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/01/10. 20 febrero 2004, par. 166.

Por otro lado, en el contrato administrativo el principio *pacta sunt servanda* no se aplica de manera rígida en virtud de que las situaciones individuales que crea el contrato administrativo son menos estables que las que se originan en los contratos de Derecho privado, pues por razones de interés público en los primeros se puede alterar su régimen jurídico²¹. Por eso, la Administración no viola ninguna regla de Derecho si en ejercicio de sus atribuciones propias modifica las condiciones pactadas, con el fin de satisfacer las necesidades públicas.

1.3.2. Conmutatividad

El contrato administrativo es un contrato de carácter oneroso por contar con dos partes que se obligan recíprocamente. Los contratos onerosos pueden ser de dos tipos, conmutativos y aleatorios. El contrato administrativo es conmutativo pues las obligaciones de las partes se miran como equivalentes desde el momento mismo de la celebración del negocio²². El art. 1457 del Código Civil establece que “el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

La jurisprudencia ecuatoriana ha reconocido de forma expresa esta característica en los contratos administrativos:

[L]os contratos administrativos [...] son en esencia onerosos conmutativos ya que en ellos los contratistas prevén un beneficio de parte de la Administración Pública que se mira como equivalente a las cargas y obligaciones que asume. [...] Las ventajas acordadas al concesionario y las cargas que le son impuestas deben

²¹ Interés público entendido como un interés común, que, aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una fracción importante de sus miembros, vid. Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I: Parte General*. 15ta. ed. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 376.

²² Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005, p. 55.

balancearse de manera tal que formen la contrapartida de los beneficios probables y las pérdidas previstas²³

La conmutatividad se opone a la aleatoriedad, que no permite estimar los resultados económicos de un contrato pues la utilidad de este depende del azar²⁴, como en un contrato de lotería. Entonces, si la aleatoriedad está sujeta a la suerte, al devenir incierto y abierto de contingencias y, la naturaleza conmutativa de un contrato implica sujeción y planeación previa vinculante del negocio, fijación objetiva de riesgos y costos; es claro que un contrato que tiene como presupuesto básico garantizar el interés público no puede estar sujeto al azar y riesgo imprevisible. Acertadamente, Jaime Santofimio manifiesta:

Lo que se quiere no son destinos inciertos y oscuros para el contrato del Estado, o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino, por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control²⁵

En efecto, en la contratación administrativa, el principio de conmutatividad surge de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y tiende a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo “el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios a prestar con la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes”²⁶. Por ello, Gabriel Escobar Sanín afirma que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción en el costo económico de las obligaciones²⁷.

Además, otro carácter especial de la conmutatividad en los contratos administrativos se refiere a que de ningún modo puede aceptarse una transferencia total de riesgos al

²³ Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Jaime Orlando SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo... *Óp. cit.*, p. 18.

²⁶ Gaspar ORTÍZ ARIÑO. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 241

²⁷ Orlando SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo... *Óp. cit.*, p. 17.

contratista. “La ecuación económico-financiera, juega a favor y en contra de ambas partes de la relación y no sólo con relación a una de ellas”²⁸. Sobre esta base se edifica no sólo la teoría del equilibrio económico al momento de contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva y sus consecuencias²⁹.

En conclusión, la conmutatividad en el contrato administrativo determina la existencia de obligaciones recíprocas para cada parte. Si el contratista se obliga a construir una obra, la Administración se obligará a pagar un precio determinado por esa prestación. El efecto más importante de la conmutatividad es la equivalencia que debe existir entre las dos prestaciones, en el sentido de que ninguna parte se enriquezca a costa de la otra por tener que cumplir una obligación que no tiene su equivalente en la contraprestación que recibirá.

1.3.3. Mutabilidad

Por el principio de mutabilidad, la Administración Pública tiene la potestad para variar lo establecido en el contrato, alterando las prestaciones y condiciones de su cumplimiento³⁰. El contratista tiene un interés puramente económico en el contrato; mientras que, la Administración ostenta la representación del interés público que el contrato compromete. Consecuentemente, el contratista debe subordinarse a ese interés público³¹.

El contrato administrativo “flexibiliza” su contenido permitiendo que uno de los sujetos intervinientes introduzca modificaciones dentro de un cierto marco y con determinadas limitaciones. El contrato es mutable en beneficio de una sola de las partes: la Administración; pues esta puede modificar las obligaciones de su contraparte sin el

²⁸ Fanelli Evans citado por Patricia Raquel MARTÍNEZ en “Prerrogativa de Modificación Unilateral del Contrato Administrativo”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002, p. 479.

²⁹ Orlando SANTOFIMIO. “El carácter conmutativo... *Óp. cit.*, p. 17.

³⁰ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 38.

³¹ *Ibíd.*, p. 479.

consentimiento del contratista. Por ello, la flexibilidad es una característica del contrato administrativo pues este se adapta a las nuevas necesidades públicas, pero, siempre respetando los derechos del particular³².

La mutabilidad del contrato puede afectar su duración, el volumen de las prestaciones, las obligaciones del contratista o el modo de ejecución de estas. Por ejemplo, en la contratación pública ecuatoriana, el art. 16 del Reglamento de Concesiones del Sector Vial establece que: “[e]l concedente puede modificar, por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados”³³.

Asimismo, la flexibilidad del contrato administrativo se contrapone a la rigidez de los contratos privados en los que sólo se puede alterar lo pactado bajo el mutuo acuerdo de las partes. Por otro lado, el Estado no necesita invocar la teoría de la imprevisión, caso fortuito o fuerza mayor para modificar el contrato³⁴. Sin embargo, la finalidad alegada por la Administración para hacer uso de la facultad para modificar el contrato o *ius variandi* debe ser objetiva, fundada, cierta y real. Sólo el interés público justifica válidamente el ejercicio de esta potestad³⁵. Juan Carlos Cassagne establece que las modificaciones deben

³² En este sentido, Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. XI-39, y Daniel GÓMEZ SANCHIS. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexiNexis, 2002, p. 425.

³³ Art. 16.- Modificaciones por razones de interés público.- El concedente puede modificar, por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En tal caso, deberán modificarse en consonancia las condiciones económicas del contrato, de manera que se garantice el equilibrio económico de las partes y se compense a la parte que resultare afectada, si hubiera lugar a ello. En todo caso, esta medida será de carácter excepcional y únicamente si se verifican las condiciones que configuran el interés público, esto es, por razones relacionadas con la mejoría del servicio público y con el beneficio de los usuarios.

³⁴ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 118-119.

³⁵ En este sentido, Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Óp. cit., p. 39 y Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. Óp. cit., p. 120. Incluso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el caso “Marocco y Cía. SACIFICA c. Dirección Nacional de Vialidad” de 09 de enero de 1995 la Corte exigió a la Administración Pública que modificó unilateralmente un contrato, demuestre cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la Administración.

ser “objetivamente necesarias”, en el sentido de que ellas serían efectuadas cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales³⁶.

Para Eduardo García de Enterría, los límites en el ejercicio del *ius variandi* se presentan como una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer en forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. “Cuando se habla de los límites al *ius variandi* se está aludiendo, únicamente a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista”³⁷. Según su razonamiento, no tendría sentido obligar a la comunidad en general a soportar una carretera o un puerto, inútiles o ineficaces, por un simple respecto a la *lex contractus*.

En definitiva, los límites a la mutabilidad son tres, el primero está en el principio de legalidad porque el ordenamiento jurídico debe otorgarle la facultad a la Administración para introducir modificaciones a los contratos celebrados con particulares³⁸. El segundo límite es la garantía de intangibilidad del contrato, que se refiere al mantenimiento a lo largo de la vida del contrato de la situación de equilibrio y correspondencia entre las obligaciones asumidas por las partes. La intangibilidad del contrato se refiere específicamente a que no se produzcan alteraciones en las prestaciones de magnitud tal, que lleguen a desnaturalizar el objeto del contrato³⁹. El equilibrio que debe existir entre el ejercicio del *ius variandi* y el derecho a la estabilidad del contrato se vincula con la seguridad jurídica, el principio de buena fe, el interés público y los derechos patrimoniales del contratista protegidos por el derecho de propiedad⁴⁰.

³⁶ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. Óp. cit., p. 119.

³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 621

³⁸ Patricia Raquel MARTÍNEZ. “Prerrogativa de Modificación Unilateral...” Óp. cit., p. 486.

³⁹ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Óp. cit., p. 246 y Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. Óp. cit., p. 120.

⁴⁰ Juan Carlos CASSAGNE. “Características principales del Régimen...” Óp. cit., p. 14

El tercer límite viene impuesto por el ordenamiento jurídico, cuando la Constitución o la ley establecen límites a la potestad de modificación unilateral de la Administración. De hecho, en el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo hace estableciendo porcentajes máximos de modificación con respecto al valor inicial del contrato⁴¹. Sin embargo, para los contratos sometidos a la Ley de Hidrocarburos, no existe limitación alguna. Por ello, debemos recurrir a los límites establecidos por la doctrina: mantenimiento del equilibrio financiero del contrato y la obligación de respetar las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la modificación pretendida.

1.3.4. Mantenimiento del equilibrio contractual

El principio de mutabilidad del contrato debe respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto, por ello la modificación de la relación contractual debe mantener el equilibrio económico financiero originario a favor del contratista. La Administración Pública debe indemnizarlo cuando las alteraciones produzcan la ruptura de ese equilibrio o a su vez, efectuar los reajustes necesarios para evitar la obtención de un beneficio indebido o un empobrecimiento ilícito en provecho del contratante.

La ecuación jurídica y económica del contrato se encuentra formada por la equivalencia entre obligaciones y cargas entre los dos contratantes. Del lado del contratista se encuentran las inversiones efectuadas y los derechos que surgieran en su favor de la contratación, como el derecho a recibir el pago por sus servicios. Como en todo contrato, el contratista debe soportar, a su propio costo y riesgo, el alea normal de toda negociación, pero no, el alea anormal, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas. Es decir

⁴¹ Por ejemplo en los contratos por precio fijo se prohíbe la celebración de contratos complementarios o inclusión de fórmulas de reajustes de precios (Art. 53 inciso segundo); para la celebración de contratos complementarios que busquen ampliar o modificar una obra o servicios, se requiere que se mantengan los precios de los rubros del contrato original (art. 85); en caso de diferencias entre las cantidades reales y estimadas, la entidad contratante puede pagar hasta el 25% del valor reajustado sin modificar el objeto contractual (art. 88).

que, la situación final del contratista debe permitirle obtener las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias⁴².

Cuando el contratista estima su precio, lo hace teniendo en cuenta la situación económica-financiera existente en el momento de celebrar el contrato. Si la situación se ve alterada por causas imputables a la Administración o por causas ajenas a ella y no imputables al contratista, se modifica en el equilibrio económico-financiero originario, el contratista tendrá derecho a que dicho equilibrio sea restablecido. El fundamento jurídico de este derecho está en el principio de justicia distributiva, que supone una igualdad o equilibrio entre derechos y obligaciones del particular. Equilibrio que no puede ser sacrificado en aras del interés público, sin que aquél haya sido previamente resarcido⁴³.

Como la ecuación establecida entre las partes es una relación de equivalencia entre prestaciones recíprocas, queda entendido que al costo de una prestación “x”, corresponden los pagos “y” que él resguarda. Esta relación de igualdad concebida por las partes debe ser mantenida⁴⁴, no sólo porque es lo que determinó el sinalagma inicial sino por los beneficios que tomó en cuenta el contratista al iniciar la contratación.

En efecto, el contratante al celebrar un contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sólo sobre el índole de la prestación que realizará, sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, materiales, combustibles, jornales, etc. El contratante es un particular que busca en el contrato administrativo su interés financiero, que se concreta en la “remuneración” que le reconoce el contrato⁴⁵.

En conclusión, el equilibrio financiero es una relación establecida por las partes contratantes al momento de celebrar el contrato entre un conjunto de derechos y

⁴² Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo: Contratos Administrativos...* Óp. cit., p. 482.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Patricia Raquel MARTÍNEZ. “Prerrogativa de Modificación Unilateral...” Óp. cit., p. 494.

⁴⁵ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 469.

obligaciones, considerados equivalentes. La regla general es que esta ecuación no puede ser alterada⁴⁶ y consecuentemente, si es alterada por la potestad de la Administración Pública de modificar el contrato administrativo, genera en beneficio del contratista, un derecho a resarcimiento.

1.3.5. Derecho a la propiedad privada

El derecho de propiedad está consagrado en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución Política cuando reconoce y garantiza a las personas “el derecho a la propiedad en todas sus formas”. Además, el artículo 323 de la norma, reconoce que las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Sin embargo, en atención al derecho de propiedad, prohíbe de forma expresa toda forma de confiscación.

La doctrina argentina ha adoptado un criterio especial con respecto al derecho de propiedad privada: todo bien de carácter patrimonial integra el concepto de propiedad. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, ha establecido que el término propiedad comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”⁴⁷. Entonces, todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de Derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, integra el concepto constitucional de propiedad⁴⁸.

⁴⁶ *Id.*, p. 480.

⁴⁷ Patricia Raquel MARTÍNEZ. “Prerrogativa de Modificación... *Óp. cit.*, p. 495.

⁴⁸ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 467

Aplicando esta amplia acepción del derecho de propiedad a los derechos derivados del contrato administrativo, Roberto Dromi entiende que “el primer derecho que titulariza el contratista del Estado en el marco de un contrato es el propio contrato, que se integra con el conjunto de derechos y garantías a su favor”⁴⁹. Todos los derechos que nacen del contrato administrativo forman parte del derecho de propiedad del contratista.

En el sistema jurídico ecuatoriano, encuadran perfectamente dentro del derecho de propiedad, los derechos que emanan de los contratos. El art. 594 del Código Civil ecuatoriano dispone lo siguiente: “[l]as cosas incorporales son derechos reales o personales”; y el art. 600 de la misma norma dispone que: “[s]obre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”. Se deduce claramente que los derechos que surgen de un contrato –bienes incorporales– se encuentran amparados por la previsión constitucional que reconoce y garantiza el derecho de propiedad en cualquiera de sus formas.

En efecto, el ex-Tribunal Constitucional confirmó un recurso de amparo obtenido por un particular que, habiendo contratado con una empresa de distribución de combustible, había visto frustrado su contrato por actos arbitrarios del ente regulador, lo cual “[...] quebrantaba su derecho de propiedad”.⁵⁰

En conclusión, el derecho de propiedad reconocido a favor del contratista se manifiesta de dos formas: primero, en los bienes materiales e inmateriales que constan dentro de su patrimonio particular; pero además, en los derechos adquiridos por el particular que han tenido como fuente al contrato administrativo.

⁴⁹ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Óp. cit., p. 168.

⁵⁰ Tribunal Constitucional. Resolución N° 626-2001-RA. Registro Oficial 513 de 13 de febrero de 2002. FDC-143.

1.3.6. Igualdad ante la ley

El principio de igualdad ante la ley está reconocido en el artículo 66 numeral cuarto de la Constitución Política que reconoce el derecho a la igualdad material y no discriminación. Subordinado al principio de igualdad ante la ley, se encuentra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que si bien no está consagrado de forma expresa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sí se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 13 dispone “unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos”.

Rafael Entrena Cuesta explica que cuando la Administración produce a los particulares una lesión que estos no tienen el deber de soportar, el principio de igualdad ante las cargas públicas exige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización⁵¹. Este principio fue reconocido por la Corte Nacional de Justicia en el caso Florencio Antonio Andrade Medina c. Empresa Eléctrica Manabí S.A. y otros, en el que la Corte sostuvo que:

[...] la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado⁵²

En la contratación administrativa resultaría violado el principio de igualdad si se obliga a un contratante particular a asumir mayores cargas y menores beneficios que los que se tuvieron en cuenta al comparar su oferta con la del resto de oferentes. René Marcq considera que las cargas públicas deben ser repartidas entre todos los ciudadanos en razón de sus facultades y, ese peso no puede recaer más gravemente sobre un ciudadano que

⁵¹ Rafael ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos: 1995, p. 667.

⁵² Corte Suprema de Justicia. Resolución N°168-2007 de 11 de abril de 2007. Caso Florencio Antonio Andrade Medina c. Empresa Eléctrica Manabí S.A. y otros. Causa No. 62-2005. Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4, p. 1618.

sobre otro. “El principio de igualdad de cargas exige la reparación por el Estado del daño causado. Decidir otra cosa y hacer soportar el perjuicio al ciudadano, será reclamarle una prestación extraordinaria, sin proporción con sus facultades ni con la contribución impuesta a los demás ciudadanos”⁵³.

En conclusión, el principio de igualdad ante las cargas públicas, protege que unos particulares no se sacrifiquen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que esta restablezca la igualdad alterada⁵⁴. Si todos los particulares estamos supeditados al interés general, las cargas que soportamos no deben afectar de forma desigual a unos cuantos. En el caso de la contratación administrativa, cuando un contratista se ve afectado por una medida de índole general emitida por el Estado, debe soportarla al igual que el resto de la comunidad, pero si sus derechos derivados del contrato se ven afectados por esta medida, deben ser restablecidos por la Administración para restablecer el equilibrio inicial.

1.4. Facultades y cláusulas exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes en un contrato administrativo recogen las facultades exorbitantes implícitas que “corresponden a la Administración Pública en su carácter de órgano esencial del Estado”⁵⁵. Son aquellas cláusulas en las que el Estado ejerce una posición de superioridad frente al contratista y, lo supedita, en aras de valores superiores como los fines y mandatos del Estado, a situaciones que pueden ser no equitativas y que se

⁵³ Citado por Álvaro CASTRO. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado*. México: Porrúa, 1997, p. 289. Y en el mismo sentido, Julio ALTAMIRA. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos, 1973, p. 80.

⁵⁴ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 131.

⁵⁵ Marienhoff citado por Daniel GÓMEZ SANCHIS. “Contratos Administrativos... *Óp. cit.*, p. 441.

encuentran previstas en las normas de orden público que rigen a los contratos administrativos⁵⁶.

Se discute en la doctrina si las cláusulas exorbitantes son implícitas, en el sentido de que se encuentran comprendidas en el régimen contractual aplicable a la contratación administrativa a manera de principios generales del Derecho público⁵⁷; o si además de su regulación en la ley, deben constar de forma expresa en el contrato⁵⁸. Lo que existe es una asimilación entre la prerrogativa que tiene la Administración Pública como contratante y las potestades que le concede la ley. Así, cualquier facultad exorbitante debe surgir de forma expresa del ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad.

Sin intención alguna de efectuar un análisis exhaustivo de las cláusulas exorbitantes me permito señalar algunas en las que la doctrina es uniforme⁵⁹:

- a) Poder de dirección, inspección y control: Este poder se traduce en órdenes, instrucciones y aún sanciones por parte de la Administración que es la responsable de que el contrato cumpla su cometido. Además, la Administración Pública no busca sólo el control efectivo de las obligaciones estipuladas a cargo del contratista sino también detectar en forma preventiva los obstáculos para ejecutar la prestación y para corregir los errores cometidos en orden a que la prestación cumpla su finalidad⁶⁰. Un ejemplo del poder de inspección y control se encuentra en el art. 56 de la Ley de Hidrocarburos que prevé que los contratistas deberán brindar las

⁵⁶ Javier ROBALINO. “Los contratos administrativos... *Óp. cit.*, p. 365.

⁵⁷ Héctor Mairal citado por Juan Carlos CASSAGNE en “Características principales del Régimen... *Óp. cit.*, p. 1.

⁵⁸ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 765.

⁵⁹ Los siguientes autores exponen una visión uniforme sobre las cláusulas exorbitantes que se pueden encontrar en un contrato administrativo: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 683. Roberto DROMI. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 334. Marienhoff citado por Daniel GÓMEZ SANCHIS. “Contratos Administrativos... *Óp. cit.*, p. 441. Edgar GÓNZALEZ LÓPEZ “Naturaleza Jurídica de los Actos de la Administración en un Contrato Estatal”. *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003, p. 892. Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 765. Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo... Óp. cit.*, p. 121.

⁶⁰ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo... Óp. cit.*, p. 121.

facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero⁶¹.

Esta facultad es una prerrogativa concordante con el deber de orientar y vigilar que el contrato se dirija a la satisfacción de las necesidades públicas. Esta facultad exorbitante está reconocida en el art. 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que indica la existencia de autoridades encargadas de la supervisión y fiscalización de los contratos celebrados con entidades estatales⁶².

- b) Poder de interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato: se trata de facultades que son consecuencia de la potestad de dirección porque materializan las actuaciones más importantes de la Administración. Dentro de las modificaciones está el caso de *ius variandi*, con respecto a la terminación unilateral del contrato, esta es una forma de resolver el contrato de acuerdo al art. 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶³.
- c) Facultad sancionatoria: se refiere a la imposición de sanciones al contratista que deben estar fundadas legal o contractualmente⁶⁴. Las multas que puede imponer la Administración son un ejemplo del poder sancionatorio, en este sentido el art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece de forma obligatoria la inclusión de multas en contra del contratista en el contrato en caso de incumplimiento⁶⁵. Otra forma de sanción es la caducidad en los contratos de

⁶¹ Art. 56.- Los contratistas o asociados deberán dar las facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, el que podrán proceder a la revisión retroactiva de los datos y registros, según los requerimientos del caso.

⁶² Art. 70.- Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

⁶³ Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan:

4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;

⁶⁴ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. XI-46.

⁶⁵ Art. 71.- Cláusulas obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder el término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

hidrocarburos y mineros, esta es la terminación del contrato por incumplimiento del contratista que afecte de manera grave y directa su ejecución⁶⁶.

- d) Concesión al contratante de poderes respecto a terceros: la contratante puede otorgarle facultades propias de la Administración Pública a los contratistas para ejecutar de mejor manera el contrato. Por ejemplo, la concesión de una facultad expropiatoria en el caso de la explotación de hidrocarburos. El art. 91 de la Ley de Hidrocarburos establece que podrá el Ministerio del Ramo expropiar predios que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera a favor de la Secretaría de Hidrocarburos, para que esta ceda su uso a la contratista.

En resumen, las cláusulas exorbitantes presentes en todo contrato administrativo son uno de los aspectos que marcan su diferencia con los contratos del régimen civil o comercial. La Administración Pública dotada de su poder de *imperium* tiene una posición superior frente contratista, posición que se materializa en las facultades exorbitantes que le concede la ley y el contrato para vigilar la correcta ejecución del contrato de acuerdo a las finalidades públicas que persigue.

⁶⁶La figura de la caducidad se encuentra en el artículo 74 y siguientes de la Ley de Hidrocarburos; en cuanto a la Ley de Minería, las disposiciones referidas se encuentran a partir del artículo 109.

2. Responsabilidad del Estado

La Administración Pública es vista por el Derecho Administrativo como una verdadera persona jurídica, pues es un sujeto de Derecho, titular de derechos y capaz de contraer obligaciones. Esta situación le atribuye a la Administración Pública la estabilidad y permanencia sustancial que requiere para manifestarse, contratar, obligarse y responsabilizarse ⁶⁷. En palabras del profesor Eduardo García de Enterría, “[l]a personificación de la Administración Pública es el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo”⁶⁸.

La Administración Pública por poseer personalidad jurídica es susceptible de imputación de responsabilidad por los daños que irroge por motivos de su actuación u omisión⁶⁹. Principio que ha sido reconocido por la jurisprudencia ecuatoriana:

En la antigüedad el criterio que primaba era el que el Estado no debía ser responsabilizado por sus actuaciones por razones de soberanía, entonces, los criterios de responsabilidad y soberanía se consideraban como contrapuestos. Más, actualmente, rige el principio de responsabilidad del Estado y consecuentemente de justiciabilidad de sus actuaciones. Con respecto al Estado, como persona de derecho público que es, sólo es posible hablar de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que por medio de sus agentes cause ⁷⁰

Cuando un particular sacrifica su derecho individual por el bien común o por soportar una carga pública especial ya sea por una falta legítima de la Administración o por falta de un servicio público, que afecte su patrimonio, será objeto de una reparación justa⁷¹. Todo daño que se cause legal o ilegalmente, debe ser reparado, a menos que exista previa y

⁶⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. 1era. ed. Madrid: Civitas, 2009, p. 45.

⁶⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 26.

⁶⁹ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad patrimonial del Estado... Óp. cit.*, p. 5.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Caso William Stairum Carpio Ocampo c. Director Nacional de Rehabilitación Social y Ministerio de Gobierno. Causa No. 30-2002. Registro Oficial 249 de 12 de enero de 2004.

⁷¹ Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho Administrativo I*. 6ta. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 266.

expresamente una obligación de soportarlo⁷², como es el caso del pago de impuestos que afectan el patrimonio del particular.

El fundamento del principio de responsabilidad no es otro que el Estado de Derecho y sus postulados que buscan lograr seguridad jurídica y respeto de los derechos de los administrados. Precisamente, el objetivo de la responsabilidad del Estado de acuerdo a la jurisprudencia ecuatoriana es “armonizar los derechos de los miembros de la comunidad con el interés individual, de modo que si un particular debe sacrificar su derecho individual por el bien común, pueda ser objeto de una justa reparación”⁷³. Además, el deber del administrado a soportar cargas públicas, exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria porque sería injusto que un particular debiera soportar, de un modo desigual, la actividad administrativa dañosa⁷⁴. Criterio confirmado por la jurisprudencia ecuatoriana:

En la persecución de los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado⁷⁵

Para que la responsabilidad se haga efectiva, es necesaria la existencia de un perjuicio que deba ser reparado, sin la existencia de un menoscabo real, la responsabilidad no se pone en marcha. Además, el perjuicio se torna antijurídico y se convierte en lesión resarcible “siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁷⁶. Se trata de una antijuridicidad del perjuicio estrictamente objetiva, pues no

⁷² Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 289.

⁷³ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Luis Alberto Ortiz Llerena c. Procurador General del Estado. Caso No. 167-2004. Registro Oficial 27 de 23 de febrero de 2007.

⁷⁴ Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho Administrativo I. Óp. cit.*, p. 272.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Caso Félix Gonzalo López Yáñez c. Presidente de la República y Procurador General del Estado. Causa No. 71-2005. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 octubre de 2009.

⁷⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 372.

deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria al Derecho, es decir que no es consecuencia de una antijuridicidad subjetiva.

La reparación debe restablecer el equilibrio de intereses perturbados y asegurar en el futuro la estabilidad de las relaciones. Las condiciones para que opere esta reparación o para que exista responsabilidad del Estado son las siguientes⁷⁷:

- a) Un comportamiento de la Administración o su omisión
- b) Preexistencia de una obligación de la Administración
- c) Imputabilidad: relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y la conducta de la Administración
- d) Antijuridicidad del perjuicio⁷⁸
- e) Existencia de un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce el principio de responsabilidad en varias disposiciones de la Constitución Política⁷⁹, sin embargo el principio general se encuentra en el numeral 9 del art. 11 de la norma:

⁷⁷ Gaspar ARIÑO ORTÍZ. *Teoría del equivalente económico... Óp., cit.*, p. 298. En el mismo sentido, Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I... Óp. cit.*, p. 641.

⁷⁸ García de Enterría propone un régimen unitario de responsabilidad eliminando los elementos de ilicitud y culpa para basarse en el criterio de la lesión, concebida como todo perjuicio antijurídico. El fundamento de esta concepción, que no requiere de otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, reposa en un principio de garantía patrimonial, por el cual la responsabilidad se basa en un mecanismo objetivo de reparación que funciona independientemente que haya o no culpa del agente, siempre que se produzca una lesión al patrimonio privado por la actuación de la Administración, vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa". Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956. p. 197

⁷⁹ **Art. 86.-** Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:
4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

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.

La norma constitucional no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios públicos cuando asigna responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados. Por ello, el régimen de responsabilidad en Ecuador, no puede ser considerado subjetivo, pues no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad⁸⁰. Para Ramón Parada, la responsabilidad pasa de ser una sanción por un comportamiento inadecuado a un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño.

En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia. Caso Félix Gonzalo López Yáñez c. Presidente de la República y Procurador General del Estado. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 octubre de 2009.

funcionamiento cuando se ha producido una lesión patrimonial⁸¹. Consecuentemente, en la responsabilidad por la deficiente prestación de servicios públicos o por actos de los funcionarios y empleados públicos, es irrelevante la intencionalidad con la que estos sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, esto no implica que esta intencionalidad no tenga ninguna relevancia en el sistema de responsabilidad, pues la calificación de culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos cuya indemnización tuvo que asumir frente a los administrados⁸².

Adicionalmente, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (“ERJAFE”), establece un procedimiento para que la Administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios que se deriven de la actividad de la Administración Central o Institucional⁸³.

Finalmente, la responsabilidad como institución general del Derecho, puede nacer tanto del incumplimiento de obligaciones contractuales, responsabilidad contractual; o de proferir daños a otros, en su persona o en sus bienes; responsabilidad extracontractual. Lamentablemente, sólo la responsabilidad extracontractual está reconocida de forma expresa en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que la responsabilidad contractual de la Administración Pública se rige por los principios generales del Derecho así como por los aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

Una vez analizada la responsabilidad como principio general del Derecho administrativo, a continuación, se abordarán los dos tipos de responsabilidad del Estado, con énfasis en la responsabilidad contractual de la Administración.

⁸¹ Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I...* *Óp. cit.*, p. 630.

⁸² La norma constitucional citada en su inciso tercero contempla el derecho de repetición: “[e]l 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”.

⁸³ Art. 209 y siguientes de la norma.

2.1. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual es la institución que permite exigir de la Administración Pública la indemnización por los daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos⁸⁴. El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de los actos o hechos de los funcionarios que lo representan, sino en la ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente⁸⁵.

La responsabilidad puede provenir de situaciones legítimas e ilegítimas. Cuando se trata de las primeras, el administrado tiene el deber de aceptar el sacrificio pero no de soportar el daño. Y, en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa de la actividad del Estado, no le es impuesta la obligación de soportar la carga, menos aún padecer el daño sin indemnización⁸⁶. El principio rector de ello, es el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. De este principio, deriva que toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado debe ser reparado en función a la naturaleza de la actividad, el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad⁸⁷.

La responsabilidad extracontractual proviene de todo acto de la Administración Pública que provoca un daño. Puede surgir de un comportamiento de cualquier órgano de las funciones que componen al Estado. La actuación de cualquiera de estos órganos se imputa al Estado, pues es este actuando específicamente a través de uno de sus órganos. En este sentido, la responsabilidad extracontractual puede adoptar varias formas:

⁸⁴ Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I... Óp. cit.*, p. 624.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Caso Félix Gonzalo López Yáñez c. Presidente de la República y Procurador General del Estado. Registro Oficial Suplemento 39 de 02 octubre de 2009, vid., Corte Suprema de Justicia. Caso Celia Estela Ramones Córdova c. Director Nacional de Defensa Civil. Causa No. 232-2004. Registro Oficial 366 de 24 de junio de 2008.

⁸⁶ Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho Administrativo I. Óp. cit.*, p. 277.

⁸⁷ Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 276.

- a) Responsabilidad legislativa: Una de las modalidades de la responsabilidad es la responsabilidad del Estado-legislador que se presenta cuando el Poder Legislativo expide una ley y esta ocasiona daños y perjuicios a un particular, independientemente si ésta es o no aplicada por la Administración Pública. Proviene de leyes que si bien son válidas desde el punto de vista constitucional, y que, en principio, suponen que la carga o sacrificio impuesto debe soportarse por todo administrado, pueden en ciertos casos generar afectaciones particularmente graves a personas o grupos determinados que por razones de justicia obligan a una reparación especial⁸⁸.

En este caso, el principio de que el perjuicio general no es indemnizable porque constituye una carga pública, se ve limitado en cuanto a la responsabilidad del Estado por sus actos legislativos. Cuando ese “perjuicio general” se concreta en la pérdida definitiva de la propiedad sobre una cosa, tal disposición se convierte entonces en una confiscación⁸⁹. Por ejemplo, la expedición de una ley que cause lesión en el patrimonio de los administrados, como una que sin establecer indemnización alguna, declare del dominio público bienes que hasta entonces pertenecían al dominio privado.

- b) Responsabilidad judicial: se trata de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia. Todo ecuatoriano tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le irroguen actos como detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros. Este tipo de responsabilidad se encuentra reconocida de forma expresa en la Constitución Política, leyes orgánicas e incluso ha sido aplicaba por las cortes nacionales⁹⁰.

⁸⁸ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad patrimonial del Estado...* *Óp. cit.*, p. 287. En el mismo sentido, Gaspar ARIÑO ORTÍZ. *Teoría del equivalente...* *Óp. cit.*, p. 281

⁸⁹ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo...* *Óp. cit.*, p. 754.

⁹⁰ Art. 11 numeral 9 de la Constitución Política; Art. 32 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial; vid. Corte Constitucional. Caso Julia Celmira Jaramillo Jimenez c. Tribunal Penal. Causa No. 0050-08-EP. Resolución No. 7.Registro Oficial Suplemento 602 de 01 junio 2009.

- c) Responsabilidad reglamentaria: es una derivación de la responsabilidad legislativa pues los actos de carácter general como reglamentos y ordenanzas pueden generar daños en los particulares. Si bien no está reconocida en la Constitución, si lo está en el ERJAFE que establece la figura del reclamo de actos normativos⁹¹; como en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que contiene el recurso objetivo o de anulación⁹².
- d) Responsabilidad administrativa: proviene de todo acto emanado de la Administración en ejercicio de una potestad administrativa. Es necesario que los efectos jurídicos que produzca el acto causen un daño o lesión al administrado. Es una responsabilidad que deriva de actos administrativos, hechos administrativos y actos de simple administración. Para hacer efectiva esta responsabilidad están disponibles todos los medios de impugnación en la vía administrativa y judicial para desvirtuar la presunción de legalidad que los protege.

Dentro de la responsabilidad extracontractual se encuentra la responsabilidad objetiva por la deficiente prestación de servicios: lo que existe es un daño al particular sin una acción volitiva de la Administración y en consecuencia, existe una situación culposa originada en el mal servicio⁹³.

⁹¹ Art. 172.- Los reclamos administrativos. En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

c). La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

⁹² Art. 3.- El recurso contencioso administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación o subjetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Caso Elvia Elizabeth Neacato Fernández c. Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y Procurador General del Estado. Causa No. 267-2002. Registro Oficial 319 de 22 abril de 2004.

Por último, el deber de indemnizar en los casos expuestos anteriormente, recae sobre la Administración Pública porque como persona jurídica, constituye el soporte estructural básico del Estado mismo en el plano interno. Por lo tanto, es el único centro de imputación posible dentro de las relaciones jurídicas que puedan surgir de la actuación de los otros órganos estatales⁹⁴.

En conclusión, la obligación de reparar que recae sobre la Administración, tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, por actuaciones que provengan del Estado en el ejercicio de las distintas funciones públicas que le concede la Constitución.

2.2. Responsabilidad Contractual

La responsabilidad contractual de la Administración Pública es aquella que proviene de relaciones contractuales establecidas entre esta y un particular por daños originados durante la ejecución del contrato⁹⁵. Existen dos tipos de responsabilidad contractual, la primera, originada por el incumplimiento de obligaciones contractuales que se rige por la teoría general de los contratos. Por esta responsabilidad, el contratista responde por los retrasos en el cronograma de trabajo, interrupciones injustificadas de la obra, mala calidad de los materiales utilizados en ella. Y, la Administración contratante será responsable por incumplir las obligaciones derivadas del contrato como colocar tardíamente a disposición del contratista los terrenos para la realización de la obra, atraso en los pagos al contratista, no obtención de permisos o autorizaciones ambientales.

El segundo tipo de responsabilidad es la “responsabilidad sin culpa o sin falta de la Administración”, que tiene como base las teorías clásicas de Derecho administrativo

⁹⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 383.

⁹⁵ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 766.

desarrolladas por la jurisprudencia francesa: *ius variandi*, hecho del príncipe e imprevisión⁹⁶.

En la responsabilidad contractual administrativa existen coincidencias con el Derecho Civil. Por ejemplo, en el caso TECCO c. Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, la Corte Nacional de Justicia ordenó el cumplimiento forzoso de un contrato administrativo con base a la condición resolutoria tácita establecida en el art. 1505 del Código Civil⁹⁷. Además, en otras situaciones es necesario acudir a las disposiciones del Código Civil, en cuanto a la teoría de daños, intereses moratorios y compensatorios⁹⁸. Sin embargo, el régimen de “responsabilidad sin falta” es una de las mayores peculiaridades del contrato administrativo frente a la contratación civil.

En efecto, según los profesores franceses Laubadère, Moderne y Devolvé una de las grandes originalidades de la contratación administrativa en relación con la contratación civil es la existencia de una responsabilidad *sui generis* que asume la Administración, además de la responsabilidad ordinaria que le corresponde⁹⁹. Por ejemplo, en la doctrina del hecho del príncipe, los cambios impuestos al contratista son la consecuencia del ejercicio lícito de los poderes de la Administración y no existe culpabilidad en su actuación¹⁰⁰. Además, otra nota distintiva es que esta “responsabilidad sin falta” sólo grava a la

⁹⁶ Al comienzo del siglo XIX todos los eventos en los que modificaban las condiciones contractuales eran vistos como casos de fuerza mayor. Así, el Consejo de Estado francés imponía a la Administración la obligación de reparar los daños causados por la pérdida de objetos del contratista, por la obstrucción de rutas debido a fenómenos naturales que impedían temporalmente la continuación de la obra, por sequías excepcionales que conllevaban costos extraordinarios. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX se forjó verdaderamente la teoría del contrato administrativo y los distintos eventos se clasificaron en categorías bien definidas y distintas. Así, fue como aparecieron las teorías clásicas vigentes en la actualidad, vid. José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal: Entre el Derecho público y el Derecho privado*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2004, p. 134.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Caso Técnicos Constructores Cía. Ltda. c. Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias y otros. Decisión de 25 julio 1983. Publicado en Gaceta Judicial. Serie XIV. No. 3, p. 684.

⁹⁸ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 795

⁹⁹ *Id.*, p. 900.

¹⁰⁰ José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal... Óp. cit.*, p. 138.

Administración y no al contratante particular, quien solo responde por su incumplimiento¹⁰¹.

La responsabilidad contractual sin culpa sólo puede contraerse cuando la contratista ha sufrido un perjuicio pues se trata de un verdadero derecho subjetivo del contratista, la intangibilidad de su remuneración a fin de que se mantenga íntegramente indemne la ecuación económico-financiera originaria¹⁰². Son siete derechos y garantías que sustentan el principio de mantenimiento del equilibrio económico: derecho de propiedad, equidad, igualdad, competitividad, legalidad, estabilidad y razonabilidad. El deterioro de cada una de esas garantías se traduce en una afectación de la ecuación económica financiera tenida en cuenta por las partes al contratar¹⁰³.

Para fines propios de la investigación se analizarán a continuación las causas por las cuales la Administración incurre el tipo de responsabilidad mencionada. De esta manera, el desequilibrio económico compensable puede originarse como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración, por acontecimientos que motiven la aplicación de la teoría del hecho del príncipe o por alteraciones provocadas por circunstancias ajenas a las partes y que resulten extraordinarias, imprevistas y sobrevinientes, que tornen excesivamente onerosas las prestaciones a cargo de una de las partes y den lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión.

2.2.1. *Ius variandi*

El *ius variandi* es la prerrogativa que tiene la Administración de modificar las condiciones de un contrato administrativo de forma unilateral. Esta facultad deriva del principio de mutabilidad del contrato administrativo por el cual la Administración tiene la

¹⁰¹ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 900.

¹⁰² Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo...* Óp. cit., p. 135

¹⁰³ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos.* Óp. cit., p. 258.

necesidad de adaptar el mismo a las conveniencias generales de la comunidad. Si la causa en los contratos administrativos es el interés público, si las circunstancias vigentes al momento de celebrarlo cambian, y este interés no se satisface, la Administración cuenta con la posibilidad de modificar el contrato según los cambios que sufra ese interés público.

No se trata en realidad de un *ius*, es decir un derecho subjetivo de la Administración derivado de una relación jurídica determinada como el contrato, sino de una *potestas*, una facultad exorbitante de la cual el órgano se encuentra investido no por el contrato sino por la ley¹⁰⁴.

Modificaciones dirigidas de forma directa al contrato pueden provenir de la Administración contratante así como de otros órganos del Estado. Por ejemplo, durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios petroleros, la Agencia Nacional de Hidrocarburos emite una resolución específica estableciendo tasas que no existían antes, para efectos de certificación de las actividades que ejecuta la empresa prestadora de servicios petroleros. Asimismo, una modificación al contrato puede provenir de un acto emitido por el órgano legislativo a través de la expedición de una ley especial, como fue el caso de la Ley No. 2006-42 que creó una nueva participación económica a favor del Estado que no estaba contemplada en los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos.

El *ius variandi* debe ser ejercido razonablemente por la Administración dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento jurídico y a condición de que no se altere el objeto o fin del contrato, ni sus obligaciones esenciales. Y, cuando las modificaciones directas acrecienten o disminuyan las obligaciones de las partes, desconozcan los compromisos contraídos, transformen el modo de ejecución del contrato o le pongan fin, debe ser indemnizado el contratista, cualquiera sea la relevancia de la modificación¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Gaspar ARIÑO ORTÍZ. *Teoría del equivalente económico...* Óp. cit., p. 226.

¹⁰⁵ Patricia Raquel MARTÍNEZ. “Prerrogativa de Modificación Unilateral...” Óp. cit., p. 483.

En este sentido, para el profesor Eduardo García de Enterría, el *ius variandi* de la Administración no es sino una manifestación de la potestad expropiatoria general, que exige siempre una justa compensación. Con la particularidad de que en este caso esa compensación se liquida en el seno de un contrato, puesto que el poder expropiatorio se ejerce directamente sobre él¹⁰⁶. Por lo tanto, la Administración debe al contratista una compensación integral por las nuevas prestaciones exigidas o una indemnización total en los casos de reducción o suspensión del contrato.

En la práctica, el restablecimiento del equilibrio del contrato puede alcanzarse mediante varias medidas: extensión del plazo del contrato, incremento de las tarifas o ingresos del contratista, reducción de cargas impositivas, extensión del área de la concesión o zona de explotación, que le podría permitir mayores ingresos de esa área; o a través de la reducción de compromisos de inversión.

2.2.2. Hecho del príncipe

Cuando nos referimos al hecho del príncipe hablamos de actos proferidos por la Administración, que a diferencia de los que componen el *ius variandi*, no tienen por objeto la modificación de las condiciones contractuales pero que tienen efectos modificatorios sobre el contrato. Son modificaciones indirectas originadas por actos cuyo fin no ha sido introducir variaciones a los derechos o a las obligaciones establecidas en el contrato, pero que, sin embargo, hacen su “ejecución más difícil, más onerosa o menos remunerativa”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 732.

¹⁰⁷ En el caso hito español Compañía de Aguas Potables de Cádiz de 1895, la mencionada compañía fue contratada para la ampliación del puerto de Málaga, cuya realización se había visto encarecida considerablemente por haber sido gravada en los nuevos aranceles la cal hidráulica que debería emplear en la conducción. El contratista reclamó por ello la indemnización del perjuicio que le ocasionaba tal subida de aranceles. El Tribunal Supremo declara que “al alterarse de manera tan importante en el nuevo arancel los derechos de introducción de la cal hidráulica, se impone al contratista un gravamen injustificado, que no pudo prever al aceptar los precios de la otra parte contratante, contra todo principio de justicia: y si bien es cierto que el pliego de de condiciones generales en los contratos de obras públicas establece la rescisión para los casos de alteración de precios de materiales en determinadas circunstancias, dicha disposición se refiere a las

La responsabilidad del Estado se traduce en que todo acto de carácter general emanado de la Administración, actuando en su condición de autoridad pública, que produzca un perjuicio real y cierto al contratante y que afecte de manera extraordinaria la ecuación económico-financiera, debe ser resarcido.

De acuerdo al profesor Juan Carlos Cassagne, los requisitos para que el contratista pueda invocar el hecho del príncipe son¹⁰⁸:

- a) Que la medida sea general, intervenciones administrativas no referidas exclusivamente a un contrato, que suponen un cambio en las condiciones externas (económicas, sociales, fiscales) de su ejecución. Como una medida sanitaria general, medidas de urbanismo, de circulación vial, de seguridad, incluso la imposición de barreras arancelarias o cuotas de importación.
- b) Que la medida provoque una excesiva onerosidad sobreviniente
- c) Sea imprevista y no exceda el alea normal de todo contrato
- d) Exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato
- e) Que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista que al resto de personas a quienes se les impone la medida general.

El efecto más importante de la aplicación de esta teoría es que el contratista debe ser integralmente indemnizado por los perjuicios que le cause la medida¹⁰⁹. Además, esta indemnización incluye no sólo gastos adicionales en que debió incurrir el contratista (daño emergente), sino también el provecho que razonablemente esperaba obtener del contrato (lucro cesante).

oscilaciones naturales en los precios del mercado, y no ciertamente a las que nacen de la voluntad exclusiva de una de las partes contratantes”. Por lo tanto, “de no atenderse las pretensiones de la sociedad demandante, resultaría un lucro para los intereses generales del Estado, con perjuicio evidente de la sociedad contratista”, vid. Gaspar ARIÑO ORTÍZ. *Teoría del equivalente... Óp. cit.*, p. 261-262.

¹⁰⁸ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo... Óp. cit.*, p. 137.

¹⁰⁹ En este sentido, la doctrina es uniforme al afirmar la responsabilidad del Estado: Marienhoff, Diez, Escola, Sayagués Laso, Sarmiento García, Cassagne, vid. Eduardo EMILI. “El Equilibrio Contractual”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002. p. 629.

En Ecuador, la legislación reconoce la teoría del hecho del príncipe y su forma de reajuste. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece un sistema de reajuste de precios para los contratos celebrados con entidades estatales¹¹⁰. Además, puede reconocerse de forma expresa por los contratantes, como en los contratos de prestación de servicios petroleros, celebrados en noviembre de 2010, donde se establece en una cláusula de reajuste económico por modificaciones en el régimen tributario, laboral y ambiental.

Con respecto a la fuente de la responsabilidad proveniente de una medida general que provenga de una entidad estatal, existen dos tendencias contrapuestas en la doctrina. La primera, respaldada por el profesor argentino Miguel Marienhoff, expresa que los actos generales son dictados fuera de las facultades exorbitantes contractuales y que no se trata de una conducta contractual de la Administración, pues aun siendo parte en el contrato, actúa como autoridad pública, dictando resoluciones de carácter general que afectan al contrato en perjuicio del contratista¹¹¹. Dichos actos generales como actos normativos, ordenanzas, reglamentos o leyes representan una excepción a la regla general según la cual los actos generales no dan derecho a indemnización porque están destinados a un número indeterminado de sujetos de derecho, en concordancia el principio de igualdad. Por ello, en el fondo se trata de responsabilidad extracontractual por ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas¹¹².

Por otro lado, la tendencia representada por el profesor español Eduardo García de Enterría manifiesta lo contrario. Si el acto proferido por un ministerio afecta un contrato de

¹¹⁰ **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.

¹¹¹ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 482. En el mismo sentido, Francis Paul BENOÎT citado por José Luis Benavides restringe el hecho del príncipe a las medidas adoptadas por la entidad contratante en virtud de poderes distintos de los derivados del contrato administrativo, vid. José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal... Óp. cit.*, p. 435.

¹¹² Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 482.

otro ministerio o de un departamento administrativo distinto, este acto es considerado hecho del príncipe por cuanto el acto y el contrato provienen de la misma persona jurídica: la Nación¹¹³. Si produce un daño especial al contratista, da lugar a compensación, en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración Pública por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad, ya sea normal o anormal¹¹⁴.

La respuesta a esta discusión la podemos encontrar en una de las bases del principio de responsabilidad: la personalidad jurídica única del Estado. Tanto el *ius variandi* como el hecho del príncipe consideran a la personalidad jurídica de la Administración Pública/Estado como una sola. Por lo que, si bien la afectación al contrato puede provenir de cualquier órgano del Estado, no sólo del que actúa como contraparte en el contrato administrativo; la personalidad jurídica única produce responsabilidad del sujeto Administración Pública, en su integridad¹¹⁵.

En conclusión, la responsabilidad por el hecho del príncipe, tiene su fuente en el contrato administrativo, pues de ahí nace la obligación de mantener el equilibrio económico financiero. En caso de que por un acto emitido por otro órgano diferente a la entidad contratante lo afecte, será la Administración Pública como persona jurídica única, la responsable de restablecer este equilibrio mediante una indemnización o compensación al contratista.

2.2.3. Teoría de la Imprevisión

La teoría de la imprevisión es la doctrina jurídica por la cual el contratista puede optar por la revisión del contrato administrativo, cuando circunstancias extraordinarias e

¹¹³ José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal...* Óp. cit., p. 437.

¹¹⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 731.

¹¹⁵ Javier ROBALINO. “Los contratos administrativos...” Óp. cit., p. 364.

imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, alteran la ecuación económico-financiera. El contratista puede requerir la ayuda pecuniaria de la Administración para obviar esa crítica situación y poder cumplir sus obligaciones¹¹⁶. La teoría de la imprevisión se basa en la existencia de la cláusula *rebús sic stantibus*. Una cláusula tácita que se encuentra en todo contrato de larga ejecución y que prevé que la fuerza obligatoria del contrato, durante su ejecución, opere siempre y cuando subsistan las mismas circunstancias que prevalecían cuando este se celebró.

La teoría de la imprevisión puede ser alegada durante la ejecución del contrato siempre que el objeto no haya sido íntegramente concluido. Y deben concurrir los siguientes requisitos¹¹⁷:

- a) La circunstancia o acontecimiento perturbador debe ser ajeno a la voluntad de las partes. No puede ser imputable a la conducta del contratista ni tampoco a la conducta de la Administración.
- b) El acontecimiento extraordinario debe responder a un alea de carácter económico. Es decir, el acontecimiento debe transformar la prestación en excesivamente onerosa, provocando al contratista un desequilibrio económico considerable. La teoría de la imprevisión solo opera cuando el evento ocurrido está fuera del alea normal del contrato.
- c) El suceso o acontecimiento debe ser imprevisible. Se exige que se trate de un suceso excepcional, extraordinario. No podría tomarse como tal a una variación económica de carácter ordinario como periodos inflacionarios normales. En el caso del petróleo, por ejemplo, una subida en su precio, es algo previsible para las partes pues al ser un *commodity* está sujeto a la variación de su precio a diario. Un incremento en el precio del petróleo de ninguna forma podría configurarse como un hecho imprevisible.

¹¹⁶ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 501.

¹¹⁷ *Id.*, p. 523

- d) El suceso debe ser transitorio, es decir que no impida definitivamente el cumplimiento del contrato porque de lo contrario nos encontraríamos ante la figura de fuerza mayor¹¹⁸.
- e) El contratista no debe haber suspendido la ejecución del contrato, pues no se trata de una imposibilidad de cumplimiento sino de una onerosidad excesiva. En este sentido, el principal efecto de la teoría de la imprevisión radica en la revisión del contrato, debiendo limitarse a gestionar una compensación que lo permita y no adoptar la suspensión de su ejecución¹¹⁹.

La teoría de la imprevisión no obliga a la Administración a compensar al contratista ya que los hechos causantes del desequilibrio contractual son absolutamente ajenos e independientes de la actividad administrativa. Sin embargo, la Administración sí debe acudir en ayuda del contratista, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir, con el fin de evitar el colapso total del servicio u obra contratada¹²⁰. La coparticipación en los riesgos puede adoptar modalidades muy diversas: revisión de tarifas, otorgamiento de una subvención, aumento de lo que inicialmente se otorgó o cualquier otra forma de compensación económica¹²¹.

El fundamento de esta “ayuda” está en el mismo interés general porque si el contrato administrativo persigue un fin de interés público, y su ecuación económico-financiera se ha

¹¹⁸ A diferencia de la fuerza mayor que impide de forma definitiva la ejecución del contrato, el estado de imprevisión constituye una dificultad mayor en la ejecución, vid. José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal...* Óp. cit., p. 443.

¹¹⁹ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo...* Óp. cit., p. 140.

¹²⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 732.

¹²¹ *Id.*, p. 735. Además, el Consejo de Estado francés estableció tres parámetros para fijar la indemnización:

1. No debe asegurar en modo alguno un beneficio para el contratista. Tiende a cubrir una parte del daño emergente sufrido por el contratista, pero nunca cubrirá el daño emergente.
2. No cubre jamás la integridad del perjuicio sufrido por el contratista.
3. Para operar esta distribución, el juez debe tener en cuenta el conjunto de circunstancias de la empresa: capacidad financiera, beneficios otorgados en el pasado, diligencia puesta por el contratista para superar la situación difícil.

Vid., Gaspar Ariño Ortiz en *Teoría del equivalente económico...* Óp. cit., p. 320-321.

trastocado, no es justo que el contratista, que está colaborando en el logro de esa finalidad, deba cargar con los efectos de tal alteración. De ahí que la Administración concorra, también en salvaguarda de aquel interés público, en su ayuda para permitir que pueda continuar cumpliendo las prestaciones del contrato, a que está obligado¹²².

De la misma manera, el principio de continuidad del servicio público le obliga a la Administración a ayudar a su contratista. Esta teoría aporta una solución a un momento crítico del contrato a través de una fórmula de colaboración entre las partes, lo que legitima una indemnización parcial de los perjuicios soportados por la contratista¹²³. En consecuencia, es una forma de evitar la fuerza mayor.

La teoría de la imprevisión no ha sido recogida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con carácter general ni en el régimen civil ni en el régimen administrativo; sin embargo, sí ha sido reconocida en la jurisprudencia ecuatoriana tanto para la contratación civil¹²⁴ como para la contratación administrativa: “[c]uando el equilibrio económico o financiero es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se torna aplicables principios administrativos como el de la imprevisión [...]”¹²⁵.

De todas formas, los principios que inspiran la teoría de la imprevisión tales como la buena fe, la justicia, la negación del enriquecimiento injusto; son principios generales del

¹²² Héctor Escola citado por Eduardo EMILI. “El Equilibrio Contractual”. *Óp. cit.*, p. 621.

¹²³ José Luis BENAVIDES. *El Contrato Estatal...* *Óp. cit.*, p. 439.

¹²⁴ “[e]n la imprevisión contractual: la prestación puede cumplirse, pero a costa de alterar extraordinaria e imprevisiblemente el equilibrio contractual, ocasionando una excesiva onerosidad, que ofende la buena fe contractual y que significa –en quien invoca la fuerza obligatoria del contrato- un abuso del derecho”, vid. Corte Suprema de Justicia. Caso E. Cuaba S.A. c. El Dorado C.A. de Seguros y Reaseguros. Causa No. 302-98. Registro Oficial 524 de 28 de febrero 2002.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009. Además, el ex-Tribunal Constitucional ha reconocido también la teoría de la imprevisión como una fórmula aplicable en los contratos administrativos: “[e]l análisis conduce a excluir cualquier formulación sobre la aplicación del principio rebús sic stantibus, así como la recurrencia a teorías y principios relativos a la imprevisión o de las que tienen que ver con el equilibrio contractual, todas ellas dignas de valoración en el caso concreto de una controversia judicial específica sobre obligaciones contractuales [...]”; vid. Tribunal Constitucional. Acción de inconstitucionalidad propuesta por Cámara de Industriales de Pichincha contra los arts. 1 y 2 de la Ley No. 2006-42. Resolución No. 8. Causas No. 0008-06-TC y 00010-06-TC. Registro Oficial Suplemento 350 de 06 septiembre 2006.

Derecho y como tales, fuente de Derecho administrativo. Así que su aplicación es vinculante tanto para las partes como para las cortes locales.

En conclusión, si el equilibrio inicial entre las prestaciones contractuales se modifica, directa o indirectamente, por un acto de la Administración o por circunstancias ajenas a las partes, y si el contratista sigue obligado a continuar la ejecución del contrato por el interés general implícito en él, es necesario adaptar las prestaciones a estas circunstancias, lo que conduce al reconocimiento de indemnizaciones a favor del contratista.

3. Equilibrio económico financiero

Una vez analizados los casos de responsabilidad contractual de la Administración Pública, es necesario analizar cómo se ha amparado esa responsabilidad por quebrantamiento de la ecuación económico financiera del contrato. Para ello, en este capítulo se tratará sobre el equilibrio económico financiero de un contrato administrativo, las posiciones de Derecho comparado sobre su protección en sistemas de Derecho continental con tradición jurídica en la materia. Finalmente, se abordará la teoría del equilibrio económico financiero en el Ecuador.

3.1. Definición

Cuando un contrato administrativo se perfecciona existe una adecuada, aunque no aritmética, equivalencia económica entre las prestaciones que el contratante particular se ha comprometido a satisfacer y el precio que por la ejecución del contrato, la Administración Pública se ha obligado a pagar¹²⁶. La ecuación económico financiera está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista y las obligaciones a cargo de la Administración. Esto es lo que se denomina “teoría del equivalente económico”. Esta cláusula nació de la máxima romana “*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic statitubs intelliguntur*”, “todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales”.

El profesor Marienhoff propone una definición adecuada de la ecuación económico-financiera: “relación establecida entre las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes con respecto a las contraprestaciones de la

¹²⁶ Ernesto BUSTELO. “Derechos y obligaciones del Contratante particular. Derecho al precio”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002, p. 601.

Administración”¹²⁷. La ecuación económico-financiera es la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratista tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la remuneración económica que en razón de aquéllos le corresponde¹²⁸.

La dimensión financiera de la ecuación se refiere al mantenimiento de los presupuestos y previsiones que en materia de ingresos, gastos e inversiones se tuvieron en cuenta al momento de hacer la “oferta”, toda vez que de ello depende el cumplimiento sustentable del objeto del contrato. El equilibrio surge de la relación entre inversión y rentabilidad que determine la tasa de retorno de la inversión a realizar en que se expresará la estructura económico-financiera del contrato¹²⁹.

Esta equivalencia, sin embargo, no se mantiene intacta en la contratación administrativa. Los contratos administrativos constituyen acuerdos de larga duración de gran volumen económico, cuya ejecución requiere la coordinación de varios factores que pueden cambiar, de forma variable, en el tiempo. Por ejemplo, en la construcción de una obra pública, hay que analizar la naturaleza y el volumen de la obra, complejidad técnica de su realización y duración, lo que provoca que se den cambios importantes entre el momento de contratar las obras y el momento de realizarlas. Cambios que unas veces son ordenados por la propia Administración y otras provienen de circunstancias imprevisibles, de orden técnico, económico o puramente organizativo, que, en ocasiones, pueden provocar una verdadera alteración sustancial de los proyectos o de las bases económicas que presidieron el contrato.

Así, frente a variaciones trascendentales que se susciten en el objeto, precio o plazo del contrato, por causa ajena al alea normal de riesgo, resulta necesario reconocer el derecho intrínseco al equilibrio económico-financiero del contrato, de acuerdo con la variación en los costos y utilidad mínima esperada por el contratista.

¹²⁷ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p. 480

¹²⁸ Celso BANDEIRA DE MELLO. “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”, *Derecho administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 903.

¹²⁹ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos... Óp. cit.*, p. 254.

Además, contribuye también en pro de la teoría del equilibrio económico-financiero la circunstancia de que el contrato es una composición consensual que envuelve una coincidencia de los intereses de los sujetos, haciéndolo por libre voluntad, la cual los liga para obtener la recíproca satisfacción de sus aspiraciones. Por consiguiente, el contrato genera un vínculo fundado en las premisas de lealtad y buena fe. Si bien las partes no están obligadas a relacionarse; si lo hacen es precisamente por la expectativa de que sus objetivos puedan ser satisfechos por la acción de la otra parte¹³⁰. Por eso, la igualdad entre sus prestaciones debe ser mantenida tanto en el momento de establecer el vínculo, como mientras dure el contrato, pues aquellos términos económicos, son los que acreditarán al ofertante el contrato. En definitiva, esta ecuación es obligatoria para ambas partes, por ser, en términos económicos, el punto en que convergieron las partes para el contrato¹³¹.

En observancia al principio del equilibrio económico financiero se establecen cláusulas de reajuste en los contratos administrativos. Si el monto económico de las obligaciones a ser soportadas por el contratista se incrementa, como consecuencia de la elevación de los costos provocados por el alza de precios o en su defecto disminuye, la ecuación establecida se debilitaría, trayendo desequilibrio en la igualdad inicialmente presupuesta por las partes. Entonces, para prevenir dichas alteraciones, los contratos administrativos contienen cláusulas que buscan automatizar el reequilibrio a través de fórmulas matemáticas que permiten la conservación de la ecuación original.

En conclusión, la ecuación económica está destinada a mantener el equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial en cuanto a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la Administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente. La proporcionalidad en las prestaciones presupone el equilibrio entre los derechos y obligaciones a que se sujetan ambas partes, lo que se conoce como la teoría del equivalente económico que ha tenido sus

¹³⁰ Patricia Raquel MARTÍNEZ. “Prerrogativa de Modificación Unilateral... *Óp. cit.*, p. 492.

¹³¹ Celso BANDEIRA DE MELLO. “Las cláusulas de reajuste... *Óp. cit.*, p. 905.

matices dentro de los diferentes sistemas jurídicos continentales. Entre los más importantes, se destaca la postura francesa, española y argentina.

3.2. Postura francesa

Los franceses son los que sentaron las bases del Derecho Administrativo moderno no sólo por los aportes del Código Napoleónico de lo Contencioso Administrativo de 1806, sino por los conceptos elaborados por el Consejo de Estado. Precisamente, la idea original del equilibrio financiero fue alumbrada por el Consejo de Estado francés a principios del siglo XX en el caso “*Cie. Francaise des Trammways*” de 11 de marzo de 1910, en el cual el Comisario del Gobierno Léon Blum destacó que:

Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. Es lo que se llama equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión ¹³²

Asimismo, la primera aplicación moderna de la teoría de la imprevisión se dio de forma posterior a la Primera Guerra Mundial en Francia. El Derecho francés utilizó la teoría de la imprevisión como una medida equitativa para mitigar la concepción absolutista de la autonomía de la voluntad. En el caso *Gaz de Bordeaux* de 1916, el Consejo de Estado Francés reconoció el reajuste de un contrato administrativo de suministro de gas entre la compañía *Gaz de Burdeux* y la municipalidad de la ciudad. El Consejo de Estado sostuvo que el alza del precio del carbón constituyó una circunstancia imprevista para la compañía que suministraba gas pues era su materia prima. Ordenó restablecer el equilibrio económico del contrato que se había perdido por esta medida imprevisible ya que continuar ejecutando el contrato generaría inequidad al existir un profundo desbalance contractual.

¹³² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 729.

De forma posterior, en 1944 el jurista francés Georges Pequignot destacó en su Tratado de Derecho Administrativo, que:

[E]l contratado tiene derecho a la remuneración inscripta en su contrato. Es el principio de la inmutabilidad del contrato. Él no consintió su cooperación sino con la esperanza de un cierto lucro. Aceptó tomar a su cargo trabajos y riesgos que, si no hubiese querido contratar, serían soportados por la Administración. Es remunerado como consecuencia de esto¹³³

Además resalta que “el interés financiero de la Administración es un interés de la misma naturaleza que el del particular. Consecuentemente, los derechos son idénticos y tan respetables unos cuanto los otros”. Incluso, para Pequignot, es contrario a la regla de buena fe y a la seguridad de los negocios, además de peligroso para el Estado social y económico, que la Administración pudiese modificar, especialmente reducir, la remuneración del contratista sin la debida indemnización¹³⁴.

De la misma manera, André de Laubadère en los ochentas se manifestaba en el mismo sentido: “en todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige”¹³⁵.

Finalmente, en la actualidad, el sistema de contratación administrativa francés no posee una ley que rija los contratos administrativos, por lo que la aplicación de principios ha sido marcada por la jurisprudencia nacional. En el caso CLEMENCEAU Ltd. c. SNCF de 1995, la Corte Administrativa de Apelación de París desechó las pretensiones de una empresa concesionaria del Estado que efectuaba obras de construcción en una estación de tren en Tarbes. La empresa buscaba el reembolso por parte del Estado alegando que efectuó obras adicionales a las contratadas. Sin embargo, la Corte reconoció que el equilibrio económico de un contrato puede verse afectado tanto por circunstancias imprevisibles como por modificaciones al contrato imputables a la Administración contratante o al órgano

¹³³ Georges Pequignot citado en: Celso BANDEIRA DE MELLO. “Las cláusulas de reajuste... *Óp. cit.*, p. 906.

¹³⁴ Georges PEGUIGNOT. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. París: A. Pedone, 1944, p. 11

¹³⁵ André de LAUBADÈRE; Moderne, Franck y Pierre Delvové. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983, p. 717.

legislativo francés. La Corte concluyó que no existieron circunstancias imprevisibles que justifiquen las obras adicionales y que por lo tanto no había alteración alguna del equilibrio económico-financiero del contrato, rechazando las pretensiones de la sociedad actora¹³⁶.

En conclusión, los primeros aportes tanto de la jurisprudencia como de la doctrina francesa, han permitido el desarrollo de la teoría del equilibrio económico financiero en los sistemas jurídicos continentales modernos.

3.3. Postura española

Para el profesor Eduardo García de Enterría, la “mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa”¹³⁷. Dentro de este marco es como puede comprenderse el alcance y significado preciso de las prerrogativas que dispone la Administración contratante frente al derecho que tiene el contratista al mantenimiento del equilibrio económico financiero.

El principio de la compensación por las modificaciones directas, efectuadas por la Administración, al objeto del contrato está reconocido sin reservas en el ordenamiento jurídico español. Primero, fue reconocido por el art. 74 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 que disponía que: “cuando modificaciones imputables a la Administración contratante afecten al equilibrio financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario para que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección del contrato”.

Segundo, el art. 164 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 permite a la Administración modificar, por razones de interés público, las características del

¹³⁶ Corte Administrativa de Apelación de París. Caso CLEMENCEAU Ltd. c. Société nationale des chemins de fer français (SNCF). Causa No. 95PA01195. 17 de diciembre 1996.

¹³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 721.

servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, añadiendo que "cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato"¹³⁸.

Actualmente, la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2002, mantiene disposiciones semejantes. El art. 14 estatuye que los órganos de contratación cuidarán que los precios de los contratos sean adecuados al mercado, para lo cual se fijan mecanismos legales para garantizar el equilibrio financiero, uno de ellos es la revisión de precios cuyo sistema de revisión deberá estar detallado en el pliego de contratación. El art. 162 de la misma norma establece que "el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca". Y, en el art. 163 numeral 2, se mantienen las mismas disposiciones de las leyes anteriores sobre la compensación que merece el contratista en caso de modificaciones imputables a la Administración Pública.

Igualmente, el art. 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1956 establece que la Corporación concedente deberá mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual tendrá que:

- a) Compensar económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución;
- b) Revisará las tarifas y subvenciones cuando, aún sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

Esta norma reconoce así el mantenimiento del equilibrio económico financiero tanto en casos de modificaciones efectuadas por la Administración contratante: *ius variandi* o hecho del príncipe; como por modificaciones provocadas por circunstancias imprevisibles, teoría de la imprevisión. Además, en su art. 116.3 declara nulas las cláusulas del contrato celebrado que prohíban revisar la retribución del concesionario; asegurando de esta forma

¹³⁸ *Id.*, p. 730.

que el contratista no renuncie nunca a su derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero.

En resumen, la legislación española permite a la Administración modificar el contrato de gestión de servicios públicos por razones de interés público; pero, cuando esas modificaciones afecten el régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista.

Asimismo, la jurisprudencia española ha reconocido la vigencia de la teoría del equilibrio económico-financiero en los contratos administrativos. El Tribunal Supremo se pronunció acerca del mantenimiento del equilibrio contractual en una disputa proveniente de un contrato de construcción de obra pública. La contratista reclamaba una indemnización a la Administración por un incremento extraordinario del precio de los ligantes, usados como materiales para la construcción. El tribunal declaró que en casos de “riesgo imprevisible razonable” como causa de una indemnización, debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual. El Tribunal concluyó que la alteración en la economía del contrato implica “la aplicación de los principios de equidad y de buena fe por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico financiero entre las partes [...]”¹³⁹.

En otro caso, decidido por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, se discutió si la ampliación en el plazo de un contrato de concesión se podría considerar una compensación económica por modificaciones imputables a la Administración contratante. El tribunal concluyó que la extensión del plazo en una concesión de servicio público sí es una forma de compensar al contratista y reajustar la ecuación económica financiera del contrato¹⁴⁰.

¹³⁹ Tribunal Supremo de España. Caso UTE Puerto de Béjar c. Ministerio de Fomento. Causa No. 320-2005. 04 junio 2008.

¹⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia de Castilla-León. Caso Compañía Mercantil Onyx Aseo Urbano S.A. c. Ayuntamiento de Palencia. Causa No. 4.335-1998. 26 mayo 2006.

Finalmente, la doctrina española también ha aportado conceptos generales sobre la teoría del equilibrio económico financiero. Así, el profesor Eduardo García de Enterría, manifiesta que:

El contrato es ley para las partes, pero junto a la *lex contractus*, hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización general de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente. Ese equilibrio, esa proporcionalidad de las prestaciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en el servicio, contratado tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la ecuación financiera del contrato¹⁴¹

De la misma manera, Gaspar Ariño Ortiz entiende que a través del principio del equivalente económico se afirma la inmutabilidad a lo largo de la vida del contrato del equilibrio económico inicial, lo cual se conseguirá precisamente mediante el pago del equivalente económico necesario para restablecerlo cuando aquél se haya visto alterado¹⁴².

Así la doctrina española reconoce que: el juez puede apreciar –y medir- el grado de insuficiencia (o de exceso) de las tarifas aprobadas y puede ordenar la aplicación de las medidas correctoras necesarias para restaurar el equilibrio económico financiero del contrato, en defensa del interés privado y de la justicia inter-partes. Incluso, Ariño Ortiz ha llegado a afirmar que el principal derecho económico del contratista gestor de un servicio público es el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato¹⁴³.

¹⁴¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo...* Óp. cit., p. 721.

¹⁴² Gaspar ARIÑO ORTÍZ. *Teoría del equivalente económico...* Óp. cit., p. 242.

¹⁴³ Gaspar ARIÑO ORTÍZ. “Servicio Público y control judicial: el caso de las tarifas”. *Servicios Públicos y Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005, p. 140, 144-145.

3.4. Postura argentina

Los aportes al principio del equilibrio económico financiero, tanto de la doctrina argentina como de la jurisprudencia argentina son considerables. La Corte Suprema argentina ha establecido que: “el mantenimiento del equivalente económico durante toda la vida del contrato constituye para ambas partes de la relación un derecho subjetivo que debe ser reconocido debido a que integra su derecho de propiedad en el sentido constitucional del término”¹⁴⁴. Por lo que, en caso de que se afecte dicho equivalente económico, debe procederse ineludiblemente a corregir el desequilibrio producido para obtener el restablecimiento del equilibrio inicial que se encuentra garantizado constitucionalmente. En este sentido, Juan Carlos Cassagne menciona que: “lo intangible no son los contratos sino los derechos patrimoniales, aunque a través de la protección de éstos se proteja también, indirectamente, la estabilidad contractual”¹⁴⁵.

Asimismo, los profesores Marienhoff y Cassagne recalcan que, como todo menoscabo patrimonial impuesto en beneficio público, debe ser indemnizado por aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad privada, cuando tal situación acontece en el contrato administrativo, se impone el restablecimiento de la ecuación económico-financiera por aplicación del principio constitucional por el que a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público, sin el respectivo resarcimiento¹⁴⁶. Este razonamiento se basa en el principio abordado anteriormente: igualdad ante las cargas públicas.

Asimismo se pronuncia Roberto Dromi, refiriéndose a las ecuaciones de los contratos públicos: si varía la contraprestación que recibe el contratista, sean cargas, garantías, tarifas; el deber judicial es re-igualar las prestaciones con referencia al momento original

¹⁴⁴ Ernesto BUSTELO. “Derechos y obligaciones del Contratante... *Óp. cit.*, p. 601.

¹⁴⁵ Juan Carlos CASSAGNE. “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos”. *Servicios Públicos y Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis. 2005, p. 205.

¹⁴⁶ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo...* *Óp. cit.*, p. 131. Y en el mismo sentido, Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo...* *Óp. cit.*, p. 483.

del contrato. La ruptura de la ecuación económica del contrato, por incumplimientos del Estado concedente, importan una lesión a la propiedad contractual, un empobrecimiento sin causa al concesionario que paga por lo que no recibe¹⁴⁷.

Por otro lado, estos aportes han sido recogidos por la legislación argentina. Por ejemplo, la Ley 6021 de Obras Públicas de Buenos Aires, al referirse a la contratación pública, establece en su art. 55 que “[e]l Ministerio respectivo reconocerá las variaciones de precios derivadas o motivadas por actos del poder público, causas de fuerza mayor y/o de la situación de plaza”. Es decir que la ley reconoce que actos provenientes de la Administración Pública como eventos económicos pueden afectar el sinalagma del contrato y la entidad contratante se verá obligada a reajustarlo.

En este sentido, en el caso Eduardo Caccianini c. Municipalidad de Morón, la Suprema Corte de Justicia de la Plata, afirmó que las cláusulas de variaciones de costos deben ser objeto de una interpretación razonable, que “resulte acorde con la previsión del legislador de reconocer los diferentes tipos de alteraciones que pueden suscitarse en un contrato administrativo”¹⁴⁸. De igual manera, en el caso Thol S.A. c. Municipalidad de Azul, la contratista solicitó un reajuste en el contrato de construcción de obra pública por un incremento salarial de los trabajadores de construcción dictado por el Ministerio de Trabajo de la Nación. La contratista solicitó el reconocimiento de la alteración de la ecuación económica del contrato y el ajuste del precio de la obra. La misma Corte reconoció que en materia de obras públicas, existen “diversos institutos que excepcionan el principio de invariabilidad del precio” como obras no previstas, dificultades materiales imprevistas, el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión¹⁴⁹.

Asimismo, el Decreto Nacional No. 802/2001 que estableció una reducción de ciertos tributos a los hidrocarburos, en su art. 10 declara que todos los concesionarios recibirán una

¹⁴⁷ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos...* *Óp. cit.*, p. 234.

¹⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Plata. Caso Caccianini, Eduardo Empresa Constructora c. Municipalidad de Morón. Causa No. 49.118. 26 de febrero de 1991.

¹⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Plata. Caso Thol S,A, c. Municipalidad de Azul. Causa No. G. 56585. 17 diciembre de 2003.

compensación para restablecer el equilibrio económico financiero de sus contratos de concesión debido a la reducción de tarifas de los peajes que perciben como su participación en la explotación de las obras¹⁵⁰.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, el Tribunal Superior de Córdoba conoció un reclamo de la concesionaria de un servicio de transporte público que exigía recomponer el equilibrio original de la ecuación económica financiera, alterado por el desajuste provocado en el régimen tarifario de la concesión. El art. 13 del pliego de contratación correspondiente, permitía a la Administración efectuar modificaciones en la estructura tarifaria de las zonas de transporte concesionadas siempre que “ello no afecte la ecuación económica financiera del Concesionario”. Por lo que el tribunal concluyó que el mantenimiento del equilibrio contractual es un límite a las modificaciones tarifarias que puede efectuar la Administración, pues tiene la obligación de “garantizar la equidad y la equivalencia de las contraprestaciones contractuales, a través del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato”¹⁵¹.

Finalmente, la jurisprudencia argentina ha reconocido un límite al derecho del contratista y el deber estatal respecto al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato. El contratista debe acreditar un cambio en las circunstancias fácticas que produzcan un verdadero desfase en el costo de sus prestaciones. Es necesario que este desfase sea contrario a los principios de equidad y justicia conmutativa. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que:

[...] quien contrata con la administración obtiene a cambio del “opus” que realiza una retribución que, “prima facie”, satisface el precio de los trabajos ejecutados por el cocontratante, y no puede legítimamente pretenderse que la administración deba hacerse cargo de cualquier perjuicio eventual que pueda sufrir el contratista durante la ejecución de los trabajos, excepción hecha de las situaciones que expresamente contempla la ley o de aquellas otras que puedan ser admitidas desde la óptica de la imprevisión. Por lo tanto, si las actoras por alguna razón entienden que los términos económicos del contrato se han

¹⁵⁰ Decreto Nacional 802/2001. Modificación de la ley del impuesto sobre los combustibles líquidos y el gas natural. Buenos Aires, 15 de Junio de 2001. Boletín Oficial 19 de Junio de 2001

¹⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Caso Coniferal S.A.C.I.F. c. Municipalidad de Córdoba. Causa No. 8. 29 diciembre 2009.

tornado irrepresentativos, deben acreditar todos los requisitos que permiten la excepcional revisión del mismo [...] ¹⁵²

Cabe recalcar que la teoría del equilibrio económico contractual está muy desarrollada en Argentina debido a la crisis financiera que sacudió al país en el año 2000. Se produjeron miles de casos en los que el equilibrio económico de todo tipo de contratos se vio alterado por los cambios que afectaron la moneda: convertibilidad, pesificación, devaluación. Consecuentemente, los contratistas alegaron la teoría de la imprevisión para exigir una compensación por las alteraciones producidas en sus contratos. Por ejemplo, en el caso Sonda Argentina S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires, la contratista proveedora de servicios de software al Ministerio de Economía, solicitó una recomposición de precios por excesiva onerosidad sobreviniente producida por la derogación de la ley de convertibilidad que establecía la equivalencia de un peso igual a un dólar. Debido al alza de la divisa norteamericana, la prestación del contratista se convirtió en excesivamente onerosa y por ello pretendía un reajuste de precios del contrato ¹⁵³.

El Estado argentino ha encontrado otros medios para reconocer el desbalance que se produjo en los contratos durante la crisis. El órgano legislativo dictó varias leyes que le obligaban a renegociar los contratos y suscribir actas de acuerdos de renegociación contractuales con cada uno de los contratistas de obras y servicios públicos que vieron sus derechos afectados ¹⁵⁴.

3.5. Postura ecuatoriana

Para comenzar es necesario reconocer que en Ecuador no existe un desarrollo del principio tan notable como en España o en Argentina; sin embargo, existen varios

¹⁵² Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Caso Gilkstein y Cía. S.A.C.I.A.M. –Dante Enrietto- U.T.E. c. Provincia de Santa Fe. 17 diciembre 2003.

¹⁵³ Juez en lo Contencioso Administrativo No. 2 de la Plata. Sonda Argentina S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Causa No. 906. 02 febrero 2007.

¹⁵⁴ Las leyes 25.561, 25.790, 25.820, 25.972, 26.077 establecen determinados criterios a seguir para el proceso de renegociación con las contratistas del Estado argentino.

parámetros que nos muestran que la teoría de la imprevisión ha sido recogida por el sistema jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, en cuanto al derecho positivo ecuatoriano, si bien ni la Constitución Política ni leyes orgánicas reconocen de forma expresa la teoría del equilibrio económico financiero, las leyes referentes a la contratación pública recogen una de sus aplicaciones prácticas: el reajuste de precios. Tanto la Ley de Contratación Pública de 1990, la Codificación de la Ley de Contratación Pública de 2001 y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008; recogen disposiciones sobre el sistema de reajuste de precios, su funcionamiento, fórmulas contractuales e índices de precios¹⁵⁵. Así, cuando los precios de insumos o materiales necesarios para la ejecución de un contrato, varíen de forma posterior a la celebración de los contratos, convirtiendo el cumplimiento de la prestación del contratista excesivamente oneroso; el Estado deberá insertar un factor de ajuste que restablezca el equilibrio económico contractual.

Además, existen otras normas en el ordenamiento jurídico que reconocen, de forma expresa, el equilibrio económico de todo contrato administrativo. El art. 76 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, cuando se refiere al régimen de concesiones que otorga el Estado a los particulares, establece:

El concesionario mientras esté en vigencia el contrato de concesión tendrá derecho a recibir una retribución económica y utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo.

Cuando el esquema de retribución sea mediante tarifas pagados por los usuarios del servicio éstas serán ajustadas de acuerdo con las estipulaciones previstas en el respectivo contrato de concesión.

El esquema o ecuación económico-financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario.

¹⁵⁵ Arts. 89 y siguientes de la Ley de Contratación Pública; Arts. 85 y siguientes de la Codificación de la Ley de Contratación Pública; y, Arts. 82 en adelante de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La norma no sólo contempla el mantenimiento del equilibrio económico del contrato sino que lo trata como un “elemento esencial” de todo contrato de concesión. En este sentido, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas suscribe actas de restablecimiento del equilibrio económico financiero en los contratos de concesión que celebra con particulares para asegurar que estos no se vean afectados, cuando por hechos ajenos a su voluntad, las prestaciones de sus contratos se tornan más onerosas¹⁵⁶.

De la misma manera, el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas contempla como una atribución de la Dirección de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad de delegaciones y concesiones del Ministerio: “elaborar, analizar, establecer y evaluar la ecuación económico financiera que permita mantener el equilibrio económico financiero de los contratos de concesión”¹⁵⁷. Asimismo, la Dirección está obligada a “[p]articipar en las negociaciones y definiciones del Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero (REEF)”¹⁵⁸.

Igualmente, en el área de concesiones en materia vial el principio del equilibrio económico financiero se encuentra totalmente aceptado. El Reglamento de Concesiones del Sector Vial contiene una serie de disposiciones. En primer lugar, establece una definición de “equilibrio económico financiero”:

Equivale al mantenimiento de las condiciones económicas y financieras acordadas de conformidad a las bases y a la oferta presentada por el concesionario dentro del proceso licitatorio, plasmada en la ecuación económica financiera. Este equilibrio funciona a favor del concedente como del concesionario, y por lo tanto cualquiera de las partes podrá solicitar que se restablezca el equilibrio económico financiero si se presentaren cambios

¹⁵⁶ En base a la atribución conferida por el Art. 8,2.5.1, b, numeral 27 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas; vid. Corte Constitucional. Caso Jorge Guerrero Mora c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Causa No. 0289-2008-RA. Resolución No. 289. Registro Oficial Suplemento 607 de 08 junio 2009.

¹⁵⁷ Art. 8 2.5.1,b, numeral 8. en Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Acuerdo Ministerial 36. Registro Oficial Suplemento 93 de 30 noviembre de 2010.

¹⁵⁸ Art. 8,2.5.1, b, numeral 16 de la misma norma.

mayores en las condiciones económicas del país o por causas imprevistas fuera del control de partes, que no les fueren imputables¹⁵⁹

En segundo lugar, el art. 15 establece el derecho que tiene el concedente al mantenimiento del equilibrio económico financiero cuando este sea alterado por motivos que sean ajenos, como actos de autoridad o cambios mayores en las condiciones económicas del país. Incluso, el art. 16 obliga a la Administración contratante a reajustar el contrato cuando la causa sea imputable a la Administración contratante por modificaciones efectuadas por razones de interés público¹⁶⁰. La norma contempla la compensación por *ius variandi*.

Otro aporte de este reglamento es el referente a cómo debe efectuarse la compensación a favor del concedente en caso de alteración del equilibrio económico financiero: “[l]a compensación se dará en dinero, en aumento de plazos, en tarifas si fuere permitido, en especie, valores, en licencias, permisos, autorizaciones, instrumentos financieros o en cualquier otra modalidad siempre y cuando pudiere cuantificarse”¹⁶¹.

Por otro lado, la teoría del equilibrio económico financiero también ha sido reconocida por la jurisprudencia ecuatoriana. En el caso Ortega Delgado c. FISE, la ex Corte Suprema de Justicia reconoció la existencia del equilibrio económico financiero en los contratos administrativos y la obligación del Estado de restablecerlo cuando este equilibrio sea “alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes”¹⁶².

¹⁵⁹ Art. 3 del Reglamento de Concesiones del Sector Vial. Decreto Ejecutivo 872. Registro Oficial 182 de 02 octubre 2003.

¹⁶⁰ Art. 16.- Modificaciones por razones de interés público.- El concedente puede modificar, por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En tal caso, deberán modificarse en consonancia las condiciones económicas del contrato, de manera que se garantice el equilibrio económico de las partes y se compense a la parte que resultare afectada, si hubiera lugar a ello. En todo caso, esta medida será de carácter excepcional y únicamente si se verifican las condiciones que configuran el interés público, por razones relacionadas con la mejoría del servicio público y con el beneficio de los usuarios.

¹⁶¹ Art. 3 del Reglamento de Concesiones del Sector Vial. Decreto Ejecutivo 872. Registro Oficial 182 de 02 octubre 2003.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado c. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado. Causa No. 409-2007. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009.

Asimismo, en el caso SIMAR c. PREDESUR, la misma Corte ordenó a la Administración contratante pagar a favor de la contratista pagos efectuados por obras en exceso en las que existió un incremento sustancial del rubro de excavación en roca que no fue previsto en el contrato de mantenimiento de caminos vecinales. Si bien la Corte no fundamentó su decisión en el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, sí lo hizo en uno de sus principios fundamentales: el enriquecimiento injusto. Así, manifestó que negar el pago que le corresponde (a la contratista) “constituiría un caso de enriquecimiento injusto, esto es “logrado de manera ilícita o abusando de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios”¹⁶³.

También, la jurisprudencia arbitral local se ha manifestado al respecto. En el caso 001-01 de 2002 de la AMCHAM, el tribunal arbitral reconoció la teoría del equilibrio económico financiero en un contrato entre un particular con una empresa estatal para la prestación de servicios de refinación de derivados de crudo. La contratista solicitaba un ajuste del contrato debido al desfase económico que hubo en Ecuador por el incremento en el índice de inflación durante la crisis económica del 2000. El tribunal arbitral reconoció que: “[e]s un principio universal el de que nadie puede enriquecerse sin causa, a costa ajena, principio que se plasma en el mantenimiento del equilibrio contractual cuando varían las circunstancias económicas bajo las cuales se celebró un contrato”¹⁶⁴.

Consecuentemente, el tribunal ordenó el reajuste del contrato bajo la conclusión que:

El mantenimiento del equilibrio contractual y el reconocimiento de que las circunstancias económicas adversas, cambiantes y sorpresivas, como fueron las que imperaron en el Ecuador durante el período de finales del año 1999 y comienzos de 2000 ha de ser fundamento suficiente para reajustar el contrato en virtud del aforismo “rebús sic stantibus”, que consagra un principio de justicia para las relaciones contractuales.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Caso Compañía Simar Constructores c. Subcomisión Ecuatoriana PREDESUR. Causa No. 152-2003. Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

¹⁶⁴ Tribunal arbitral. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana. Caso No. 001-01. 19 marzo 2002.

Finalmente, la doctrina ecuatoriana confirma los conceptos analizados anteriormente. Autores ecuatorianos como Efraín Pérez¹⁶⁵, María Rivas Casaretto¹⁶⁶, Holger Vimos Reinoso¹⁶⁷ reconocen que la modificación del contrato administrativo siempre está sometida al mantenimiento del “equilibrio financiero-económico”. Adicionalmente, Antonio José Pérez reconoce que:

[I]a restitución del equilibrio económico financiero de un contrato suscrito con un ente público constituye un principio irrefutable de la contratación administrativa [...]. Reajuste de precios es la denominación legal que escogió la legislación ecuatoriana, correspondiente a un derecho habitual reconocido en el mundo entero desde que en Francia se desarrollara la materia de contratación pública [...], el sustento doctrinario de esta figura es el “equilibrio económico de los contratos”, que aplica básicamente a los contratos de servicios públicos, donde se reconoce el derecho del Contratante público de introducir modificaciones¹⁶⁸

De la misma manera, Rodrigo A. Escobar Gil refiriéndose a los contratos de servicios públicos no contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, manifiesta:

El sinalagma funcional del contrato administrativo implica que la alteración de uno de los extremos de la relación jurídica ocasiona la variación del otro. Si la posición económica del contratista es modificada por la imposición de nuevas obligaciones o cargas, la ley prevé como contraprestación la alteración de las obligaciones o cargas de la administración, para que esta se avenga a restaurar el equilibrio económico del contrato y así conciliar los intereses de ambas partes, que no se encuentran en un estado de conflicto sino de la colaboración para la realización del interés público, que es el fin del contrato¹⁶⁹

En conclusión, la teoría del equilibrio económico financiero dentro de los contratos administrativos ha sido acogida por el sistema jurídico ecuatoriano. Tanto profesores y

¹⁶⁵ Efraín PÉREZ y Antonio José Pérez. *Manual de Contratos del Estado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 33.

¹⁶⁶ María Dolores RIVAS. *El Control de los contratos administrativos*. Guayaquil: Edino, 2005, p. 40.

¹⁶⁷ Holger Vimos REINOSO. “Análisis del Reajuste de Precios en la Ejecución de obras públicas”. *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*. Ed. Genaro Eguiguren. Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, p. 34.

¹⁶⁸ Antonio José PÉREZ et. al. *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 356.

¹⁶⁹ Rodrigo A. ESCOBAR GIL. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública, p. 151-152, citado en: Antonio José PÉREZ et. al. *Manual de Contratación Pública... Óp. cit.*, p. 357.

juristas se manifiestan en su favor, así como decisiones de la jurisprudencia ecuatoriana confirman su aplicación en casos en los que el equilibrio económico del contrato se vea afectado.

4. Responsabilidad del Estado en el contrato petrolero

A partir de 1972 la industria petrolera pasa a ser considerada en el espectro nacional, el elemento más importante para la economía de Ecuador y es partir de la misma década que la legislación petrolera ecuatoriana alcanza un nivel más desarrollado. El primer modelo contractual, elaborado para la explotación de petróleo crudo, fue el Contrato de Arrendamiento Petrolero establecido en la legislación ecuatoriana en 1909. Este modelo fue utilizado en la contratación para exploración y explotación de minas y yacimientos de petróleo, asfaltos y gas natural. Se celebraron contratos con el señor Carlton Granville Dunne y otras empresas internaciones como Ecuador Oilfields Ltd. y Ancón Oil Company que tomaron en arrendamiento millares de hectáreas al sur de la Península de Santa Elena con el objeto de explotar hidrocarburos¹⁷⁰. El contrato de arrendamiento petrolero estuvo vigente hasta 1937, año en que fue derogado mediante Decreto No. 21 de 15 de abril de 1937.

De forma inmediata fue promulgada la Ley de Petróleos dictada el 6 de agosto de 1937, cuya vigencia y utilidad fue muy corta dado el acelerado desarrollo que venía experimentando la industria hidrocarburífera en el país. De hecho, el descubrimiento de petróleo en la región del Putuyamo en Colombia, abrió las puertas para que en Ecuador se inicie la explotación de petróleo en la región oriental, constituyendo este antecedente, el inicio del auge petrolero en el país.

La Constitución Política de 1945 otorgaba al Estado la facultad de explotar en forma directa las riquezas del subsuelo e implementó una nueva modalidad contractual: la concesión. Los beneficiarios de las concesiones se obligaban a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la economía nacional. Este modelo contractual fue con el que se firmó el mayor número de contratos para la explotación y explotación de hidrocarburos en el Golfo de Guayaquil. Además, en este periodo se inició un proceso de

¹⁷⁰ Luis ARAUZ. *Frente a nuestra realidad petrolera*. Quito: Artes Gráficas, 1990, p. 7.

concesiones a empresas extranjeras que dirigían sus expectativas a la riqueza petrolera en el Oriente Ecuatoriano¹⁷¹.

El 19 de agosto de 1961 se creó una Comisión Legislativa Permanente con el objetivo de unificar y simplificar la legislación petrolera existente, estructurando, en base a la Ley de Petróleos vigente y a las reformas dictadas sobre la materia, el Código de Petróleos. Lamentablemente, este instrumento legal llegó a ser una simple recopilación de leyes existentes en el contexto jurídico nacional que nada nuevo aportó a la legislación petrolera nacional¹⁷².

La única concesión que se efectuó en el Oriente fue a favor de la compañía Texas Petroleum Company, “Texaco”. La concesión establecía la propiedad del 50% del petróleo para el Estado. Posteriormente, se transfirió la concesión a favor del consorcio formado por Texaco y Gulf Ecuatoriana de Petróleo.

La concesión del primer pozo de petróleo, operado por dicho consorcio petrolero, marcó la reformulación de una nueva normativa hidrocarburífera que culminó con la expedición de la Ley de Hidrocarburos, el 01 de octubre de 1971. La nueva legislación disponía la celebración de nuevos contratos en base a modalidades expresamente señaladas, admitiendo como nuevas formas contractuales para explorar y explotar los yacimientos petroleros, diversos modelos como el contrato de asociación y el de operaciones hidrocarburíferas, o a su vez, constituyéndose a la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) junto a empresas nacionales o extranjeras, como compañías de economía mixta.

Una vez expedida la nueva Ley de Hidrocarburos, la contratación petrolera se transforma en una institución sólida pues contempla las modalidades contractuales que serán implementadas en el futuro. En este capítulo se realizará un análisis histórico sobre

¹⁷¹ Carlos Darío PADRÓN ROMERO. El contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en la legislación petrolera ecuatoriana. Tesis doctoral. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, p. 11.

¹⁷² *Id.*, p. 12.

cómo se estructuró la responsabilidad del Estado ecuatoriano por quebrantamiento de la ecuación económica-financiera en los tres primeros modelos de contratación petrolera: asociación, prestación de servicios petroleros y participación. Finalmente, se aborda el análisis de la cláusula referente al mantenimiento de la estabilidad contractual en el contrato de prestación de servicios petroleros celebrado por el Estado ecuatoriano en noviembre de 2010.

4.1. Análisis histórico

En Ecuador desde el descubrimiento de reservas potencialmente explotables de petróleo crudo, se han utilizado varias figuras contractuales para establecer el marco de las obligaciones y derechos que tienen las compañías privadas con el Estado. Actualmente, la Constitución Política contiene normas que reservan el dominio exclusivo de los hidrocarburos al Estado, pero permite que las labores de explotación, obtención y aprovechamiento económico de estos puedan delegarse a la iniciativa privada. Si bien las normas constitucionales no consagran los mecanismos de retribución de la actividad privada, estos mecanismos se encuentran en el marco legal correspondiente. En efecto, las formas de retribución han dado origen a las diversas modalidades de contratación previstas en la Ley de Hidrocarburos.

El principio de contratación en la industria de hidrocarburos nace del art. 41 de la Ley de Modernización que autoriza la delegación por parte del Estado a empresas privadas o mixtas, la explotación y exploración de los recursos naturales no renovables. La delegación es efectuada por el Estado a través de la suscripción de contratos administrativos con las compañías privadas. El contrato petrolero es el instrumento legal destinado a reglamentar las relaciones jurídicas, económicas, sociales y administrativas en las distintas etapas de la industria petrolera¹⁷³.

¹⁷³*Id.*, p. 32.

Después de la expedición de la Ley de Hidrocarburos, se han implementado tres tipos de contratos para la explotación de los recursos petrolíferos. Inicialmente, las compañías petroleras celebraban contratos de asociación en virtud de los cuales la carga inicial de la inversión recaía sobre la compañía y, posteriormente, tanto esta como el Estado venían obligados a aportar la financiación adicional. La compañía debía pagar regalías por la producción, además de un porcentaje de participación adicional en forma de impuesto a la renta. Contratos de este tipo se celebraron en la década de 1970.

En un segundo periodo, las compañías petroleras fueron autorizadas a celebrar “contratos de servicios” en virtud de los cuales el crudo producido era de propiedad de Petroecuador, en tanto que la compañía pagaba una tasa para extraer el crudo. En el marco de estos contratos se reintegraban todos los gastos a la contratista. Así, las compañías petroleras no incurrían en ningún riesgo, salvo en el caso de que durante el período de explotación no descubriesen petróleo.

Finalmente, bajo la modalidad de contratos de participación, la compañía petrolera asume todos los riesgos de la exploración y explotación, incluyendo todos los costes y gastos requeridos. Como contrapartida, la compañía petrolera recibe un porcentaje del petróleo extraído en forma de “factores de participación”. En virtud de este contrato, las compañías adquirirían el derecho de retener un porcentaje del crudo extraído. El porcentaje que cada compañía podía retener variaba en función del nivel medio diario de producción petrolera. Los porcentajes de producción convenidos con Petroecuador fueron denominados “factores X”.

A continuación analizaré el funcionamiento de cada una de las tres formas contractuales presentadas y me referiré a cómo se presenta la teoría del equilibrio económico financiero en cada una de ellas.

4.1.1. Contrato de asociación

Es la modalidad contractual creada por la Ley de Hidrocarburos¹⁷⁴ en 1978, que en su versión original del art. 13 se refiere a:

Aquellos [contratos] en que CEPE contribuye con derechos sobre áreas, yacimientos, hidrocarburos u otros derechos de su patrimonio y en que la empresa asociada contrae el compromiso de efectuar las inversiones que se acordaren por las partes contratantes. En el caso de abandono o devolución total de áreas por improductividad, nada deberá CEPE [Petroecuador actualmente] a la empresa asociada y quedará extinguida la relación contractual de asociación.

Se trata de un contrato de sociedad de acuerdo al art. 1984 del Código Civil en el que “dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. El socio Petroecuador aporta bienes y derechos que forman parte de su patrimonio, como entidad reglada del Estado; y la empresa contratista aporta las inversiones que se requieran para realizar actividades de exploración y explotación. Se crea una nueva entidad económica autónoma, llamada comúnmente consorcio, que agrupa los aportes de los asociados.

En cuanto a la participación se establece un sistema de escala negociada con la compañía asociada y el valor convenido constituye el pago de las inversiones que realiza y la utilidad que le corresponde. Petroecuador tiene el derecho de adquirir hasta el 25% de las acciones, lo que le permitirá una participación efectiva, para gozar de los beneficios propios de la asociación. El riesgo propio de las actividades de exploración corre por cuenta de la empresa contratista y no lo comparte con el Estado.

Con respecto a la estabilidad contractual, las Bases de Contratación para los Contratos de Asociación para Exploración de Hidrocarburos de 1973, no establecen en ninguna de sus disposiciones, normas referentes a la estabilidad contractual o modificaciones al contrato¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial 711 de 15 de noviembre de 1978.

¹⁷⁵ Bases para Contratos de Asociación para Explotación de Hidrocarburos. Decreto Supremo 316. Registro Oficial 281 de 06 de abril de 1973.

Los primeros contratos que fueron suscritos en 1972 con las compañías City Investing Company Ltd. y Texaco Company, tampoco contienen referencia alguna a modificaciones contractuales ni factores de reajuste que podrán ser introducidos cuando exista una modificación relevante en el régimen que rige al contrato¹⁷⁶.

4.1.2. Contrato de prestación de servicios

Con la finalidad de incentivar la inversión extranjera en el área petrolera y en búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento, en el año de 1982, se reformó la Ley de Hidrocarburos y se estructuró un nuevo tipo de contrato petrolero: el contrato de prestación de servicios para la explotación y exploración de hidrocarburos. Esta figura estuvo vigente hasta el año 1993 cuando se introduciría una nueva modalidad.

La Ley de Hidrocarburos de 1978 define en su art. 17 al contrato de prestación de servicios como:

[A]quellos [contratos] en que personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, debidamente calificadas, se comprometen a efectuar por cuenta o encargo de CEPE [Petroecuador actualmente], obras, servicios específicos aportando tecnología, capitales, equipos o maquinarias necesarios para el desarrollo de los trabajos contratados. El pago de los servicios será pactado por las partes contratantes en la forma que estimen conveniente.

La Ley No. 101 publicada en el Registro Oficial No. 277 de 23 de septiembre de 1982, introdujo la reforma en su art. 4:

Son contratos de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquellos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan para con CEPE a realizar, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y explotación hidrocarburífera en las áreas señaladas para el efecto invirtiendo capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados. Sólo cuando el prestador de servicios para la explotación y explotación de hidrocarburos hubiere

¹⁷⁶ Contrato de asociación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo entre CEPE y Cayman Corporation City Investing Company Limited y Southern Union Production Company. Decreto Ejecutivo No. 1163. Registro Oficial 412 de 17 de octubre de 1973.

encontrado, en área señalada, hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al reembolso de sus inversiones, costos y gastos y al pago por sus servicios en función de las inversiones no amortizadas, dentro de los plazos que para el efecto se señalen [...]

La figura terminó consagrándose en el art. 16 de la Ley de Hidrocarburos, reformada en 1993. Este contrato es conocido como contrato de riesgo, pues el contratista es quien asume el riesgo minero durante el período de exploración y si no encuentra hidrocarburos comercialmente explotables, no tendrá derecho al reembolso de sus inversiones.

El objeto de estos contratos es la prestación de servicios técnicos, financieros y administrativos, necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el área del contrato. La tasa por servicios es la cantidad anual pagadera en alícuotas mensuales que CEPE se obliga a cancelar a la contratista por sus servicios.

La empresa contratista no está obligada al pago de regalías, primas de entrada, derechos superficiales o pagos por obras de compensación, pues por la naturaleza misma del contrato de prestación de servicios, la empresa contratista realiza las labores por encargo del Estado ecuatoriano. La principal diferencia con los contratos de asociación es que “contablemente se invierte la circulación de la propiedad del petróleo, pues lo que en los contratos anteriores se llamaba costos, en los de servicios se llama reembolsos, y las utilidades de los unos pasan a ser la tasa de servicios de los otros”¹⁷⁷.

Con base en estos contratos, se convocó a seis concursos de licitaciones. Fueron 14 los contratos celebrados bajo esta modalidad. Sin embargo, dado el fracaso en la sexta ronda, para la séptima ronda de licitaciones petroleras, se incorporó la nueva modalidad. La modalidad de prestación de servicios fue utilizada en los contratos suscritos con las compañías Occidental Exploration and Production Company, el 21 de mayo de 1999, y Vintage Oil Ecuador S.A., el 23 de marzo de 2000.

Finalmente, con respecto a la teoría del equilibrio económico financiero en este tipo de contratos, las Bases de Contratación para Prestación de Servicios en Hidrocarburos de 1986

¹⁷⁷ Luis ARAUZ. *Frente a nuestra realidad... Óp. cit.*, p. 143.

no contienen disposición alguna referente a la existencia de la estabilidad contractual ni acerca del mantenimiento de este durante la ejecución del contrato. La sección 13.5.1. se refiere a las modificaciones que se pueden efectuar en los contratos pero simplemente describe a la forma de realizar modificaciones y no habla sobre el efecto de estas sobre el contrato o los derechos de la contratista¹⁷⁸. Asimismo, en la sección 23, referente al pago de tributos y participación laboral, rubros imputables al contratista, no considera los futuros cambios que puedan acontecer en el régimen fiscal o laboral¹⁷⁹.

A pesar de no encontrar disposiciones especiales en las Bases de Contratación, en los contratos de prestación de servicios efectivamente celebrados como aquellos referentes al bloque 2 y 7 sí encontramos cláusulas de estabilidad contractual. La cláusula No. 23.6 del contrato celebrado entre CEPE y Ecuador Inc. establece:

En Caso de modificación del régimen tributario o de su interpretación o del gravamen establecido en la Ley número ciento dos (102), si este Contrato fuera sometido a tarifas impositivas aplicables sólo a este tipo de contratos, *en la fórmula de la Tasa por los Servicios se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria resultante de tal cambio, a fin de no alterar la economía de este Contrato para la Contratista.* Se considerará que existen tarifas impositivas aplicables sólo a éste tipo de Contrato, si las compañías contratistas de prestación de servicios para la explotación y explotación de hidrocarburos constituyen el cincuenta (50) por ciento o más de los contribuyentes afectados, o si el cincuenta (50) por ciento o más del monto de las contribuciones provenientes de tales modificaciones fuera pagado por dichos contratistas. Pero si la modificación del régimen tributario es realizada bajo los principios de igualdad y de generalidad, de tal manera que afecten a todo el universo de contribuyentes del País, no habrá lugar a revisión alguna¹⁸⁰ (las cursivas son mías)

Y la cláusula No. 23.5. del contrato entre CEPE y BP Petroleum Development Ltd. establece:

¹⁷⁸ 13.5.1. Cuando las modificaciones al Contrato de Prestación de Servicios para Exploración y Explotación de Hidrocarburos, fueren por otras causas no especificadas en estas Bases, tales modificaciones deberán darse mediante la suscripción de los correspondientes contratos modificatorios, previa autorización de CEPE y del Ministerio de Energía y Minas.

¹⁷⁹ Bases de Contratación para Prestación de Servicios en Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo 1747. Registro Oficial 416 de 15 de abril de 1986.

¹⁸⁰ Contrato de prestación de servicios para la explotación de hidrocarburos en el bloque dos. Celebrado entre CEPE y Belco Petroleum con Ecuador Inc. Notaría Vigésima Tercera. Quito. 27 de junio de 1985.

En caso de modificación del régimen tributario o de su interpretación o del gravamen establecido en la Ley ciento dos (102), si este Contrato fuere sometido a tarifas impositivas aplicables solo a este tipo de Contrato, en la fórmula de la Tasa por los Servicios se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria resultante de tal cambio. (...) Se considerará que existen tarifas impositivas aplicables solo a este tipo de Contrato, si las compañías contratistas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos constituyen el cincuenta por ciento (50%) o más de los contribuyentes afectados, o si el cincuenta por ciento (50%) o más del monto de las contribuciones provenientes de tales modificaciones fuera pagado por dichos contratistas. Pero si la modificación del régimen tributario es realizada bajo los principios de igualdad y de generalidad, de tal manera que afecten a todo el universo de contribuyentes del País, no habrá lugar a revisión alguna ¹⁸¹ (las cursivas son mías)

En conclusión, en los contratos celebrados bajo esta modalidad contractual, ya se encuentra una cláusula específica que regula el equilibrio económico financiero del contrato. Las cláusulas establecen que sólo se insertará un factor de corrección cuando haya una modificación en el régimen tributario que incremente una tarifa impositiva que afecte directamente al contrato. Es decir, reconoce responsabilidad del Estado por *ius variandi*, variaciones que afecten de forma directa al contrato.

Sin embargo, las cláusulas limitan la responsabilidad del Estado con la contratista, en caso de modificaciones generales al régimen tributario, modificaciones que afectan “al universo de contribuyentes”. Se excluye entonces, la responsabilidad del Estado por hechos que se encuadran dentro de la teoría del hecho del príncipe, pues el Estado no introducirá un factor de reajuste, cuando se trate de una medida de carácter general.

4.1.3. Contrato de participación

En 1993 se introdujeron reformas a la Ley de Hidrocarburos mediante la Ley No. 44 publicada en el Registro Oficial 326 de 29 de noviembre de 1993. Fue durante el gobierno del Arq. Sixto Durán Ballén que se introdujo la forma de participación para la exploración

¹⁸¹ Contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el boque 7. Entre CEPE y BP Petroleum Development Limited. Notaria Vigésima tercera. Quito 18 de diciembre de 1985.

y explotación de hidrocarburos, con la cual se modificaron algunos de los contratos de asociación que estaban vigentes en esa época. El contrato de participación llegó a ser la figura más difundida para la contratación teniendo a su cargo varios bloques: 27 – CityOriente Ltd., 17 - EncanaEcuador S.A., 15 - Occidental, 21 – Perenco.

Para su implementación, se introdujo el art. innumerado a continuación del art. 12 de la Ley de Hidrocarburos que establece:

Son contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, aquellos celebrados por el Estado, por intermedio de Petroecuador, mediante los cuales delega a la contratista con sujeción a lo dispuesto en el numeral 1 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 producción. La contratista una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación de la producción del área del contrato, la cual se calculará en base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos (...)

Bajo esta modalidad, la empresa contratista se compromete a correr con todos los gastos e inversiones a su solo riesgo. Si no encuentra petróleo crudo comercialmente explotable, pierde su inversión; pero si encuentra petróleo, para recobrar su inversión y lograr su utilidad, recibe, por todo el tiempo del contrato, una parte de la producción, quedando todo el excedente en propiedad del Estado.

La obligación principal de Petroecuador es permitir que la contratista explore el subsuelo y si encuentra reservas potencialmente explotables, extraiga petróleo crudo. Otra, es la de pagar la participación que le corresponde a la contratista, pago que puede efectuarse en dinero o en petróleo. Como contraprestación, la contratista se obliga a explotar y explotar asumiendo todas las inversiones, costos y gastos necesarios.

En definitiva, mientras que en el contrato de prestación de servicios, el Estado reconoce a la contratista una tasa por los servicios y reembolsa las inversiones, costos y gastos en que haya incurrido periodo de explotación y explotación; en el contrato de participación, el Estado reconoce y entrega a la contratista, como participación, el porcentaje de la

producción extraída del área del contrato, de la cual la contratista recuperará sus costos, gastos e inversiones ejecutadas.

Esta modalidad contractual estuvo en vigencia durante la séptima y octava ronda de licitaciones petroleras. Las Bases de Contratación de Participación Petrolera, tanto de la séptima ronda (1994) como de la octava (1995) establecen en la sección referente al régimen tributario y participación laboral, en los numerales 24.2 y 24.3, correspondientes:

Los porcentajes de participación de las partes, en la producción del área del contrato, serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado, *para restablecer la economía del contrato*, vigente hasta antes de la modificación tributaria¹⁸² (las cursivas son mías)

Como se observa, por primera vez, las Bases de Contratación contienen disposiciones referentes al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato por modificaciones en el régimen tributario aplicable. Asimismo, encontramos disposiciones similares en los contratos celebrados bajo esta modalidad. Por ejemplo, tanto el contrato de Participación del Bloque 27 como el de Tarapoa contienen una disposición para renegociar los factores X en caso de que el equilibrio económico financiero del contrato se vea afectado por cambios imprevistos:

Modificación del régimen tributario.- En caso de modificación del régimen tributario o de la participación laboral vigentes a la fecha de suscripción de este Contrato y según están descritos en esta cláusula, o de su interpretación, o creación de nuevos impuestos o cargas no previstas en este Contrato, que tenga consecuencias en la economía de este Contrato, en los porcentajes de participación *se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o participación* antes indicados (las cursivas son mías)

Las cláusulas referentes al equilibrio contractual establecidas en estos contratos desarrollan de forma más amplia la responsabilidad del Estado por mantenimiento de la ecuación económico financiera. Primero, agregan modificaciones en la participación laboral además de las modificaciones en el régimen tributario aplicable. Segundo, ya no

¹⁸² Bases de Contratación de Participación Petrolera. Séptima Ronda. Decreto Ejecutivo 1416. Registro Oficial 364 de 21 de enero de 1994 y Bases de Contratación de Participación Petrolera. Octava Ronda. Decreto Ejecutivo 2845. Registro Oficial Suplemento 729 de 03 julio de 1995.

existen limitaciones a la obligación del Estado de introducir un factor de ajuste en caso de cambios provenientes de medidas generales en el régimen tributario. Esto demuestra un avance a favor de los derechos del contratista pues no tendrá que soportar los efectos económicos que provengan de modificaciones directas o generales al régimen tributario, que no estuvieron contempladas al momento de celebrar el contrato.

En resumen, en los contratos de participación se evidencia un avance sustancial en cuanto al desarrollo de la teoría del equilibrio económico-financiero del contrato pues existen disposiciones específicas en las Bases de Contratación, cláusulas especiales en los contratos celebrados con las compañías privadas e incluso, existieron controversias tanto locales como internacionales en las que se discutió la eficacia y alcance de esta cláusula.

Primero, en el proceso arbitral entre la compañía estadounidense Occidental Exploration and Petroleum Company (Occidental) contra la República de Ecuador de 2002, un tribunal arbitral internacional resolvió la disputa que versaba sobre dos puntos fundamentales: el primero referente a la negativa del Servicio de Rentas Internas de devolver el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a la compañía; y el segundo, sobre el aumento en la tarifa del IVA del 10% al 12%¹⁸³.

Con respecto al primer punto, desde 1998 Occidental había recibido el reintegro de los pagos de IVA efectuados al SRI, por tratarse de operaciones relativas a la adquisición de bienes y servicios locales utilizados para la producción de crudo destinado a la exportación. Sin embargo, a partir de 2001, el SRI se negó a devolver los pagos a Occidental, alegando que la devolución de IVA ya estaba cubierta por el porcentaje de participación que le otorgaba el contrato a la compañía. Sobre este punto, el tribunal consideró que el reintegro del IVA nunca estuvo incluido en el factor X del contrato. Después de efectuar un análisis de las actas de negociación del contrato, el tribunal concluyó que para Occidental era fundamental aclarar el reintegro del IVA, pues bajo la forma contractual de prestación de servicios en la que operaba anteriormente, este rubro era cubierto como un gasto. Y, bajo la

¹⁸³ Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres. Occidental Exploration and Petroleum Company c. República de Ecuador. Caso LCIA No. UN3467. 01 julio 2004.

nueva forma de participación, no estaba claro si el reintegro del IVA sería cubierto por el factor X. Además, la cláusula contractual referente al restablecimiento del equilibrio económico financiero cubría cambios en la legislación impositiva, es decir que si las partes hubieran considerado que el reintegro del IVA estaba dentro del factor X del contrato, no hubieran colocado esta disposición.

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que era innecesario efectuar una renegociación del contrato para restaurar el equilibrio económico pues si se efectuaba el reintegro del IVA, la ecuación se mantendría neutra. Sin embargo, debido a la negativa del SRI de efectuar los reintegros, se había causado un menoscabo a la compañía petrolera pues esta había excluido el pago de IVA como un gasto. Occidental tenía pleno derecho a invocar la cláusula de mantenimiento del equilibrio contractual si el Estado se negaba a reintegrar estos rubros¹⁸⁴.

En referencia al segundo punto, la tarifa del IVA a la firma del contrato con Occidental era del 10%, impuesto que estaba incluido dentro del monto de producción por barril como gasto. Sin embargo, de forma posterior la tarifa se incrementó en un 2%. El tribunal arbitral consideró, una vez más, la cláusula referente al restablecimiento del equilibrio económico establecida en el contrato. Esta recogía el supuesto alegado, bajo la “creación de nuevos gravámenes no previstos en el contrato”. Era obligación del Estado entonces, introducir un factor de corrección en los porcentajes de participación que absorba el incremento de la carga tributaria. Por lo tanto, el tribunal consideró que la compañía debió demandar la aplicación del factor de corrección respecto del 2% del IVA ante las instancias locales. Añadió que existía la necesidad de pedir formalmente la aplicación del factor de corrección de los porcentajes de participación en virtud del incremento del IVA en dos puntos, lo que no se realizó por parte de la demandante¹⁸⁵.

En conclusión, el tribunal resolvió que el reintegro del IVA abonado a cuenta de la importación o adquisición de bienes y servicios locales utilizados para la producción de

¹⁸⁴ *Id.*, par. 114.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 143.

crudo destinado a la exportación no estaba incluido en el factor X del Contrato de Participación de Occidental, y que la negativa del SRI a reintegrar el IVA constituía una violación a la norma de tratamiento nacional estipulada por el Art. II(1) del Convenio para el Fomento y la Participación Recíproca de Inversiones entre Estados Unidos y Ecuador. Además, desestimó la pretensión de la compañía en cuanto al incremento de la tarifa del IVA, pues consideró que este reclamo estaba recogido dentro de la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico que se había pactado en el contrato.

Por otro lado, durante la ejecución de los contratos de participación, celebrados en la séptima y octava ronda, hubo más controversias por los cambios en la legislación tributaria enunciados anteriormente. El Estado ecuatoriano adoptó una posición razonable y decidió renegociar directamente con las compañías petroleras afectadas por los cambios fiscales. Así, encargó a la Procuraduría General del Estado suscribir Actas de Acuerdo para restablecer el equilibrio económico financiero afectado en sus contratos. Tomemos el caso de City Oriente Ltd. que operaba en el bloque 27. El contrato establecía en la cláusula 11.9 lo siguiente:

Modificación del régimen tributario.- En caso de modificación del régimen tributario o de la participación laboral descritos en esta Cláusula, o de su interpretación, o de creación de nuevos tributos o gravámenes no previstos en este Contrato, que tengan consecuencias en la economía de este Contrato, en los porcentajes de participación se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o de la participación laboral antes indicados.

La legislación tributaria vigente a la fecha de suscripción del contrato establecía una tarifa de IVA del 10% para la compra local e importación de bienes así como para la prestación de los servicios expresamente detallados en la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI). De igual manera, se establecían las transferencias de bienes que estarían gravadas con tarifa 0% o exentas de este impuesto. De forma posterior, mediante Ley No 99-24 con vigencia a partir de 1 de mayo de 1999 se modificó la LRTI y se gravó con la tarifa del 10% a los servicios que anteriormente gozaban de tarifa del 0% o no estaban gravados con este impuesto. Y de manera similar, mediante Ley No. 99-41 con vigencia a partir del 1 de enero de 2000, se modificó la tarifa del IVA del 10% al 12%.

Posteriormente, mediante Ley No. 2001-41 con vigencia a partir del 1 de junio hasta el 31 de agosto de 2001, la tarifa del IVA es elevada del 12 % al 14%; y, vuelve a la tarifa del 12%, a partir del 1 de septiembre de 2001, siendo esta última tarifa la vigente durante la renegociación.

Dadas todas estas modificaciones legales en el régimen tributario, se produjo una controversia respecto del impacto de las mismas sobre el equilibrio económico del contrato, razón por la cual el 27 de octubre de 2003 mediante oficio No. DPR-2003-229, la Presidencia de la República dispuso a la Dirección General del SRI que casos como este, debían resolverse teniendo como principio rector el de estabilidad económica contractual, atendiendo cada situación particular.

Con estos antecedentes, se firmaron Actas de Acuerdo en las que se otorgó una compensación a las compañías petroleras por los cambios en la legislación tributaria y que afectaron el equilibrio económico financiero de sus contratos. En aplicación de la cláusula 11.9 de este contrato, por ejemplo, el petróleo crudo que debía recibir el contratista fue liquidado y pagado por Petroecuador a favor de City Oriente Ltd., con petróleo crudo proveniente de la participación del Estado ecuatoriano en la producción del Bloque 27 conforme al procedimiento acordado en las Actas de Acuerdo.

Ahora bien, este es el un caso que merece atención pues el Estado reconoció de forma expresa el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero a favor de las contratistas. Incluso, se efectuó un proceso de negociación directa entre la contratista y la Administración contratante para reajustar el contrato. Una vez más, se evidencia cómo ha evolucionado la responsabilidad del Estado por quebrantamiento de la ecuación económico-financiera del contrato. Además, después de haber sido condenado internacionalmente, el Estado ecuatoriano aplicó una medida similar a las que utilizó el Estado argentino de forma posterior a la crisis del 2000 con sus contratistas privadas.

4.2. Análisis de la cláusula en el contrato de prestación de servicios petroleros

La Constitución Política de 2008 recoge amplias disposiciones que determinan el control del Estado sobre los hidrocarburos. Así tenemos que, el numeral 11 del art. 261 dispone que el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre los recursos energéticos, minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales. El art. 313 señala que se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas y los recursos naturales no renovables. El art. 408 establece que de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos. El Estado participara en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. Además, de acuerdo al numeral 15 del art. 326, la producción hidrocarburífera es considerada un servicio público¹⁸⁶.

Dentro de este contexto constitucional se pueden entender las reformas a la Ley de Hidrocarburos introducidas por la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y Ley de Régimen Tributario Interno publicada en Registro Oficial Suplemento 244 de 27 de julio del 2010. Estas tenían como objetivo “la adopción de un marco jurídico e institucional, que acorde a la nueva Constitución de la República, permita un mayor control y titularidad del Estado ecuatoriano sobre los recursos hidrocarburíferos”. De la exposición de motivos se desprende el fundamento para el cambio a la utilización de la modalidad contractual de prestación de servicios redefinida legalmente:

Para atender las circunstancias actuales del sector resulta necesario reformar la Ley de Hidrocarburos, introduciendo disposiciones que permitan impulsar la actividad hidrocarburífera incrementando los niveles de producción de los campos petroleros, dentro de un esquema contractual de prestación de servicios, que devuelva la titularidad de la totalidad de la producción nacional a favor del Estado estableciendo únicamente el reconocimiento de una tarifa por barril producido a favor de las Contratistas, que no

¹⁸⁶ Cabe recalcar que si bien la Constitución le atribuye el carácter de servicio público, la contratación petrolera no se rige por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pues señala expresamente en su Derogatoria:

“9 (...) Se exceptúan expresamente (de la derogatoria las normas sobre) las contrataciones en actividades de exploración de los recursos hidrocarburíferos”.

fluctúe en función del precio del petróleo, del cual se han beneficiado desproporcionadamente las compañías operadoras.

Así, la mencionada Ley Reformativa en su art. 7 reformó el art. 16 de la Ley de Hidrocarburos para regular de diferente forma al contrato de prestación de servicios petroleros:

Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados.

Cuando existieren o cuando el prestador de servicios hubiere encontrado en el área objeto del contrato hidrocarburos comercialmente explotables, tendrá derecho al pago de una tarifa por barril de petróleo neto producido y entregado al Estado en un punto de fiscalización. Esta tarifa, que constituye el ingreso bruto de la contratista, se fijará contractualmente tomando en cuenta un estimado de la amortización de las inversiones, los costos y gastos, y una utilidad razonable que tome en consideración el riesgo incurrido.

De los ingresos provenientes de la producción correspondiente al área objeto del contrato, el Estado ecuatoriano se reserva el 25% de los ingresos brutos como margen de soberanía. Del valor remanente, se cubrirán los costos de transporte y comercialización en que incurra el Estado. Una vez realizadas estas deducciones, se cubrirá la tarifa por los servicios prestados.

La contratista tendrá opción preferente de compra de la producción del área del contrato, a un precio que en ningún caso será inferior al precio de referencia definido en el artículo 71, no obstante se adjudicará a la empresa que ofertare a un precio en mejores condiciones.

Si bien la figura de la prestación de servicios, como contrato de riesgo petrolero, una vez concluidas las rondas séptima y octava, quedó relegada a la ejecución de obras o servicios específicos para apoyar a la operación de Petroecuador; desde el inicio del actual Gobierno del presidente Rafael Correa, se propuso renegociar los contratos petroleros dentro de la nueva política hidrocarburífera para cambiar la figura de la participación a la real prestación de servicios petroleros, adecuando su tratamiento en la Ley de Hidrocarburos.

Basándose en las modificaciones legales referidas y después de casi un año de negociaciones con las compañías petroleras, la Secretaría de Hidrocarburos, a nombre del Estado ecuatoriano, suscribió ocho contratos de prestación de servicios, con cinco empresas que aceptaron cambiarse del anterior contrato de participación. Las compañías Agip Oil (Italia), Enap-Sippec (Chile), Andes Petroleum Ecuador (China), Petroriental (China) y Repsol (España) aceptaron las nuevas condiciones del contrato de prestación de servicios.

En esta nueva forma de contratación aplicada en la industria petrolera, podemos analizar las disposiciones referentes al equilibrio económico financiero. La cláusula décimo octava del contrato establece los factores de corrección en caso de desequilibrio económico. Se trata de hechos previstos por las partes durante las negociaciones del contrato y que han estimado que en caso de que cualquiera de estas situaciones afecte la ecuación económica-financiera, el Estado introducirá un factor de reajuste. Por ser este el tema central de esta tesina, considero necesario citar toda la cláusula *in comento*:

18.1 En caso de que se presentaren cualquiera de los eventos que se describen a continuación, con posterioridad a la fecha de suscripción del Contrato Modificatorio, a pedido motivado de cualquiera de las partes, se incluirá un factor de corrección que absorba el incremento o disminución de la carga económica, si como efecto directo de dicho evento, se hubiese producido un desequilibrio económico para la Parte solicitante:

18.1.1 Modificación de los porcentajes de los tributos aplicables, creación de nuevos tributos, eliminación de tributos;

18.1.2. Modificaciones a la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta, como consecuencia de cambios legales o reglamentarios;

18.1.3. Modificación al crédito tributario previsto en el artículo sesenta y seis de la Ley de Régimen Tributario Interno;

18.1.4. Modificación del porcentaje de participación laboral sobre las utilidades líquidas;

18.1.5. Modificación a la legislación de hidrocarburos;

18.1.6. Modificación a la legislación ambiental;

18.1.7. Imposición, modificación o eliminación de gravámenes, regalías, primas de entrada, derechos superficiarios, pagos de compensación y/o cualquier otro tipo de gravamen, contribuciones o participaciones no tributarias; y

18.1.8. Reducción de la tasa máxima de producción. Este factor tendrá como único propósito compensar el desequilibrio económico presentado.

18. 2. El régimen monetario aplicado a este Contrato Modificatorio está sujeto a lo que dispone la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, conforme a la cual la contratista tiene derecho a:

18.2.1 Recibir el pago a la contratista en dólares y a disponer de los Dólares recibidos de la Secretaría en concepto de Pago de la Tarifa para Campos en Producción y de ser aplicable la Tarifa para Campos Nuevos o por Producción Incremental fruto de la Recuperación Mejorada

18.2.2. Mantener, controlar y operar cuentas bancarias en Dólares, tanto en el Ecuador como en el exterior, y a mantener en el exterior los fondos depositados en dichas cuentas sin restricción alguna.

18.2.3. Disponer libremente, distribuir, remesar o retener en el exterior, sin restricción alguna, sus utilidades netas anuales después de todas las deducciones legales y tributarias establecidas en la ley aplicable.

18.3. Si se modificare el régimen monetario u otra ley de manera que se modificare el régimen monetario u otra ley de manera que se modifique alguno de los derechos de la Contratista referidos en la cláusula 18.2, la Contratista tendrá derecho a:

18.3.1 Si se modificare el régimen cambiario: A seguir recibiendo el pago a la contratista en Dólares.

18.3.2. Si se modificare alguno de los derechos definidos en la cláusula 18.2: A que se incluya un factor de corrección que absorba el impacto económico que tal modificación tuviese.

18.4. De igual forma, si se presentare una modificación del régimen cambiario u otra ley que resulte en un desequilibrio económico a favor de la Secretaría, se incluirá un factor de corrección que absorba el impacto económico que tal modificación tuviese.

18.5 En el evento de que se modifique el margen de Soberanía de las Partes, de mutuo acuerdo, deberán identificar las posibles afectaciones al equilibrio económico de este Contrato Modificatorio, así como las Modificaciones contractuales y/o factores de corrección que deberán ser aplicados

18.6. En caso de discrepancia entre las Partes con respecto al cálculo y/o el valor del respectivo factor de corrección, la Contratista podrá solicitar la intervención de un Consultor de conformidad con la cláusula treinta y tres punto tres ¹⁸⁷

La cláusula reproducida aborda una amplia variedad de situaciones que pueden afectar el equilibrio financiero del contrato: modificación de los porcentajes de los tributos aplicables o de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta, modificaciones en el porcentaje de participación laboral sobre las utilidades líquidas, modificaciones en la legislación de hidrocarburos y ambiental, modificaciones al régimen cambiario, modificación del margen de Soberanía. En general, cubre hipótesis que podrían encuadrarse tanto en la doctrina del hecho del príncipe como es el caso de modificaciones en el margen

¹⁸⁷ Contrato modificatorio de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo), en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica. 23 noviembre de 2010. Notaria Vigésimo Primera.

de soberanía del contrato o como *ius variandi* en el caso de modificaciones a las normas tributarias o laborales.

Sin embargo, existen varios supuestos que no se encuentran recogidos por esta cláusula y que de la misma manera, podrían tener efectos sobre la ecuación económico-financiera del contrato. Situaciones como las siguientes:

- a) Demandas de compensaciones económicas por parte de las comunidades indígenas que nazcan de las consultas previas de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 7 del art. 57 de la Constitución Política¹⁸⁸.
- b) En el área tributaria, no está contemplada la modificación del porcentaje de retención del impuesto a la renta. Si el porcentaje de retención aumenta, lógicamente le quita liquidez a la compañía para desenvolverse en el resto del año fiscal. Así también, no está contemplada la modificación de la forma del cálculo del anticipo al impuesto a la renta. Actualmente este valor se calcula de acuerdo a una suma matemática de porcentajes de varios rubros, entre ellos activos de la compañía, ingresos gravables y patrimonio. Si los porcentajes de estos rubros se incrementan de un año a otro, de igual forma la liquidez de la compañía se vería afectada pues tendrá que destinar un porcentaje mayor de sus ingresos brutos al pago del anticipo.
- c) La expedición de una ordenanza por el gobierno municipal o provincial donde se realizan las actividades de exploración y explotación. Por ejemplo si dicha ordenanza ha sido expedida para regular de forma extremadamente rigurosa el uso del suelo en esa jurisdicción, prohibiéndose por algunos años la construcción de

¹⁸⁸ **Art. 57.-** Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

nuevas carreteras en el área. La compañía petrolera, que está operando en el área, debe adaptarse a la nueva normativa pues se trata de normas de orden público que son de cumplimiento imperativo. Así, la compañía buscaría una solución para transportar los materiales, maquinaria y recursos necesarios para su operación a través de sistemas alternativos de transporte como monorrieles o servicio aéreo.

En este caso, el cumplimiento de las obligaciones contractuales para la compañía es posible, sin embargo, efectuarlo de una manera no prevista durante la celebración del contrato, acarrea una carga económica superior para el contratista que debe afectar toda su organización operativa y logística para la creación de un nuevo sistema de transporte de materiales e insumos. En consecuencia, la compañía tendría el derecho a solicitar un reajuste del equilibrio financiero del contrato, pues una medida de carácter general ha afectado la forma de ejecución del servicio generándole mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

- d) Finalmente, el evento de fluctuación de costos operativos que suceda de manera excepcional, podría considerarse como un caso de teoría de la imprevisión. Si bien en el contrato existe un ajuste de precio que se debe cancelar y calcular mensualmente a la compañía privada, la estipulación contractual para la corrección por inflación de los costos y su fórmula de ajuste contienen unos factores muy limitados y generales y no recogen todas las posibilidades que pueden generarse y afectar el equilibrio del contrato en la industria petrolera específicamente¹⁸⁹.

Si por ejemplo analizamos el impacto del acero en la industria petrolera, observamos que es un material importante en las líneas de producción de las operadoras ya que se utiliza para la tubería que utilizan los pozos, tanques, separadores, oleoductos, gasoductos, poliductos y demás sistemas de transporte de

¹⁸⁹ El factor de ajuste por inflación de costos operativos es la variable por la cual se debe multiplicar la cantidad de barriles extraídos por la tarifa mensual por barril, para así obtener el valor que mensualmente el Estado ecuatoriano, a través de la Secretaría de Hidrocarburos, debe cancelar a la compañía privada. Este factor de ajuste por inflación está elaborado en base a dos índices económicos: Consumer Price Index (CPI) y el Producer Price Index (PPI). Estos índices son manejados por el Buró de Estadísticas Laborales que a su vez es parte del Departamento Laboral del Gobierno de los Estados Unidos de América. El CPI mide los cambios de precio en el tiempo, de productos consumibles y servicios de productos de Estados Unidos. Por otro lado, el PPI mide el cambio de los precios en el tiempo.

hidrocarburos. Asimismo, los principales insumos que requiere la industria petrolera están hechos de acero como lo son los equipos de perforación y los taladros. El precio de esta materia prima tiene una gran influencia de China, porque es el mayor productor de acero en el mundo, acaparando una cuota del 35% del mercado mundial.

Siguiendo con el ejemplo, al existir una crisis en China que produzca el cierre de gran parte de la producción de su acero, esto podría tener una repercusión incrementando en 50% el precio del acero a nivel mundial. Esta subida en el precio, afectará de forma directa los costos de producción de petróleo en el mundo, pues como se explicó, el acero representa un insumo importante en la operación petrolera. Así, esta situación imprevisible y ajena al control de las partes contratantes, compañía petrolera y Estado ecuatoriano, afectará la economía del contrato para la contratista pues deberá incurrir en gastos mayores que no fueron previstos al inicio de la operación y la fórmula de ajuste de costos operativos de seguro no compensará este incremento.

En definitiva, tanto los factores de corrección como la fórmula para el ajuste de los costos forman parte de la ecuación económica del contrato. Construyendo el alea normal que todo contratista debe soportar como parte del giro normal del negocio. Sin embargo, cualquier hecho imprevisto que genere que los costos de producción superen un ámbito razonable que previó el contrato, es susceptible de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Para el tratadista Fernando Fueyo Laneri, el factor de ajuste no puede actuar de “adivino”, puesto que el mercado tiene muchas variantes y hechos imprevisibles que pueden trastocar el equilibrio contractual originalmente pactado por las partes¹⁹⁰. En este sentido, si bien la cláusula de ajuste de precios como la cláusula de factores de corrección prevén circunstancias específicas de desequilibrio contractual, con los ejemplos descritos

¹⁹⁰ Fernando FUEYO LANERI. “Algo sobre la teoría de la imprevisión”. Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista de Derecho y Jurisprudencia: Edición Bicentenario*. Vol. 1. Santiago de Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009, p. 772.

he demostrado que existen circunstancias no contempladas por la cláusula que pueden presentarse y afectar de igual forma el equilibrio económico del contrato.

Ahora bien, una vez aclarado que existen circunstancias que no han sido recogidas por esta cláusula, el problema jurídico a analizar se refiere a: ¿qué sucede en el supuesto en el que el equilibrio contractual del contrato se vea afectado por un acto o hecho que no esté enunciado en la cláusula de forma expresa? ¿Sigue siendo el Estado responsable por esta alteración, o se entiende que las causales enumeradas en la norma son taxativas? En definitiva, ¿debe el Estado introducir un factor de compensación cuando una circunstancia, que no está contemplada en la enumeración de la cláusula, afecta la ecuación económico-financiera del contrato?

La respuesta a estas interrogantes será obtenida considerando tres criterios relevantes: los principios que rigen el contrato de prestación de servicios petroleros como contrato administrativo, análisis de la renuncia de derechos y los métodos de interpretación del contrato administrativo.

4.2.1. Principios aplicables

Los principios de conmutatividad, mantenimiento del equilibrio contractual del contrato y derecho de propiedad se ven íntimamente relacionados en este punto. La regla general en los contratos administrativos es su carácter oneroso-conmutativo, por el cual las obligaciones de las partes deben ser equivalentes durante toda la ejecución contractual. Así, es un derecho esencial del contratista que cuando esta equivalencia se pierda, el Estado deba restablecerla. Además, como derecho que ha nacido del contrato a favor del contratista, forma parte de su derecho de propiedad.

Estos tres principios se interrelacionan a su vez con el principio de igualdad ante la ley, por el cual la Administración Pública debe siempre propender por la igualdad de los administrados. Nadie está obligado a soportar cargas que jurídicamente no le corresponden.

Y en caso de hacerlo, tiene derecho a que el Estado le indemnice por ello. Resultaría “ilógico exigir al contratista particular que soporte más perjuicios que el resto de la comunidad en detrimento de sus intereses”¹⁹¹.

Por ello, si el Estado, a través de un acto que no ha sido previsto por la referida cláusula, altera la ecuación económico financiera del contrato, y se niega a reconocer dicha alteración, estaría violando el principio de igualdad ante las cargas públicas pues el contratista no tiene la obligación jurídica de soportar los efectos de esa medida y además violaría su derecho de propiedad, derecho constitucionalmente protegido.

Otro argumento se encuentra en los principios de buena fe negocial y la equidad contractual que son transversales a todo tipo de contratación. Para el profesor Agustín Gordillo, los contratos administrativos son esencialmente de buena fe, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que le favorezcan en perjuicio del contratista¹⁹². Por lo que la Administración deberá actuar mostrando respeto a los derechos adquiridos por el contratista derivados del contrato.

4.2.2. Renuncia de derechos

En el contexto anterior, debemos comprender entonces que es un verdadero derecho del contratista, el mantenimiento del equilibrio contractual durante la vigencia de todo el contrato. Lo que a su vez, constituye para la Administración Pública una obligación contractual que le hace responsable, en caso de incumplimiento. La pregunta entonces es: ¿Puede el contratista renunciar a este derecho, a pesar de estar protegido por normas y principios de rango constitucional?

¹⁹¹ Roberto DROMI. *Las ecuaciones de los contratos públicos...Óp. cit.*, p. 243.

¹⁹² Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo...Óp.cit.*, p. XI-47.

La renuncia de derechos como facultad de todo individuo, se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio se encuentra recogido en el art. 11 del Código Civil ecuatoriano que establece: “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia”.

La norma contempla límites claros a la renuncia: el interés privado del renunciante y la ausencia de prohibición en el ordenamiento jurídico. El principio de autonomía de la voluntad es solo aplicable en cuanto a que las partes de un contrato pueden pactar derechos para ambas o una de ellas, y así mismo pueden renunciar a ellos. Sin embargo, cuando nos encontramos ante un derecho de naturaleza pública como lo es el mantenimiento del equilibrio contractual, su renuncia se convierte en un problema de orden público. Así, la existencia de una disposición contractual que pretenda extinguir un derecho de esta naturaleza, genera dudas en cuanto a su validez.

Héctor Escola entiende que son nulas las cláusulas mediante las cuales el contratante renuncia a reclamar indemnización por los daños y perjuicios derivados del hecho del príncipe en general, pues se trata de una cuestión de orden público¹⁹³. En el mismo sentido, Gabino Fraga considera que esta cuestión se refiere a la validez de las cláusulas contractuales que limitan o excluyen la responsabilidad del Estado por actos que le son imputables como el hecho del príncipe y *ius variandi*.

Para determinar la validez de dichas cláusulas se debe ir a la validez de una cláusula exorbitante expresa. Es necesario que el contenido de dicha cláusula no exceda de determinados límites. El límite hasta dónde puede llegar una cláusula exorbitante, sin violar la juridicidad, coincide con el límite de las potestades o prerrogativas públicas del Estado. Ninguna cláusula exorbitante puede implicar un agravio a la letra o al espíritu de la Constitución. Dentro de todo lo que la Constitución permita, será lícita toda cláusula exorbitante expresa¹⁹⁴

¹⁹³ Héctor ESCOLA. *Tratado integral de los contratos administrativos*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 692.

¹⁹⁴ Gabino FRAGA. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1944, p. 736.

Bajo su perspectiva, una cláusula como esta, debe analizarse desde la figura de las cláusulas exorbitantes de la Administración, las cuales tienen su límite en el principio de legalidad pero además en los derechos patrimoniales del contratista. Así, una cláusula exorbitante que limite la responsabilidad del Estado y además sacrifique derechos constitucionales, podría adolecer de nulidad.

Para Miguel Marienhoff sería nula la cláusula en cuyo mérito el contratista renuncie o aparezca renunciando de manera general a reclamar indemnización por los perjuicios que le origine el hecho del príncipe, se trataría de una cláusula ilegal¹⁹⁵. De la misma manera, Efraín Pérez citando a Jèze, considera que “sería nula de orden público una cláusula general de irresponsabilidad de la Administración por las faltas que ella pueda cometer”¹⁹⁶.

El que llegase a contratar con la Administración sin derechos en cuanto a la estabilidad económica, estaría asumiendo la hipótesis de un negocio perjudicial y hasta inejecutable. Sólo alguien poco serio o más exactamente un irresponsable aceptaría realizar un contrato en esas condiciones. Esto, conforme a la ley, es calificado como inadmisibles pues, las legislaciones tradicionalmente descalifican las propuestas manifiestamente inejecutables, ya que, si fueran aceptadas, pondrían en riesgo el interés público sustanciado en el contrato. Y en el caso de que el eventual contratado estuviese dispuesto a absorber el perjuicio, asumiendo contratos antieconómicos, revelaría el propósito de eliminar a sus concurrentes, a cualquier precio, para obtener el dominio del mercado. Éste sería un procedimiento abusivo, rechazado por las legislaciones contemporáneas¹⁹⁷

Es evidente que la doctrina en general, se manifiesta contraria y califica de “ilegal” y “nula” a una cláusula en la que el contratista renuncie a su derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero. Situación que me lleva al siguiente punto, ¿cómo debe interpretarse a la cláusula mencionada, para que evite ser invalidada por contravenir disposiciones de orden público?

¹⁹⁵ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo... Óp. cit.*, p.492.

¹⁹⁶ Efraín PÉREZ. *Derecho Administrativo...Óp. cit.*, p. 902.

¹⁹⁷ Celso BANDEIRA DE MELLO, “Las cláusulas de reajuste... Óp. cit., p. 908.

4.2.3. Interpretación del contrato

La literalidad de la cláusula no nos permite determinar si se trata de una enumeración taxativa o meramente ejemplificativa pues esta establece que: “En caso de que se presentaren cualquiera de los eventos que se describen a continuación [...]”. No se mencionan frases de tipo restrictivo como “sólo en los siguientes eventos”, “cuando concurren las siguientes circunstancias” o “el Estado introducirá un factor de corrección, solamente en los eventos que se describen a continuación”. Por lo tanto, debemos acudir a los métodos de interpretación del contrato para obtener la respuesta.

La interpretación de un contrato administrativo debe regirse en general, por lo acordado en el contrato, por las disposiciones de carácter público administrativo, y supletoriamente, por el derecho privado¹⁹⁸. Para efectuar la interpretación de las cláusulas contenidas en contratos administrativos debemos recurrir a los principios generales de interpretación de los negocios jurídicos que se encuentran en el Código Civil. De hecho, la cláusula cuarta del contrato de prestación de servicios petroleros estudiado, establece que la interpretación del contrato se regirá por la ley aplicable, es decir la ley ecuatoriana. Además, establece de forma expresa que para la interpretación del contrato, se deben considerar “las disposiciones del Título Décimo Tercero (XIII), Libro Cuarto (VI), del Código Civil”¹⁹⁹.

El criterio principal que rige la interpretación del contrato dentro del sistema contractual ecuatoriano es la real voluntad de las partes contratantes. Disposición contenida en el art. 1567: “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Entonces es necesario analizar cuál fue la intención de las partes al colocar una disposición semejante en el contrato celebrado. El contrato administrativo, por parte de la Administración, se destina a la atención de las necesidades públicas; no obstante, por parte

¹⁹⁸ Marco IDROVO. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Época: Quito, 1984, p. 245.

¹⁹⁹ Contrato modificatorio de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo), en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica. 23 noviembre de 2010. Notaria Vigésimo Primera.

del contratado, objetiva un lucro, a través de la remuneración establecida en las cláusulas económicas y financieras. El contrato celebrado por el mutuo acuerdo de las partes le asegura al contratante la obtención de ese beneficio, pues precisamente este es el motivo que lo indujo a contratar²⁰⁰. En consecuencia, sería contrario a la intención del contratista, someterse a una disposición contractual que afecte de forma directa la ganancia esperada por la ejecución del contrato cuando renuncia a su derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera.

Otro principio relevante en la interpretación de la cláusula en estudio, es el del efecto útil recogido en el art. 1578 del Código Civil. Según dicho principio: “[e]l sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”. En una cláusula en la que la Administración Pública está limitando su responsabilidad contractual y afectando de esta manera disposiciones y derechos constitucionales (derecho de propiedad e igualdad ante las cargas públicas), su validez y por lo tanto, eficacia se tornan discutibles. Según este principio, se debe preferir, darle a la cláusula, la interpretación más favorable en cuanto a la producción de sus efectos, en virtud del principio de preservación del negocio jurídico.

La única interpretación que le atribuye efectos a dicha cláusula, consideraría que los supuestos enunciados por esta, son meramente ejemplificativos, y no responden a una renuncia del contratista sobre el restablecimiento del equilibrio económico, cuando se presenten circunstancias que no han sido recogidas por dicha cláusula. El efecto que se debe preferir a su nulidad, es la obligación del Estado de introducir factores de reajuste en el contrato cuando la ecuación económico-financiera del contrato se vea afectada por cualquier motivo, esté o no descrito en la disposición contractual. De esta manera, la cláusula producirá los efectos que las partes originalmente buscaron: mantener el equilibrio contractual durante toda la vigencia del contrato.

²⁰⁰ Celso BANDEIRA DE MELLO, “Las cláusulas de reajuste... *Óp. cit.*, p. 904.

Finalmente, el art. 1581 del Código Civil brinda una solución consistente al problema que se plantea. “Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se entienda”. Este principio de interpretación nos lleva a la misma conclusión, los ejemplos referidos en la cláusula mencionada, no son *numerus clausus*, la obligación del Estado de introducir factores de ajuste al contrato es exigible ante todo supuesto.

De la misma manera, Juan Carlos Cassagne considera que se debe preferir la prevalencia del fin de interés público perseguido concretamente en cada caso, antes que una interpretación rígida de las cláusulas del contrato²⁰¹. Por ello, debemos acoger una interpretación abierta y amplia de la cláusula pactada en el contrato de prestación de servicios petroleros, profiriendo la interpretación por la cual, los supuestos en los que la Administración contratante puede alterar el equilibrio contractual, son meramente ejemplificativos y no limitan la responsabilidad del Estado en ninguna forma. Además, en virtud del principio de preservación del negocio jurídico, se debe proferir la interpretación que le dé un efecto a la cláusula y no una, que pueda invalidarla.

4.3. Aplicación de la cláusula en contratos vigentes

Una vez expuesta nuestra propuesta sobre el problema jurídico planteado en esta Tesina, se analizará la situación actual correspondiente a la aplicación práctica de la cláusula estudiada durante la explotación y exploración de hidrocarburos en el país. Para este efecto, se mantuvo una reunión con dos ejecutivos del sector petrolero, quienes son responsables de la administración contractual en las compañías privadas.

A partir de la suscripción de los contratos petroleros modificatorios en noviembre 2010, que básicamente puso en modalidad de tarifa por servicios la retribución a las

²⁰¹ Juan Carlos CASSAGNE. *El Contrato Administrativo... Óp. cit.*, p. 121.

compañías petroleras, se han dado cambios en la legislación tributaria que han afectado las condiciones inicialmente convenidas en estos contratos. Tres cambios principales serán tratados en esta sección: la reducción de la tarifa del impuesto a la renta, el incremento en la tarifa del impuesto a la salida de divisas y el incremento en el porcentaje de retención en la fuente del impuesto a la renta.

Con respecto al primero tenemos que, en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre del 2010, se publicó el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones mediante el cual se consagran algunas reformas a la Ley de Régimen Tributario Interno. La Disposición Segunda, reformó el art. 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno reduciendo la tarifa del impuesto a la renta para sociedades del 25% al 22%. Esta reducción, se aplicará de forma progresiva: durante el ejercicio fiscal 2011, la tarifa impositiva será del 24%; durante el ejercicio fiscal 2012, la tarifa impositiva será del 23% y a partir del ejercicio fiscal 2013, en adelante, la tarifa impositiva será del 22%.

La tarifa de impuesto a la renta vigente en los contratos modificatorios fue del 24% durante la ejecución contractual del año 2011; sin embargo, para el año 2012 ya existió una variación porcentual del 1%. La baja porcentual de la tarifa al 23%, benefició al contratista, pues significa una reducción en sus egresos previstos. Por lo que, de acuerdo a la cláusula 18.1 del contrato, el Estado debería “introducir un factor de corrección que absorba la disminución de la carga económica” que ha favorecido al contratista, pudiendo ser este una reducción de la tarifa del barril que paga.

Con respecto al segundo cambio en el régimen tributario, este se refiere al aumento en el porcentaje del impuesto a la salida de divisas del 2% al 5% introducido por el art. 19 de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 583 de 24 de noviembre del 2011. Dicha norma reformó la Ley de Régimen Tributario Interno y la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador.

En este caso, el incremento en la salida de divisas perjudica al contratista, pues la salida de capital para la compra o importación de maquinaria, insumos o servicios específicos, se vuelve más elevada para las compañías petroleras que deben cubrir con un gasto adicional del 5% sobre los costos. Asimismo, la salida de sus dividendos a las cuentas en el exterior de la sociedad matriz o de los socios extranjeros, se ve afectado por el incremento en este porcentaje. Así, sería necesario que el Estado introduzca un factor de ajuste que compense la carga económica que perjudica al contratista, pudiendo reflejarse en un aumento en la tarifa por barril que paga el Estado al contratista. Debemos mencionar que el Estado ha venido buscando alternativas para que en ciertos casos se reintegre el impuesto a la salida de capitales.

Sobre los dos casos mencionados anteriormente, estos están previstos por la cláusula de estabilidad contractual en el numeral 18.1.1. bajo el supuesto de “modificación de los porcentajes de los tributos aplicables”. Sin embargo, el tercer cambio en la legislación tributaria no se encuentra contemplado en la cláusula de forma expresa y se refiere al aumento del porcentaje de retención en la fuente del impuesto a la renta.

La retención en la fuente del impuesto a la renta está regulada en la Ley de Régimen Tributario Interno y varía dependiendo del tipo de actividad, persona (natural o jurídica), obligada o no a llevar contabilidad, para normarse el porcentaje específico. En los últimos años, este porcentaje es sometido a cambios permanentes, dado que únicamente se requiere una resolución del Servicio de Rentas para su modificación.

Es así que un aumento en el porcentaje de retención, como se mencionó anteriormente, significa menor liquidez para la compañía y, consecuentemente, requiere invertir mayor capital de trabajo para financiar este incremento en la tarifa de retención afectando la rentabilidad de la contratista. La liquidación del impuesto a la renta se efectúa hasta marzo del siguiente año, lo que significa un periodo de financiamiento adicional que corre por cuenta de la contratista.

Con estos ejemplos cotidianos de cambios en el marco legal impositivo ecuatoriano, podemos evidenciar la importancia que tiene tanto para la Administración Pública como para el contratista, la aplicación de las cláusulas de estabilidad contractual pactadas en el contrato. Está en manos de la Secretaría de Hidrocarburos, órgano que representa al Estado ecuatoriano, el efectuar las correspondientes negociaciones para alcanzar un acuerdo sobre la forma de efectuar el ajuste en los contratos, que consideramos principalmente se reflejará en variaciones a las tarifas por servicios pactadas.

En todo caso, si la Secretaría de Hidrocarburos se negara a introducir el factor de corrección para reajustar el equilibrio alterado o por argumentar no encontrarse de forma expresa en la cláusula cualquier variación regulatoria, el contratista debería acudir al mecanismo de resolución de conflictos establecido para este caso en el contrato. La cláusula 18.6 del contrato prevé la resolución de las controversias derivadas de la aplicación de factores de reajuste, a través de la intervención de un consultor de conformidad con la cláusula 33.3 del contrato. En todo caso, la decisión del consultor está sujeta a revisión dentro del procedimiento de arbitraje establecido en el contrato, en caso de que el consultor se hubiera extralimitado en el mandato otorgado, si se demuestra corrupción o conflicto de intereses o en caso de que a alguna de las partes se le hubiere negado el derecho a la defensa²⁰².

²⁰² Contrato modificatorio de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo), en el Bloque Tarapoa de la Región Amazónica. 23 noviembre de 2010. Notaria Vigésimo Primera.

5. Conclusiones

El contrato administrativo posee una naturaleza jurídica especial pues si bien es un contrato como cualquier negocio jurídico, tanto la presencia de la Administración Pública como sujeto contratante, así como la satisfacción de fines públicos que persigue, determinan un régimen especial en el que los principios jurídicos clásicos se ven reducidos en su aplicación por los principios propios de la contratación administrativa.

Por ejemplo, el principio *pact sunt servanda* se ve alterado ante el principio de mutabilidad del contrato administrativo, por el que, la Administración puede variar las condiciones originales del contrato, en aras de la efectiva satisfacción del interés público. El contrato administrativo se muestra dinámico y va más allá de las condiciones inicialmente convenidas, pues es la dinámica del servicio público la que determina su contenido. La estabilidad de las condiciones contractuales iniciales, fundamental en el contrato civil y comercial, es relativa en el contrato administrativo. Los intereses de la Administración se revelan superiores a los intereses individuales del contratista. No obstante, esta realidad nunca se traduce en un sacrificio del contratista sin compensación, pues ello sería contrario a la equidad.

Así, el equilibrio que debe existir entre el ejercicio del *ius variandi* y el derecho a la estabilidad del contrato se vincula con la seguridad jurídica, el principio de buena fe, el interés público y los derechos patrimoniales del contratista protegidos constitucionalmente por el derecho de propiedad.

El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato se expresa en que la relación de igualdad entre derechos y obligaciones del contratista y la Administración debe ser mantenida, no sólo porque es lo que determinó el sinalagma inicial sino por los beneficios que tomó en cuenta el contratista al iniciar la contratación. En efecto, el contratista al celebrar un contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sólo sobre la

índole de la prestación que realizará, sino también sobre la inversión que efectuará en el proyecto.

En la contratación administrativa resultaría violado el principio de igualdad ante las cargas públicas, si se obliga a un contratante particular a asumir mayores cargas y menores beneficios que los que se tuvieron en cuenta al comparar su oferta con la del resto de oferentes. Las cargas públicas deben ser repartidas entre todos los ciudadanos en razón de sus facultades y, ese peso no puede recaer más gravemente sobre un ciudadano que sobre otro.

Sin embargo, de ninguna forma, singularidades como la existencia de cláusulas exorbitantes a favor de la Administración, podrían tener como consecuencia que a los contratos administrativos dejen de aplicarse los principios generales de la contratación y las disposiciones del Código Civil ecuatoriano, relativos a la interpretación de los contratos y la fuerza obligatoria de sus disposiciones.

Por otro lado, el principio de responsabilidad de la Administración Pública que es uno de los fundamentos del Estado de Derecho, tiene su expresión en la Constitución Política. La norma reconoce un régimen de responsabilidad objetiva pues la intencionalidad de los órganos que actúan en ejercicio de sus potestades públicas no es relevante como criterio de atribución de imputabilidad, especialmente en el caso de responsabilidad extracontractual.

Con respecto a la responsabilidad contractual de la Administración Pública, esta puede tomar dos formas: la responsabilidad por incumplimientos durante la ejecución del contrato y la “responsabilidad sin falta”. La responsabilidad sin falta de la Administración se refiere a los cambios impuestos al contratista como consecuencia del ejercicio lícito de los poderes de la Administración y no existe culpabilidad en su actuación, como la potestad de modificar el contrato por razones de interés público.

La potestad de modificar el contrato encuentra lógicos límites, como la necesidad de mantener el equilibrio financiero a favor del contratante, la obligación estatal de respetar las

garantías constitucionales que pudieren resultar afectadas por la modificación introducida y que la finalidad alegada para introducir la modificación sea cierta, verdadera y justificada.

Así, si el *ius variandi* debe ser ejercido razonablemente por la Administración dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento jurídico y a condición de que no se altere el objeto o fin del contrato, ni sus obligaciones esenciales. La situación es diferente para el hecho del príncipe pues el objeto de la medida que emana del Estado no es modificar las condiciones de un contrato en específico, sino regular un conjunto de la sociedad. Sin embargo, cuando cualquiera de estas modificaciones directas o indirectas, acreciente o disminuya las obligaciones de las partes, desconozcan los compromisos contraídos, transformen el modo de ejecución del contrato o incluso, le pongan fin, debe ser indemnizado el contratista.

A diferencia de los dos supuestos anteriores, la teoría de la imprevisión no exige una reparación integral, pues la obligación de la Administración está limitada a compartir el sacrificio sufrido. Una de las razones de esta solución es la naturaleza particular de la ayuda de la Administración, pues el hecho no es imputable a la entidad contratante, el estado de imprevisión no puede generar su responsabilidad en sentido propio, se trata más técnicamente de una ayuda o indemnización porque falta un requisito de la responsabilidad: el sujeto responsable.

La ecuación económica está destinada a mantener el equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial en cuanto a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la Administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente. La proporcionalidad en las prestaciones presupone el equilibrio entre los derechos y obligaciones a que se sujetan ambas partes, lo que se conoce como la teoría del equivalente económico que ha tenido sus matices dentro de los diferentes sistemas jurídicos continentales. En Ecuador, la figura se encuentra plenamente aceptada en el campo de la contratación pública; encontrándose presente como una obligación de las Administraciones contratantes, el restablecimiento del equilibrio contractual cuando este se vea alterado durante la ejecución del contrato.

No obstante, en la industria petrolera nacional, la teoría del equilibrio contractual no fue recogida desde su inicio. Dentro de las primeras formas contractuales como la asociación y prestación de servicios, los contratos no contaban con cláusulas de estabilización contractual ni disposiciones relativas a la materia en las Bases de Contratación. De forma posterior, para el contrato de participación en la exploración y explotación petrolera, ya se evidenció una cláusula relativa a la “modificación del régimen tributario”. Incluso, durante la vigencia de este modelo contractual se produjeron varias disputas entre el Estado ecuatoriano y las compañías petroleras por cambios en la legislación impositiva que afectaron el equilibrio económico de sus contratos. En estos casos, el Estado actuó de forma razonable y adoptó una posición abierta a la negociación de los factores de ajuste que introduciría en los contratos de participación, para restablecer el equilibrio económico perdido debido al cambio en el régimen impositivo.

Siguiendo esta tendencia en favor del equilibrio contractual, en la actualidad, el nuevo contrato de prestación de servicios petroleros, adopta de forma expresa una cláusula que prevé el restablecimiento del equilibrio económico financiero en caso de que el Estado a través de medidas generales modifique las condiciones que se pactaron. Sin embargo, de la literalidad de la cláusula no se desprende, qué acción debe adoptar el Estado cuando una medida que no esté contemplada en el contrato, afecte el equilibrio contractual del mismo.

Gracias a la interpretación de los contratos establecidos en el Código Civil y a los principios que gobiernan la ejecución del contrato administrativo, podemos sostener que el Estado continúa obligado a responder por el mantenimiento del equilibrio contractual a favor del contratista. Sostener que el contratista ha renunciado al mantenimiento del equilibrio contractual a través de esta cláusula, significaría aceptar su nulidad pues la renuncia de un derecho protegido por normas constitucionales como lo es el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley, contraría el orden público. En cambio, una interpretación a favor de la validez de la cláusula, en virtud del principio de preservación del negocio jurídico, nos ayuda a comprender que la cláusula simplemente ejemplifica los casos en los que la Administración debe actuar e introducir un factor de corrección en el contrato.

Las alteraciones que sufre la garantía de restablecimiento de la ecuación económica implican la existencia de una propiedad lesionada por quebrantamiento de la ecuación económica contractual de origen, que habilita, en caso de omisión, inactividad o negativa de la Administración, a recurrir al procedimiento de resolución de conflictos establecido en el contrato modificatorio.

Además, en la contratación administrativa el principio de igualdad ante las cargas públicas, debe presidir toda la responsabilidad de la Administración. La traslación de los riesgos en caso de excesiva onerosidad encuentra en él plena justificación pues el contratante está colaborando con la Administración en la prestación de un servicio público y en la consecución del bienestar social, por ello está obligado a soportar las pérdidas ordinarias de su actuación; pero no así las cargas verdaderamente extraordinarias. La traslación de estas a la Administración, opera una colectivización del riesgo y un reparto de cargas entre todos los que se benefician de la prestación del servicio público: la sociedad entera.

Bibliografía

- Aguilar, Juan Pablo. La naturaleza de los contratos administrativos. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2002.
- Altamira Gigena, Julio. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Alma y Hnos., 1973.
- Arauz, Luis. *Frente a nuestra realidad petrolera*. Quito: Artes Gráficas, 1990
- Ariño Ortíz, Gaspar. “Servicio Público y control judicial: el caso de las tarifas”. *Servicios Públicos y Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- Ariño Ortíz, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.
- Bandeira de Mello, Celso A., “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”, *Derecho administrativo. Homenaje a Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Benavides, José Luis. *El Contrato Estatal: Entre el Derecho público y el Derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Bustelo, Ernesto. “Derechos y obligaciones del Contratante particular. Derecho al precio”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.
- Cassagne, Juan Carlos. “Características principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”. 06 noviembre, 2008.
www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/CASSAGNE%20%20Caracteristicas%20principales%20del%20RCAN.pdf (acceso: 04/01/2012).
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos. “La estabilidad de los derechos patrimoniales emergentes de los contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos”. *Servicios Públicos y Renegociación*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.
- Castro, Álvaro. *Responsabilidad patrimonial del Estado: Análisis doctrinal y jurisprudencial comparado*. México: Porrúa, 1997.
- De Laubadère, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo II. Bogotá: Temis, 1984.

- De Laubadère André; Moderne, Franck y Pierre Delvové. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- Eduardo EMILI. “El Equilibrio Contractual”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos: 1995.
- Escola, Héctor, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 1944.
- Fueyo Laneri, Fernando. “Algo sobre la teoría de la imprevisión”. Comp. Raul Tavolari Oliveros. *Revista de Derecho y Jurisprudencia: Edición Bicentenario*. Vol. 1. Santiago de Chile: Thomson Reuters PUNTOLEX, 2009.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid: Civitas, 1982.
- Gómez Sanchis, Daniel. “Contratos Administrativos: Versión Clásica. Parte II”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.
- González López, Edgar. “Naturaleza Jurídica de los Actos de la Administración en un Contrato Estatal”. *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. 1era. ed. Madrid: Civitas, 2009.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- Idrovo, Marco. *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Quito: Epoca, 1984.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo: Contratos Administrativos*. Tomo III. 4ta. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Martínez, Patricia Raquel. “Prerrogativa de Modificación Unilateral del Contrato Administrativo”. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, 2002.

- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Temis, 2005.
- Padrón Romero, Carlos Darío. El contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos en la legislación petrolera ecuatoriana. Tesis doctoral. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I: Parte General*. 15ta. ed. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- Parejo, Alonso. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.
- Peguignot, Georges. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. París: A. Pedone, 1944.
- Pérez, Antonio José et. al. *Manual de Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pérez, Efraín y Antonio José Pérez. *Manual de Contratos del Estado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Reinoso, Holger Vimos. “Análisis del Reajuste de Precios en la Ejecución de obras públicas”. *Reajustes y conflictos en los contratos públicos*. Ed. Genaro Eguiguren. Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.
- Rivas, María Dolores. *El Control de los contratos administrativos*. Guayaquil: Edino, 2005.
- Robalino, Javier. “Los contratos administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una breve aproximación”. *Contratos administrativos: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.
- Santofimio, Jaime Orlando. “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista de Derecho Administrativo*. Ed. Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

Plexo normativo

Nacional:

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Convenio 0. Registro Auténtico 1948 de 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial 395 Suplemento de 4 de agosto de 2008.

Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo 2967. Registro Oficial 711 de 15 noviembre de 1978.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Ley 35. Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

Codificación del Código Civil. Registro Oficial 46 Suplemento de 24 de junio del 2005.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Ley No. 2006-42. Registro Oficial 257 de 25 de abril de 2006.

Bases para Contratos de Asociación para Explotación de Hidrocarburos. Decreto Supremo 316. Registro Oficial 281 de 06 de abril de 1973.

Bases de Contratación para Prestación de Servicios en Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo 1747. Registro Oficial 416 de 15 de abril de 1986.

Bases de Contratación de Participación Petrolera. Séptima Ronda. Decreto Ejecutivo 1416. Registro Oficial 364 de 21 de enero de 1994 y Bases de Contratación de Participación Petrolera. Octava Ronda. Decreto Ejecutivo 2845. Registro Oficial Suplemento 729 de 03 julio de 1995.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002.

Reglamento a la Ley de Modernización del Estado. Decreto Ejecutivo 2328. Registro Oficial 581 de 2 de diciembre de 1994.

Reglamento de Concesiones del Sector Vial. Decreto Ejecutivo 872. Registro Oficial 182 de 02 octubre 2003.

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Acuerdo Ministerial 36. Registro Oficial Suplemento 93 de 30 noviembre de 2010.

Argentina:

Ley 6021 de Obras Públicas de Buenos Aires. Decreto No. 1988 de 26 de febrero de 1959. Boletín Oficial de 05 de marzo de 1959 N° 13.885.

Decreto Nacional 802/2001. Modificación de la ley del impuesto sobre los combustibles líquidos y el gas natural. Buenos Aires, 15 de Junio de 2001. Boletín Oficial 19 de Junio de 2001

España:

Ley de Contratos del Estado. Decreto 923/1965 de 8 de abril 1965. Boletín Oficial del Estado, núm. 97 de 23 de abril de 1965.

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ley 13/1995, de 18 de mayo 1995. Boletín Oficial del Estado, núm. 119 de 19 de mayo de 1995.

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio 2000. Boletín Oficial del Estado de 21 de junio y 21 de septiembre de 2000. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1956.

Jurisprudencia

Nacional:

Corte Constitucional. Caso Julia Celmira Jaramillo Jimenez c. Tribunal Penal. Causa No. 0050-08-EP. Resolución No. 7. Registro Oficial Suplemento 602 de 01 junio 2009.

Corte Constitucional. Caso Jorge Guerrero Mora c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Causa No. 0289-2008-RA. Resolución No. 289. Registro Oficial Suplemento 607 de 08 junio 2009.

Tribunal Constitucional. Acción de inconstitucionalidad propuesta por Cámara de Industriales de Pichincha contra los arts. 1 y 2 de la Ley No. 2006-42. Resolución No. 8. Causas No. 0008-06-TC y 00010-06-TC. Registro Oficial Suplemento 350 de 06 septiembre 2006.

Tribunal Constitucional. Resolución N° 124-RA-99-I.S. N° 124. Caso Víctor Galindo v. Prefecto Provincial de Manabí. Causa No. 207-98-RA. Sentencia de 20 de octubre de 1999. Sentencia no publicada.

Tribunal Constitucional. Resolución N° 626-2001-RA. Registro Oficial 513 de 13 de febrero de 2002. FDC-143.

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

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Luis Alberto Ortiz Llerena c. Procurador General del Estado. Caso No. 167-2004. Registro Oficial 27 de 23 de febrero de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 168-2007 de 11 de abril de 2007. Caso Florencio Antonio Andrade Medina c. Empresa Eléctrica Manabí S.A. y otros. Causa No. 62-2005. Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4.

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

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

Corte Suprema de Justicia. Caso Celia Estela Ramones Córdova c. Director Nacional de Defensa Civil. Causa No. 232-2004. Registro Oficial 366 de 24 de junio de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Caso Técnicos Constructores Cía. Ltda. c. Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias y otros. Decisión de 25 julio 1983. Publicado en Gaceta Judicial. Serie XIV. No. 3, p. 684.

Corte Suprema de Justicia. Caso E. Cuaba S.A. c. El Dorado C.A. de Seguros y Reaseguros. Causa No. 302-98. Registro Oficial 524 de 28 de febrero 2002.

Corte Suprema de Justicia. Caso Compañía Simar Constructores c. Subcomisión Ecuatoriana PREDESUR. Causa No. 152-2003. Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

Argentina:

Suprema Corte de Justicia de la Plata. Caso Caccianini, Eduardo Empresa Constructora c. Municipalidad de Morón. Causa No. 49.118. 26 de febrero de 1991.

Suprema Corte de Justicia de la Plata. Caso Thol S.A, c. Municipalidad de Azul. Causa No. G. 56585. 17 diciembre de 2003.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Caso Coniferal S.A.C.I.F. c. Municipalidad de Córdoba. Causa No. 8. 29 diciembre 2009.

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Caso Gilkstein y Cía. S.A.C.I.A.M. –Dante Enrietto- U.T.E. c. Provincia de Santa Fe. 17 diciembre 2003.

Juez en lo Contencioso Administrativo No. 2 de la Plata. Sonda Argentina S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Causa No. 906. 02 febrero 2007.

España:

Tribunal Supremo de España. Caso UTE Puerto de Béjar c. Ministerio de Fomento. Causa No. 320-2005. 04 junio 2008.

Tribunal Supremo de Justicia de Castilla-León. Caso Compañía Mercantil Onyx Aseo Urbano S.A. c. Ayuntamiento de Palencia. Causa No. 4.335-1998. 26 mayo 2006.

Francia:

Consejo de Estado. Caso “*Cie. Francaise des Trammways*”. 11 de marzo de 1910.

Consejo de Estado. Caso “*Gaz de Bordeaux*”. 30 de marzo de 1916.

Corte Administrativa de Apelación de París. Caso CLEMENCEAU Ltd. c. Société nationale des chemins de fer française (SNCF). Causa No. 95PA01195. 17 de diciembre 1996.

Laudos arbitrales:

Tribunal arbitral constituido bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador. Caso CIADI No. ARB/01/10. 20 febrero 2004

Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres. Occidental Exploration and Petroleum Company c. República de Ecuador. Caso LCIA No. UN3467. 01 julio 2004.

Tribunal arbitral. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana. Caso No. 001-01. 19 marzo 2002.