



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera y Escuela
de Derecho

Equilibrio, Onerosidad y Desproporcionalidad en los
Contratos Públicos; Efectos y Protección

“El equilibrio contractual en representación del principio “rebus sic stantibus” frente a la materialización del principio “pacta sunt servanda” en la autonomía de la voluntad. La nulidad de pleno derecho o reforma del texto, como consecuencia de la presencia de cláusulas excesivamente desproporcionales u onerosas”

Autor:

Señor Santiago José Correa Torres;

Director:

Doctor Javier Cordero López

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

“La vida es una serie de colisiones con el futuro; no es la suma de lo que hemos sido, sino lo que anhelamos ser”

José Ortega y Gasset (1883-1955)

El presente trabajo lo dedico a la persona que goza de la inmaterialidad eterna, mi abuelo Enrique Correa Santacruz, quien, seguramente en este momento tiene una marca de alegría en su rostro, al ver que seguí sus pasos en la carrera de abogacía, y que hoy cumpla una meta. Esta meta determina el inicio de un trayecto lleno de actos tendientes a la consecución de una finalidad: Lograr ser una fracción de lo virtuoso y bondadoso que en vida fue mi abuelo.

La investigación, está dedicada también, a quién es y será compañera infinita de Enrique, mi abuela Astrid Alvarado Moncayo, quien ha estado pendiente de todo el proceso de mi formación académico-universitaria, y en toda la realización de mi tesis, por todo su amor y cariño la tendré siempre presente en cada paso, en cada anhelo.

A mis padres, ellos son y han sido pilares fundamentales, no sólo del acceso a mi formación académica, sino, lo más importante, en mi desarrollo personal. Mi padre, Enrique Correa Alvarado, quien es el segundo ejemplo y determinante para que haya optado por la carrera de Derecho, quién ha inculcado en mí los principios más básicos y complejos de la ética, con quien comparto el día a día en el trabajo, quién me enseñó que un hombre que ha perdido credibilidad en su palabra lo ha perdido todo, espero pueda sentirse orgulloso siempre de su hijo. A mi madre, Marcia Torres Gómez, que estuvo pendiente todas las noches prolongadas de estudio, todos los exámenes orales y sus resultados, quien ha dado el amor más sincero a todos sus hijos, inculcado valores, y seguido pendiente todos sus pasos.

A mis hermanos, Juan Pedro y Carolina Correa, mis pares, mis iguales.

AGRADECIMIENTO

“Al hablar, al pensar, nos comprometemos a aclarar las cosas, y eso nos obliga a exacerbarlas, dislocarlas, esquematizarlas. Cada concepto es en sí mismo una exageración”.

José Ortega y Gasset (1883-1955)

Debo agradecer a una persona muy especial en mi vida, la razón e inspiración para la consecución de esta meta y muchas más, quien me ha acompañado en este proceso y siempre me ha provocado ser un mejor hombre, mi enamorada Claudia Vega Gasparutti, gracias por la paciencia y apoyo.

Agradezco a Mauricio Vintimilla Rodríguez, quien es mi mentor y guía en el complejo mundo del derecho. Ha compartido desinteresadamente sus conocimientos de razonamiento lógico, argumentación e ideas. Él ha guiado mis pasos en la formación teórica y práctica, me ha permitido ignorar más, pero siempre, tratar de comprender las barreras del conocimiento, más que un jefe, será siempre un amigo.

Agradezco también a mi Director de Tesis, doctor Javier Cordero López, quien ha compartido su tiempo y me ha recibido en su despacho, para la absolución de todas las consultas referentes al trabajo. Ha realizado las observaciones necesarias a los capítulos y se ha interesado en la investigación.

Mis compañeros, Andrés Durán Escudero y Valeria Espinosa Cordero, quienes, ciclo por ciclo, año por año, estuvieron siempre presentes como compañeros de curso y de vida, gracias a ellos por ser parte de esta experiencia universitaria.

RESUMEN:

Los procesos de contratación pública, en los que media un contrato administrativo, configuran un escenario de desigualdad para las partes contratantes, pues, el Estado tiene una posición de negociación preponderante. El contratista, únicamente, adhiere su voluntad a condiciones técnicas y económicas establecidas de manera previa a la celebración del contrato.

En este escenario, la Administración Pública al ejercer su potestad discrecional - imposición de multas o terminación unilateral y anticipada del contrato- puede generar conductas desequilibradas. Esto acontece en dos etapas: En la fase de contratación mediante la redacción de cláusulas desproporcionales; y, en la ejecución del contrato, cuando se verifiquen condiciones sobrevinientes, imprevisibles y ajenas a las partes que suponga una carga excesivamente onerosa.

Estas alteraciones de la ecuación económico-financiera del contrato público, requieren la aplicación de las teorías de la excesiva desproporción y onerosidad. En cada caso, el afectado podrá requerir la reforma o nulidad.


Palabras Clave: Contratación Pública, Contrato Administrativo, Posición de Negociación preponderante, Potestades Discrecionales, Ecuación Económico-Financiera, Excesiva Desproporción y Onerosidad.

ABSTRACT

The public procurement processes in which an administrative contract is mediated constitute a scenario of inequality for the contracting parties. This happens because the State has a preponderant negotiation position in relation to the contractor, who adheres its will to technical and economic conditions established prior to the formalization of the contract. In this scenario, the Public Administration can generate unbalanced behavior when exercising its discretionary power through the imposition of fines or unilateral and early termination of the contract. This happens in two stages. In the contracting phase by writing disproportionate clauses and during the execution of the contract when supervening, unpredictable and unrelated conditions are verified to the parties. An excessively onerous burden is supposed in this part. These alterations of the economic-financial equation of the public contract require the application of the theories of excessive disproportion and onerosity. In each case, the affected party may request the reform or annulment.

Keywords: Public contracting, administrative contract, preponderant negotiation position, discretionary powers, economic-financial equation, excessive disproportion, onerosity.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: ANÁLISIS JURÍDICO-CONCEPTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1.1. Estructura y Naturaleza Jurídica de los Contratos Administrativos.....	1
1.1.2. Diferencia Conceptual entre Acto Administrativo y Contrato Administrativo.....	3
1.1.3. Concepto de Contrato Administrativo.....	4
1.1.3.1. Dimensiones de la Contratación Pública.....	6
1.1.3.1.1 Dimensión Económica.....	6
1.1.3.1.2 Dimensión Política.....	8
1.1.3.1.3 Dimensión del Derecho.....	9
1.1.3.2. Elementos del Concepto de Contrato Administrativo.....	12
1.1.3.3. Clasificación Doctrinaria de los Contratos Administrativos.....	19
1.1.3.3.1 Escuela Alemana: Negación de la Categoría de Contrato Administrativo.....	21
1.1.3.3.2 Escuela de la Distinción entre Contratos Administrativos y Contratos Civiles.....	21
1.1.3.3.3 Escuela Norteamericana: Contratos de Gobierno.....	23
1.1.3.4. Supuestos Clásicos del Contrato Administrativo.....	24
1.1.3.4.1 La Determinación de la Ley, una crisis de legalidad.....	24
1.1.3.4.2 La Voluntad de las Partes, Supeditada a un Régimen Exorbitante.....	27
1.1.3.4.3 La Representación del Interés Público, Utilidad Pública o Bien Común.....	29
1.1.3.5. Conceptualización del Contrato Administrativo en Estricto Sentido.....	30

CAPÍTULO II: FACULTAD DE NEGOCIACIÓN PREPONDERANTE DEL ESTADO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1. Sometimiento Involuntario a las Condiciones Precontractuales Contenidas en los Pliegos de Licitación.....	33
---	----

2.2. Desigualdad de las Partes Contratantes en la Contratación Pública.....	36
2.3. Presencia de un Régimen Exorbitante al Derecho Común en la Contratación Pública.....	38
2.3.1. Cláusulas Exorbitantes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.....	41
2.3.1.1 Facultades exorbitantes que eximen al Órgano Contratante de su responsabilidad por daños.....	41
2.3.1.2 Facultades Exorbitantes para Establecer y Redactar Unilateralmente Cláusulas Penales Unilaterales.....	43
2.3.1.3 Facultades Exorbitantes para Declarar por Concluida o Terminada la Relación Contractual Unilateralmente.....	45
2.4 El Peligro de la Consideración del Interés General para Definir una Entidad de Derecho.....	46
 CAPÍTULO III: TEORIA DE LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN (Gross Disparity) Y EXCESIVA ONEROSIDAD (Hardship) APLICADA A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	
3.1 Equilibrio Económico Contractual de los Contratos Administrativos.....	50
3.1.1 La Conmutabilidad del Contrato Administrativo del Contrato Administrativo como Fuente de Equilibrio.....	53
3.1.2 Fases del Procedimiento de Contratación Pública en las que se Presenta el Principio de Proporcionalidad y Equilibrio Económico Financiero del Contrato.....	55
3.1.2.1 Etapa de Preparación del Contrato Administrativo.....	56
3.1.2.2 Fase Precontractual.....	61
3.1.2.3 Etapa Contractual.....	64
3.1.2.4 Etapa de Ejecución del Contrato.....	74
3.2 Concepción del Principio <i>Rebus Sic Stantibus</i> Como Excepción a la Concepción Tradicional del <i>Principio Pacta Sunt Servanda</i>	78
3.3 Teorías de Corrección del Equilibrio Económico Contractual.....	82
3.3.1 Teoría de la Excesiva Desproporción (<i>Gross Disparity</i>) en Estricto Sentido.....	82
3.3.1.1 Elementos Constitutivos de la Figura.....	84
3.3.1.2 Criterio de Razonabilidad.....	86
3.3.1.3 Factibilidad de la Aplicación de la Teoría de la Excesiva Desproporción al Régimen de Contratación Pública.....	88

3.3.1.4 Requisitos Doctrinarios para la procedencia de la Teoría de la Excesiva Desproporción.....	91
3.3.2 Teoría de la Imprevisión (<i>Hardship</i>) en Estricto Sentido.....	93
3.3.2.1 Teoría de la Imprevisión.....	96
3.3.2.2 Formula de Aplicación.....	99
3.3.3 Remedios Procesales Frente al Desequilibrio Económico Contractual.....	104
3.3.3.1 Nulidad o Reforma del Contrato o Cláusula (<i>Gross Disparity</i>).....	104
3.3.3.2 Renegociación del Contrato (<i>Hardship</i>).....	107

CAPÍTULO IV: Análisis del Laudo emitido por el Tribunal Arbitral, Conformado por: Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., como Presidente; Sr. David A.R. Williams, Q.C.; y Profesora Brigitte Stern, en Calidad de Co-árbitros, Notificado a las Partes el 05 de Octubre de 2012.

4.1 Tabla de Abreviaturas para el Análisis del Caso.....	110
4.2 Breve Referencia al Componente Fáctico que Antecede a la Controversia.....	111
4.3 Análisis del Tribunal Arbitral.....	117
4.3.1 Determinación del Problema Jurídico y Preguntas Preliminares.....	117
4.3.2 Existencia de una Transferencia o Cesión de Derechos del Contrato de Participación.....	118
4.3.3 La Celebración del Contrato de Farmout También Constituyó una Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.....	119
4.3.4 Era una Obligación Correspondiente a OEPC, la Obtención de Autorización del MEM para la Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.....	119
4.3.5 Proporcionalidad de la Sanción por la Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.....	122
4.3.5.1 Principio de Proporcionalidad en el Derecho Ecuatoriano.....	122
4.3.5.2 Principio de Proporcionalidad en el Contexto de Resolución de Diferencias Internacionales Relativas Inversiones.....	124
4.3.5.2.1 Jurisprudencia Internacional en Casos de Inversiones: Paralelo entre el Trato Justo y la Proporcionalidad.....	125
4.3.5.3 Argumentos sobre la Proporcionalidad en el Caso.....	127

4.3.5.3.1 Otra Opción al Decreto de Caducidad.....	129
4.3.5.4 ¿Constituyó el Decreto de Caducidad una Sanción Proporcionalada?.....	130
5. CONSLUSIONES	
5.1 El Contrato Administrativo es una Figura Autónoma, Con Contenido e Instituciones Propias.....	133
5.2 El Estado, en los Procesos de Contratación Pública, tiene un Poder de Negociación Preponderante.....	135
5.3 Factibilidad de Aplicación de las Teorías de la Excesiva Desproporción (Gross Disparity) y Onerosidad (Hardship) en la Contratación Pública.....	136
5.3 Consideraciones Finales.....	140

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS:

TABLAS:

Tabla 1: Clasificación del Derecho Interno y sus Ramas.....	1
Tabla 2: Montos de Contratación Pública 2009.....	58
Tabla 3: Cuadro Comparativo: Relación Comercial/Relación Pública.....	89
Tabla 4: Paralelo Explicativo para la Verificación del Hardship.....	99
Tabla 5: Abreviaturas Correspondientes al Análisis del Laudo Arbitral.....	110

FIGURAS:

Figura 1: Cuadro Representativo: Relación de Poder de Negociación: Público/Comercial.....	90
Figura 2: Fórmula Inicial de Aplicación de la Teoría de la Excesiva Desproporción....	92
Figura 3: Fórmula Inicial de Aplicación de la Teoría de la Imprevisión.....	104
Figura 4: Figura Distintiva de la Nulidad.....	106

Introducción

i. Desarrollo Histórico-Normativo:

Para el desarrollo de esta investigación es necesario partir de una puntuación cronológica de cómo ha sido abordado el equilibrio contractual, y cuales han sido las posturas judiciales y legislativas frente a la presencia de contratos y cláusulas con prestaciones desproporcionadas u onerosamente lesivas para una de las partes, y el desarrollo paralelo de figuras legales y jurídicas que protejan a las partes y garanticen el equilibrio contractual.

El autor Cemil Ahmet Yildirim (2008, p. 96) desarrolla en su obra parámetros referentes a la teoría del equilibrio contractual y determina que la misma estuvo presente dentro del derecho civil romano, con el título de “*Laesio Enormis*”, en donde fue el legislador el encargado de determinar un quantum exacto, para que exista desproporción en las prestaciones correlativas a las partes contratantes; con esta atribución legislativa se buscó restar discrecionalidad a los juzgadores y generar un límite interpretativo al momento de verificar que una cláusula o un contrato pueden generar una lesión.

Dentro de los ordenamientos jurídicos materiales, como lo ha establecido el tratadista Cesar Carranza Álvarez (2004, p. 383):

“el Código Civil argentino, cuando en su artículo 954 alude a una *ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación*; el código paraguayo, al mencionar una *ventaja manifiestamente injustificada* (artículo 671); y el boliviano, mismo que parece optar por ambas opciones al señalar —en el inciso I del artículo 561— que “*a demanda de parte perjudicada es rescindible el contrato en el cual sea manifiestamente desproporcionada la diferencia entre la prestación de dicha parte y la contraprestación de la otra*”, agregando a renglón seguido —inciso II— que la acción sólo será procedente si “*excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida*”.

Finalmente dentro de la normativa ecuatoriana, el Código Civil (2018) en su artículo 1828 establece que el contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme y el legislador ha tomado como referencia un concepto indeterminado del derecho para generar una medición de la lesión; el justo precio de mercado del objeto del contrato, partiendo de una referencia cuantificable cuando exceda el duplo del precio pactado, o cuando se repute menor a la mitad del mismo. Si bien, la figura de la lesión enorme se ha previsto sólo para la venta de bienes inmuebles, esa regulación corresponde a un

fenómeno de realidad histórica, ya que al momento de la codificación de la norma referida los bienes muebles no ascendían a montos altos, sin embargo en la actualidad, los bienes muebles pueden incluso superar en valor económico a ciertos inmuebles.

Con mayor relación, y adaptando el criterio de “falta de capacidad en la negociación” de una de las partes contractuales, se presencia en la celebración de contratos de adhesión, ya que una de las partes adhiere su voluntad a un contrato modelo que ya fue proporcionado por la otra parte, y mantiene así una capacidad nula de negociar las cláusulas, mucho menos redactarlas. Este escenario se presenta en las relaciones entre proveedores y consumidores de bienes y servicios. Como contraste a la posibilidad de conductas abusivas se realizó la codificación y promulgación de la Ley de Defensa del Consumidor (2018).

La ley referida busca tutelar y proteger los intereses de la parte débil de la negociación; y es por ello que la Ley de Defensa del Consumidor (2018) en su *artículo 43* prohíbe que pacten cláusulas que refieren conductas desproporcionales y en el caso de que las mismas se presenten esclarece su efecto, la nulidad de pleno derecho.

De esta manera se genera un estándar de proporcionalidad y protección jurídica a favor del consumidor.

De manera paralela en el derecho internacional, dentro de la recopilación para la unificación del derecho comercial, los Principios UNIDROIT (2016, p. 108) han desarrollado y previsto en su artículo 3.2.7 la “excesiva desproporción”, y determinado: “Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva” de la misma forma en el cuerpo normativo citado, se prevé la excesiva onerosidad en su artículo 6.2.2 (2016, p. 218) que dispone:

“Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”.

De esta manera se han generado mecanismos que refuerzan el equilibrio económico contractual en las relaciones internacionales comerciales y en la contratación pública internacional en donde se pueden generar conductas abusivas o las condiciones en la ejecución del contrato pueden variar y devenir en una onerosidad mayor para una de las partes.

ii. Factibilidad de la Aplicación en el escenario de los Contratos Públicos:

El desarrollo de cláusulas contractuales que garanticen el equilibrio contractual de las partes y la equivalencia de condiciones pactadas se ha visto presente en ramas del derecho privado; sin embargo, en la actualidad el aumento y desenvolvimiento constante de procesos de contratación pública en los que media un contrato estatal ha llevado a que las cláusulas de equilibrio mencionadas se apliquen en el derecho público.

Dentro del concepto de derecho público convergen varias materias con sus principios y reglas propias; en el caso del derecho administrativo gran parte de su teoría se centra en los Contratos Estatales, mismos que han sido definidos por la Corte Constitucional Colombiana como:

“ (...) instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas” (Corte Constitucional, Sentencia C-932 de 2007).

La teoría del contrato administrativo según el tratadista Agustín Gordillo (2000, XI-2 - XI3) debe tomar en consideración ciertos factores generales:

“elementos de razonabilidad del objeto y precio de la contratación, la eficiencia del gasto incurrido, la equidad de las tarifas, etc. Estos no son ya criterios de oportunidad o conveniencia, son valores supranormativos respecto del derecho interno, son supralegales y supranacionales, inmediatamente operativos (...)”.

Por ello, el enfoque de análisis del contrato administrativo se realiza dentro de la rama del derecho administrativo en lo atinente a la contratación pública.

La celebración de un contrato público se ve motivada por intereses divergentes de las partes, fines que sólo serán alcanzados por medio de un proceso transparente y equilibrado y así lo establece Manuela Canal Silva (2016, P. 147):

“(...) mediante la celebración del acuerdo, la entidad pública busca el cumplimiento de los fines estatales, la prestación de los servicios públicos y la garantía de los derechos e intereses de los administrados, mientras que el contratista persigue una determinada utilidad personal”.

Sin importar que los intereses sean diversos, tanto la entidad estatal como el particular tienen un fin económico y social lícito, que sólo será alcanzado si se mantiene un equilibrio prestacional en las fases: contractual y de ejecución del contrato.

Por estas consideraciones, resulta importante que el desarrollo del concepto de *equilibrio económico contractual* se aplica a la contratación pública, mismo que ha sido definido por el tratadista argentino Marienhoff citado por Viviana Beatriz Barajas Villarreal (2015, p. 18) como:

“(…) una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerándose equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”.

En el sistema de contratación ecuatoriano, las facultades de negociación del contratista particular son limitadas por encontrarse ante un contrato de cláusulas predispuestas y condiciones técnicas y económicas prefijadas. Esta situación puede afectar al correcto desarrollo del equilibrio económico contractual, en dos instancias y bajo dos situaciones. Primero, cuando se verifique del contrato o de sus cláusulas una conducta arbitraria y abusiva de la entidad estatal, que es la parte que tiene condiciones de negociación preponderante, se constituya un escenario de excesiva desproporción. Segundo, cuando en la etapa de ejecución del contrato estatal surjan a decir de las autoras Ana María Castro y Ana Cecilia Zapata (2005, p. 2): “circunstancias ajenas e imprevistas que hacen más onerosa la ejecución de las obligaciones a su cargo, de tal forma que su cumplimiento le generaría un perjuicio”.

Por estas observaciones desde un análisis correlativo entre el desarrollo de herramientas y mecanismos de equilibrio económico contractual esbozadas y reguladas en materias de derecho privado, se viabiliza la aplicación de las mismas en la contratación pública, rama del derecho administrativo; acogiendo desarrollos normativo-doctrinarios, así como los efectos jurídicos de los mismos.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS JURÍDICO-CONCEPTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1.1 Estructura y Naturaleza Jurídica de los Contratos Administrativos.

Para iniciar una definición tentativa de la naturaleza jurídico-conceptual de los contratos administrativos es necesario analizar los escenarios en donde se desenvuelven los mismos. Para este ejercicio es primordial establecer cuál es la rama del derecho que regula los contratos administrativos.

Como su nombre lo establece, los mismos se encuentran regulados por la normativa relacionada al derecho público-administrativo.

En primer lugar, y, con carácter general y amplio, uno de los componentes del derecho administrativo es en sí el derecho, que como tal es un concepto variado que admite más de una concepción y definición; y, una de ellas permite entenderse como un conjunto de proposiciones propias del lenguaje que se acentúan en normas, reglas y principios. Norberto Bobbio (1994) citado por Francisco Javier Bernal (2008, p. 12) establece que “en el derecho interesa de modo particular la función prescriptiva, como conjunto de leyes, o de reglamentos, una Constitución, un código, una ley son ejemplos comunes del lenguaje normativo”.

Desde esta concepción se entiende al derecho desde su función prescriptiva, y es por esta razón que surge como una rama general, y, de ella se desprenden subclasificaciones. Entonces, el derecho concibe una clasificación inicial generalizada que parte de la internacionalidad o nacionalidad del alcance de sus preceptos, así, existe el derecho interno y el extranjero.

Esta concepción proviene del derecho romano, fuente principal de los ordenamientos jurídicos de base romanista que conforma la categoría del *ius civile*. Para un entendimiento ilustrativo general de la clasificación referida se ejemplifica con una tabla de contenidos:

Tabla 1 Clasificación del Derecho Interno y sus Ramas

Clasificación del Derecho Interno y sus Ramas	
DERECHO	
DERECHO PÚBLICO	DERECHO PRIVADO
Derecho Constitucional	Derecho Civil
Derecho Penal	Derecho Mercantil
Derecho Procesal	Derecho Societario
Derecho Financiero	Derecho Laboral
Derecho Tributario	
Derecho Administrativo	
Derecho de Familia	

Fuente: Elaboración Propia

Del cuadro desprende que el derecho interno, se verifica una segunda clasificación: derecho público y privado. Dentro del primero está presente el derecho administrativo, que es por naturaleza el que regula, entre otras, la actividad público contractual, por lo que resulta necesario alcanzar una definición del mismo. Francisco Javier Bernal (2008, p. 20) cita algunos autores para tratar de abordar un concepto claro del derecho administrativo:

Gabino Fraga (1990) arriba la siguiente definición: “El derecho administrativo es la rama del derecho que regula la actividad del Estado que se realiza en la función administrativa”, a su vez Andrés Serra Rojas (1983) concluye que:

“El derecho administrativo es la rama del derecho interno constituido por el conjunto de estructuras y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actividades directas e indirectas de la Administración Pública como el poder ejecutivo federal, la organización, funcionamiento y control de las cosas públicas, sus relaciones con los particulares, los servicios y demás actividades estatales”

De estas definiciones se verifica la presencia de ciertos elementos que configuran el concepto de derecho administrativo, y es en primera instancia, la relación de la Administración Pública y sus dependencias, la regularización de sus actividades directas e indirectas; y, en segunda instancia, la relación de toda esta estructura compleja llamada Administración, con uno de los principales elementos del Estado, el pueblo, conformado por sus particulares. La última puede traducirse en las relaciones directas de la

Administración con sus particulares, así como en la prestación y desarrollo de servicios óptimos para cubrir la necesidad de los últimos.

Las actuaciones de la administración son de distinta naturaleza e índole, pueden verificarse como manifestaciones unilaterales y bilaterales de la voluntad, por lo que resulta fundamental para la investigación analizar la diferencia entre las dos figuras.

1.1.2 Diferencia conceptual entre Actos Administrativos y Contratos Administrativos

El desempeño y desarrollo de la Administración pública, las entidades, órganos y personas que actúen en ejercicio de una potestad pública se traduce en un accionar, que puede ser catalogado en actos y hechos, y a su vez, los primero, en actos y hechos que producen efectos jurídicos directos, y los actos y hechos que no producen efectos jurídicos directos. Es por esta clasificación que dentro de un desarrollo doctrinario se ha llegado a la definición acogida incluso por el ordenamiento jurídico-normativo ecuatoriano: que las actuaciones de la administración que causan efectos jurídicos directos son los actos administrativos, y que, las actuaciones que no generen efectos directos serán los llamados actos de simple administración.

Los actos administrativos productores de efectos jurídicos directos han sido el objeto mayoritario de análisis por la incidencia que pueden causar en los particulares. Los mismos tienen una sub-clasificación adicional: en primer lugar como actos unilaterales e individuales y generales, y en segunda instancia como bi o plurilaterales, que de acuerdo al pronunciamiento de tratadistas se conciben los primeros como: actos reglamentarios y los segundos como contratos administrativos (Gordillo, 2000 p. IV-2).

Resulta incorrecto y puede llevar a confusiones asimilar como símiles los conceptos de acto administrativo y contrato administrativo, ya que el primero ha sido reservado para los actos unilaterales de efectos jurídicos directos, y la conceptualización de los actos bilaterales de efectos jurídicos directos se direcciona al término específico de contratos administrativos.

Existen diferencias sutiles entre las figuras del derecho administrativo que han sido citadas, sin embargo la principal radica en la voluntad. Los actos administrativos comprenden elementos como la competencia otorgada por el ordenamiento jurídico para la autoridad que lo emite, la motivación y exposición de fundamentos sobre los cuales se construye el acto, un objeto y una causa que sean lícitos y compatibles con la normativa,

y uno esencial que es la materialización de la voluntad unilateral de la Administración Pública.

Con fines de conceptualización mediante una dinámica comparativa entre el acto administrativo y el contrato administrativo, se arriba a la conclusión que existen más diferencias que semejanzas y la principal surge ya que en el primero es una actuación únicamente estatal, dictada en ejercicio de funciones de Estado; mientras que en el segundo a la voluntad de la entidad administrativa se suma un sujeto de competencia generalmente privada, lo que lleva a un procedimiento en el que las partes otorgan su consentimiento con las limitaciones del caso. Es por esta especial diferencia que los vicios que afectan a uno y a otro son distintos, respecto del acto unilateral las patologías son particulares y pueden afectar a los elementos constitutivos del mismo, es decir; que hayan sido emitidos por autoridad no competente, que no cumplan con una motivación adecuada o que adolezcan de objeto o causa lícitos. Los contratos a su vez podrán ser observados por falta de capacidad especial de las partes, debidamente establecida en el ordenamiento material o por vicios que afecten al consentimiento de las partes (Gordillo, 2000 p. IV 21-23).

Los actos administrativos al ser una potestad única de la Administración Pública gozan de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad que se consolidan en realidad cuando transcurre un plazo previsto por la ley y el acto no ha sido sometido a control administrativo o judicial. Los contratos administrativos no se benefician de estas presunciones, ya que la intervención de un particular privado en la mayoría de casos imposibilita la regla base de la suposición que: las actuaciones unilaterales de la Administración Pública se presumen legítimas y causan inmediata ejecución.

Respecto de las responsabilidades en las que puede incurrir la Administración Pública, varían dependiendo de la causa. La responsabilidad es extracontractual cuando surge de un acto administrativo, y, por otra parte, se consolida como responsabilidad contractual a consecuencia del incumplimiento de un contrato administrativo.

Así las figuras son autónomas e independientes, por ello es necesario analizarlas por separado, por tener mayores diferencias que similitudes.

1.1.3 Concepto de Contrato Administrativo

En la práctica cotidiana y en las relaciones jurídicas se manejan constantemente figuras legales que parten de un ejercicio previo de conceptualización; así el acto

administrativo materia de comparación en este capítulo ha surgido como una institución del derecho administrativo, vital para el desarrollo de la Administración Pública en relación con sus fines en representación de los intereses de los particulares. La figura mencionada no se ha configurado como una abstracción, sino como una institución concreta que tiene elementos intrínsecos ineludibles y requisitos de forma de obligatorio cumplimiento.

Este ejercicio surge del estudio doctrinario-conceptual de las actuaciones de la administración, y dicho avance y desarrollo se ve plasmado por el poder legislativo en el ordenamiento jurídico positivo.

Con la conceptualización previa de las instituciones del derecho y las figuras jurídicas se busca generar certeza dentro de un estado de derecho, ya que los conceptos indeterminados y figuras abstractas, en el derecho público administrativo, otorgan discrecionalidad y posibles actos arbitrarios en detrimento de los derechos subjetivos de los administrados.

En este orden de ideas, es preciso desarrollar los elementos, razones de fondo, principios y figuras que rodean y configuran el concepto de Contrato Administrativo, para una vez definida esta institución partir a una posible clasificación de los mismos.

En la investigación Derecho Administrativo: Doctrinas Esenciales dirigida por el tratadista Agustín Gordillo (2010 p. 4-5), dentro del Tomo III Capítulo XIV se realiza el planteo inicial del problema referente a los Contratos Administrativos. Establece que se debe partir de dos grupos generales para abordar lo que en este trabajo se refiere a una *clasificación conceptual generalísima*; en primer lugar, en razón del régimen exorbitante que el ordenamiento jurídico otorga a los mismos, y segundo, los contratos administrativos de acuerdo a su objeto, mismo que debe transparentar y verificar un interés público, una finalidad pública o la satisfacción de las necesidades e intereses del pueblo.

En cualquiera de los dos escenarios, la clasificación no discrimina condiciones, al contrario unifica los criterios, pues los contratos administrativos que surgen bajo un régimen exorbitante justifican el mismo bajo la premisa del interés general de la nación y la satisfacción de las necesidades de los habitantes del Estado. La clasificación referida sirve para excluir del análisis puntual a los contratos administrativos de objeto distinto al del régimen exorbitante de la contratación pública.

De esta manera, los contratos administrativos se desenvuelven en un escenario de contratación pública bajo un régimen exorbitante en la representación del interés general.

1.1.3.1 Dimensiones de la Contratación Pública

Frente a una situación extraordinaria como lo es la contratación pública, se presentan ciertas dimensiones que deben ser consideradas al momento de otorgar una definición tentativa a la figura del contrato administrativo, ya que inciden directamente en el mismo. Susana E. Vega (2004) en la recopilación Derecho Administrativo: Doctrinas Esenciales dirigida por el tratadista Agustín Gordillo (2010 p. 29-34) concluye que en el régimen contractual público confluyen tres dimensiones necesarias: la económica, la política y el derecho.

1.1.3.1.1 Dimensión Económica.

La realidad económico-financiera de cada Estado es un factor determinante para que pueda surgir un proceso de contratación pública, y, como efecto del mismo la instrumentación de un contrato administrativo de cláusulas exorbitantes. La importancia de la dimensión económica tiene dos instancias, la primera cuando la entidad administrativa va a requerir la ejecución de una política pública debe generar un ejercicio económico contable para verificar si dispone de fondos suficientes para su consecución. La primera tiene efecto directo en la segunda, al momento que la política pública es cumplida a cabalidad por el contratista la entidad tiene la obligación positiva de efectuar el pago completo que se ha pactado en el contrato; esto se simplifica en la obligación de previsión que deben tener los estados al momento de viabilizar políticas públicas serias, para poder cumplir con sus obligaciones de manera completa y oportuna, pues en la práctica se confirma que: los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas.

Dicha dimensión es recogida por las exigencias previstas en la normativa ecuatoriana, específicamente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), ya que exige en sus disposiciones que las entidades públicas deben contar con un presupuesto referencial al inicio de un proceso precontractual, así como, un Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, respetando principios de publicidad, en la página web de las instituciones públicas, y así lo establecen sus preceptos normativos:

Art. 6.- Definiciones.

27. Presupuesto Referencial: Monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual.

Art. 22.- Plan Anual de Contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

Este plan configura las siglas PAC y el Reglamento (2009) a la Ley citada determina su contenido; todo esto en prevalencia del interés económico general y para evitar que las entidades no puedan cumplir con sus obligaciones futuras de pago; en ese sentido: El artículo 26 establece que contendrá los procesos de contratación a realizarse en el año fiscal, descripción del objeto de los procesos de contratación, un presupuesto estimativo y un cronograma de implementación del plan.

Respecto del requisito de previsibilidad que debe ser cumplido por las representaciones del Estado, el ordenamiento material también establece preceptos obligatorios, así, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) determina que las entidades deben contar con un presupuesto general y el Reglamento (2009) de la Ley referida dictamina que debe existir una certificación de disponibilidad de fondos en las siguientes condiciones:

Ley.-

Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

Reglamento.-

Art. 27.- Certificación de disponibilidad de fondos.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley, para iniciar un proceso de contratación se requiere certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

Existen las consideraciones doctrinarias y normativas, por lo que la dimensión económica es un escenario válido e indispensable para un procedimiento de contratación pública, así como también para la individualización de una definición de contrato administrativo concreta.

1.1.3.1.2 Dimensión Política.

Como se mencionó anteriormente, el factor de previsibilidad económica mediante la creación y exigencia de un presupuesto y la disponibilidad de fondos mesurada y estructurada en un plan anual responde a la ejecución de políticas públicas serias.

Las políticas públicas generalmente se concretan en la ejecución de obras, optimización de servicios y en resumidas cuentas el cumplimiento de todos los planes que los representantes políticos hayan ofertado en los tiempos de campaña. De esta realidad pueden surgir dos problemas centrales por la estructura político-democrática que rige nuestro diseño estatal: en primer lugar la patología del populismo y la demagogia y en segundo lugar la falta de continuidad en cuanto a las obras y políticas desarrolladas por el gobierno de turno.

Respecto del primer problema son situaciones atípicas dentro de un modelo ideal de gobierno, pero que en la práctica común han sido recurrentes y en la realidad ecuatoriana se han vuelto una constante; si bien el populismo en un inicio nace como un mecanismo de representación del pueblo sin consideración de clases sociales ni de elitismos, en la actualidad se ha tergiversado y tiene una concepción peyorativa, en donde las políticas o lineamientos populistas son los que buscan la mayor captación de votantes sin medir impactos ni consecuencias. Todo esto tiene una correlación con la demagogia, ya que el discurso político brinda halagos y promesas que no pueden ser cumplidas.

Es innegable, por más que existan practicas políticamente incorrectas, que la dimensión política es fundamental para el desarrollo de la contratación pública, ya que los planes de cada gobierno de turno deben ser ejecutados, en gran parte, por procesos de contratación pública e instrumentarse en contratos administrativos. El segundo problema se verifica en la continuidad de las obras, y tiene relación directa con el postulado económico de *políticas públicas serias*, ya que por el principio de alternancia como freno del ejercicio eterno del poder en nuestro diseño democrático, los representantes cumplen con períodos de tiempo determinados por la legislación; y ha sido una práctica común que los nuevos gobernantes no concluyan las obras ya iniciadas por el próximo anterior.

En todo sentido, las autoridades de elección popular deben respetar y velar por los derechos de los ciudadanos y al momento de ejecutar las políticas públicas de sus *planes de campaña* respetar el interés del mandatario principal y soberano, el pueblo, mediante continuidad de obras y propuestas reales.

El Constituyente al establecer cuál es el diseño estatal en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el Pueblo Soberano es el factor más importante de un Estado:

Art. 1.- (...) La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

La dimensión económica y política tiene estrecha relación, y funcionan o se desenvuelven de acuerdo a la tercera dimensión que será analizada a continuación.

1.1.3.1.3 Dimensión del Derecho.

En primera instancia para generar una referencia completa de esta dimensión, se debe partir de que el derecho va a ser entendido como el conjunto de reglas y principios que han sido reconocidos por la Constitución y Tratados Internacionales, así como también el ordenamiento jurídico secundario; para que de esta manera pueda ser aplicado en los contratos administrativos, dentro de un procedimiento complejo de contratación pública.

En ese orden de ideas, la Constitución y las Leyes pertinentes, entendidas como el marco legal de la contratación deben ser observadas de manera obligatoria por las partes, ya que de este ejercicio surgen dos situaciones de beneficio mutuo. El acatamiento irrestricto de las normas previstas en los cuerpos referidos garantiza el respeto de los derechos de los individuos que participen en estos procesos de contratación; y, a su vez generan mayor credibilidad y seriedad respecto del Estado que respeta estos derechos y cumple con los procedimientos previstos de manera puntual y con observancia clara de principios efectivos, lo que concluye en mayor cantidad de inversión nacional y extranjera.

En la realidad ecuatoriana las normas y principios se plasman tanto en los cuerpo que forman el bloque de constitucionalidad: Tratados y Constitución (2008); y de manera armónica en el ordenamiento jurídico secundario: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) y su Reglamento (2009), así como también el Código Orgánico Administrativo. Entre las disposiciones más relevantes:

Constitución de la República del Ecuador:

Art. 226. Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una

potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...).

Art. 227. La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

El artículo 226 se traduce en el principio de competencias positivas o competencia previa que rige en la administración y en el derecho público; distinto de la liberalidad que tienen las partes en las relaciones que surgen del derecho privado. En el derecho administrativo sólo se podrá realizar lo que se encuentre previsto previamente en el ordenamiento jurídico; de ahí que el principio de legalidad rija para la administración y sus representaciones.

En base a este precepto constitucional se construye la dimensión del derecho, puesto que las entidades contratantes y el Estado en general deberán ajustar sus actuaciones a la ley; y de igual manera los contratos administrativos en su objeto, deberán respetar estos mandatos, entendiéndose los preceptos el marco legal del contrato.

El artículo 227 se refiere a los principios que deben ser respetados y observados de manera obligatoria por la Administración Pública, en este caso sin exclusión en la aplicación de todos los previstos, importa a la contratación pública: los de transparencia, planificación y participación.

A su vez como protección de los derechos reconocidos por la Carta Magna en relación a las políticas públicas continuas, reales y efectivas:

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

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales,

la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

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

Art. 8.- Órganos competentes.- El Servicio Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, en el ámbito de sus competencias.

El artículo 1 y 2 del cuerpo normativo referido contienen el ámbito y objeto de la ley, y a su vez el artículo 7 establece la razón del Sistema Nacional de Contratación Pública, como este conjunto de normas y principios que deben ser respetados por las entidades estatales y las partes busquen ser adjudicarse un contrato. De esta manera surge la obligatoriedad de acatamiento de las disposiciones contenidas en esta ley, y a su vez se refiere en su artículo 8 al ente competente de control, que podría generar acciones coercitivas a quienes incurran en incumplimientos o conductas inusuales, independientemente de cualquier régimen de responsabilidad adicional en cada caso.

A su vez el artículo 10 *ibídem* establece su naturaleza y la regulación del órgano rector SERCOP:

Art. 10.- El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República y gozará de fuero de Corte Nacional de Justicia, en las mismas condiciones que un ministro de Estado.

A reglón seguido en dieciocho numerales se determinan las facultades del organismo detallado, todas en procura de la organización y respeto del ordenamiento. De igual manera el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009) puntualiza las facultades y naturaleza del SERCOP en sus artículos 5 y 6.

Queda claro que la dimensión del derecho es fundamental para el correcto desarrollo y funcionamiento de los procesos de contratación pública y que forman parte vital de los contratos administrativos, puesto que las estipulaciones previstas en los últimos tienen que guardar armonía con el ordenamiento jurídico, y ciertos mandatos legales se encuentran presentes en el contrato por más de que no se detallen de manera literal. Las normas referidas dan muestra incipiente de la cantidad de preceptos que deben observarse de manera general y cuando el caso lo amerita de acuerdo a condiciones de especialidad y especificidad.

Seguridad Jurídica como efecto armónico de las dimensiones de la Contratación Pública.-

Cuando un Estado respeta a cabalidad y cumple con los estándares económicos, políticos y las exigencias del derecho, se viabiliza un proceso de contratación pública transparente en el cual los intereses legítimos de las partes pueden ser alcanzados y se limita la discrecionalidad de los agentes públicos. La seguridad jurídica en el ordenamiento ecuatoriano se encuentra desarrollada en el artículo 82 de la Constitución (2008) que establece: “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Del análisis se colige que la seguridad jurídica se fundamenta únicamente en las normas y su debida observancia, en relación con el artículo 226, sin embargo ello puede ser una ilusión, puesto que los preceptos normativos se caracterizan por su mutabilidad e inestabilidad; en la investigación en concreto la seguridad jurídica responde a un espectro más amplio, que se resume en: la previsibilidad económica estatal, estabilidad política y ejecución de políticas públicas serias y observancia de normas y principios.

1.1.3.2 Elementos del Concepto de Contrato Administrativo

Para un abordaje inicial del concepto de Contrato Administrativo, es menester analizar sus elementos, ya que los mismos lo diferencian de otras figuras contractuales y generan un criterio de especificidad, como figura autónoma del derecho administrativo.

En esta lógica el catedrático Agustín Gordillo (2000 p. XI 12-XI 19) en su obra Tratado de Derecho Administrativo, en la parte pertinente la *Clasificación de los Contratos Administrativos* el autor deduce que exista la representación de una figura contractual pública debe presentarse, en primer lugar, un sujeto calificado; y, segundo, requisitos específicos. Independientemente de que concepto de contrato administrativo acoja los elementos básicos contractuales para que la relación pueda nacer válidamente a la vida jurídica y causar efectos; así deberán converger los sujetos, uno de ellos calificado y competente –con pena de nulidad de acuerdo al artículo 65 numeral 3- para celebrar contratos dentro de la entidad u órgano que decida contratar; la voluntad con los matices y limitaciones de adherencia del contratista, y tomando en consideración que existen incapacidades generales determinada en el Código Civil, y, también inhabilidades generales y específicas previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008); un objeto y causa lícitos; así como cumplir con las formalidades de rigor, caso contrario podrían afectarse su validez y causar razones de nulidad, de acuerdo a lo dictaminado por el artículo 65 numeral 2. Según lo dispone la Ley referida, en su artículo 68 cataloga los requisitos de los contratos públicos:

1. La competencia del órgano de contratación; 2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y, 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.

Sin embargo por temas de explicación doctrinaria serán analizados los enunciados por el autor Agustín Gordillo.

a) Sujeto Calificado.

El primer elemento puede parecer obvio en la materia, sin embargo en ciertos casos podría llevar a confusiones y errores. La relación contractual surge con un sujeto calificado, el Estado, para llegar a un análisis exacto: lo serán las personas públicas estatales del régimen centralizado o descentralizado, excluyéndose en este caso las personas públicas no estatales, en un orden práctico en la realidad ecuatoriana una de las partes podría ser un Ministerio o un Gobierno Autónomo Descentralizado, Municipio, siempre que el contrato administrativo sea celebrado por la autoridad competente y así no se atente a la capacidad de los contratantes. El caso opuesto en el que se presenta una persona pública no estatal se verifica cuando una empresa de economía mixta, es decir,

con participación mayoritaria del estado busca iniciar un procedimiento de contratación pública. En el último ejemplo no se advierte el elemento básico de que la persona pública sea estatal, la misma puede ser contratista, generar una oferta y competir para la adjudicación de un contrato; pero no puede ser la entidad contratante.

b) Requisitos Específicos.

Los requisitos específicos se resumen en dos: Publicidad y licitación, y son llamados en doctrina como específicos, puesto que no se encuentran presentes en la rama contractual privada, por esta razón, caracterizan como autónoma a la figura del contrato administrativo:

i. Publicidad.

La publicidad se refiere a que ciertas actuaciones del proceso contractual administrativo sean publicadas para el conocimiento de la sociedad y que de esta manera se ejerza un control y se efectivice en el proceso el principio de transparencia. En general los actos que deben publicarse, a decir del autor, son como mínimo: la adjudicación, el monto y el precio final de ejecución, todo esto en un portal web institucional.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en su artículo 4 prevé, entre otros principios, los de transparencia y publicidad; y, el artículo 5 ibídem establece un canon de interpretación en caso de desavenencias anclado a los principios referidos.

Otras disposiciones relacionadas con la publicidad:

Art. 17.- Publicidad de la Información.- La información del RUP será pública y estará disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS (...)

(...) Los proveedores serán responsables de la veracidad, exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP y deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señale el Reglamento.

El RUP significa el Registro Único de Proveedores, requisito básico para poder contratar con el Estado, la información para su obtención estará publicada y su veracidad es responsabilidad de los proveedores.

Art. 21.- PORTAL de COMPRASPUBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio

para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

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

De esta manera se ha estandarizado un mecanismo único que obliga a que las entidades contratantes lo usen cuando se propongan realizar procedimientos de contratación, y de esta manera se evita la existencia de procedimientos paralelos y condiciones extrañas a las establecidas por la Ley y el ente rector.

Art. 22.- Plan Anual de Contratación.- (...)

El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPUBLICAS. De existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso.

El inciso segundo del ya referido artículo 22, establece la obligatoriedad que tienen las entidades respecto de la publicación del PAC, y lo realizarán en su página web, ya que de esta manera los posibles adjudicatarios podrán tener conocimiento cierto de cuáles son las políticas públicas a ejecutarse por parte de las entidades estatales y cuál es el monto que van a destinar a las mismas.

ii. Licitación.

En primera instancia se debe generar una aclaración, para evitar confusiones, el autor trata el elemento de la licitación como la característica de condiciones previas y concurso público que se da para la selección de un posible adjudicatario que conforme una de las partes contractuales; ello, no quiere decir, que en el punto en específico se

refiera al procedimiento específico de licitación previsto en el CAPITULO III de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus artículos 48 y 49.

Luego de esta especificación, la licitación, entendida como segundo elemento específico –independiente de cualquier proceso de contratación- se centra en los pliegos como condiciones previas, extrañas a otras relaciones contractuales; mismas que van a determinar exigencias específicas de acuerdo a criterios técnicos y económicos en representación de principios de eficiencia y equidad. Los pliegos contractuales tienen que respetar categóricamente y puntualmente los preceptos constitucionales y legales.

En el régimen de contratación privada las estipulaciones que conforman el acuerdo de voluntades surgen de negociaciones de las partes, en algunos casos con condiciones de negociación limitadas como en los contratos de adhesión, pero no surgen de una exigencia técnica y económica como lo representan los pliegos contractuales en materia de contratación pública.

Los pliegos precontractuales deben contener necesariamente todas las condiciones y requisitos a cumplirse por las ofertas de los posibles contratistas que buscan ser adjudicatarios y así lo define el artículo 6 numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008): “**24.** Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública”.

Respecto de su contenido, la ley se refiere a ello en su estructura y exige las condiciones necesarias generales y en cada caso en específico, confirmando así la previsión técnico-económica para materializar el principio de eficacia; en ese sentido:

Art. 31.- Divulgación, Inscripción, Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos.- Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría.

Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales.

Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de COMPRASPUBLICAS.

El artículo referido confirma el desarrollo del contenido general de los pliegos y determina cuales van a ser los procedimientos en los que de manera obligatoria se debe contar con estas condiciones previas. Determina también un requisito de publicidad de los documentos precontractuales, para generar mayor transparencia en el proceso de adjudicación de los proyectos de ejecución políticas públicas. Los interesados podrán incluso realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre el contenido de los pliegos, todo ello, en un tiempo determinado por los mismos documentos.

En esa línea lógica, los documentos precontractuales deben contar con los mejores costos para la ejecución, ya sea en la provisión de bienes y servicios; en los contratos de obras o en los servicios de consultoría, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales diecisiete, dieciocho y diecinueve, del artículo 6 de la ley analizada.

Con relación a estos documentos precontractuales, existen también precisiones y alcances contenidos en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009):

Art. 20.- Pliegos.- La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables (...)

Los Pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

En la determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.

Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.

De la normativa referida se constata el objeto de los pliegos como condicione precontractual, en la medida que garanticen la eficacia y eficiencia de las ofertas, para generar una optimización del gasto público en las entidades contratantes; y, a su vez,

condiciona a las mismas a generar un trato igualitario a los oferentes por medio de condiciones económicas y técnicas posibles de acuerdo al principio de equidad.

Sin embargo, al analizar el principio de equidad, la conclusión que se refleja es contradictoria, puesto que dicho principio es limitado.

La equidad puede concebirse de manera fraccionada al momento que la ley se refiere a una supuesta igualdad de condiciones precontractuales para no generar favoritismos o direccionar ofertas a un solo contratista o grupo de contratistas; se puede arribar a la conclusión que existe una igualdad formal. La desigualdad e inicio de las conductas desproporcionales por una posición preponderante del Estado surge en esta etapa, ya que las entidades públicas pueden dejar sin efecto la licitación, no adjudicar o dar por concluida la relación sin justificar en algunos caso motivos.

En el caso ecuatoriano la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus artículos **treinta y tres y treinta y cuatro** otorgan la facultad a las entidades estatales de declarar el procedimiento desierto o cancelarlo, bajo ciertas condiciones o supuestos específicos pero con algunas normas abiertas que pueden prestarse a interpretaciones discrecionales, en efecto:

Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

(...)

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas; (...)

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. (...)

(...) La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

Los intereses nacionales o institucionales pueden ser varios y provenir de diversas interpretaciones o valoraciones subjetivas, restando de esa manera objetividad por medio

de esta disposición y generando una posible indefensión del adjudicatario tentativo. Se intensifica la falta de equidad cuando esta declaratoria, a pesar de contar fundamentos o justificativos económicos, técnicos y jurídicos tenga, no es susceptible de control administrativo ni judicial por conductas dañosas, puesto que la ley exime a la entidad que realiza la declaratoria del procedimiento desierto o que cancela el mismo de cualquier tipo de responsabilidad por daños, así también lo establece el artículo **treinta y cuatro**:

“Art. 34.- Cancelación del Procedimiento.- En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado (...)”.

El eximente de responsabilidad por daños sigue presente, y por ende no cabe ningún tipo de reparación o indemnización.

En los dos caso los actos administrativos pueden ser objeto de control administrativo o judicial, pero los efectos y régimen de examen serán distintos, y la reparación vía indemnización es nula.

En conclusión, el concepto de contrato administrativo se forma de elementos generales y específicos, de un sujeto calificado como una entidad pública estatal que tenga capacidad para contratar, y, también; con requisitos específicos de publicidad y licitación que deben confluir necesariamente dentro de un proceso de contratación complejo. Los mismos determinan las características mismas de los contratos estatales y del procedimiento previo a su celebración.

Del análisis de la figura doctrinaria y de las disposiciones pertinentes se observan ya matices que rompen con el principio de igualdad común que tienen las partes al contratar.

1.1.3.3 Clasificación Doctrinaria de los Contratos Administrativos

En la especificación de los elementos generales y especiales que se encuentran presentes en un régimen de contratación pública e inciden en la formación de la voluntad para la celebración del contrato administrativo, el mismo autor Agustín Gordillo (2000 p. XI-10 – XI-14) genera un tipo de clasificación de las posturas del concepto de contrato público, para de esta manera abordar íntegramente el concepto desde sus raíces.

En primera instancia, parte de la determinación de cuál es el alcance del análisis respecto de los contratos administrativos pertinentes, lo que, sólo puede deducirse de un examen directo al objeto de los contratos.

En ese orden de ideas, el objeto de la contratación puede ser variado, sin embargo, interesan, los que surgen como efecto de la situación real de un Estado y de sus políticas públicas, lo que para una categorización, de acuerdo al objeto, son: a) Contratos de Obras Públicas; b) Contratos de Suministro; c) Cesión de Servicios Públicos.

De manera coincidente con esta clasificación, el caso ecuatoriano, en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), acoge en parte este lineamiento, ya que su artículo seis numeral 5 prescribe:

5. Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

La disposición añade la prestación específica y técnica de la consultoría, así como la adquisición o arrendamiento de inmuebles, mismos que requieren un régimen de contratación especial. Si bien el artículo no se refiere a los contratos de suministro, los mismos encajan dentro de la normativa nacional dentro de los bienes y servicios normalizados que deberán ser adquiridos por el Portal de Compras Públicas, como lo dispone la sección de compras por catálogo de la misma ley en sus artículos 43 hasta el 47 y el Reglamento.

De manera generalizada, la clasificación de acuerdo al objeto de la contratación es válida y traduce la finalidad principal de los Estados, para garantizar efectivamente el desarrollo y el estado de bienestar; no obstante, para el abordaje puntual del contrato administrativo es necesario llegar a una clasificación propia, que evidencie la naturaleza jurídico-conceptual de la figura objeto de análisis.

Así, el desarrollo doctrinario, a pesar de no ser abundante, a decir de autores, al partir de una analogía entre el estudio del contrato administrativo frente al acto administrativo, ya que el segundo ha sido el centro de desarrollo de la corriente

administrativista; no obstante han surgido tres posiciones para la concreción de un concepto que goce de características propias.

Por factores de individualización, cada estándar clasificatorio será analizado de manera particular, iniciando por la Escuela Alemana.

1.1.3.3.1 Escuela Alemana: Negación de la Categoría de Contratos Administrativos.

La misma inicia o parte de la definición del Contrato Administrativo como derivación o apéndice del Contrato Civil; es decir anota que el Contrato Administrativo parte de la figura del contrato Civil, siendo simplemente una parte del último.

Lo que esta Escuela deja de lado es que estas figuras contractuales tienen regímenes y elementos jurídicos y esenciales distintos. Frente a esta concepción los autores Nicolás Bonina y Nicolás Diana (2010, p. 71-72) dentro de la obra de recopilación Derecho Administrativo: Doctrinas Esenciales dirigida por Agustín Gordillo establecen que el Derecho Administrativo, y sus figuras, tienen autonomía disciplinar y que el contrato administrativo tiene más diferencias que similitudes con la figura del contrato civil, sus elementos y régimen jurídico; partiendo del simple hecho que el primero refleja y respeta la institucionalización del interés general, mientras que en el contrato civil se encuentran presentes los principios del interés privado, en donde la autonomía de la voluntad de las partes goza de mayor libertad, sin desembocar en liberalidad, porque aún en el derecho privado sólo podrá realizarse lo que no se encuentre expresamente prohibido por la legislación.

La concepción de la negación de la categoría de Contratos Administrativos parte de un error, ya que las clasificaciones tradicionales del derecho, al concebirlo como cuerpo y fuente normativa, parten de una distinción entre el derecho público y el derecho privado, derecho administrativo y derecho privado; cada uno, autónomo y con sus propias condiciones, como dos regímenes de derecho independientes.

En la actualidad resulta inadecuado aplicar esta teoría para la adecuación y definición de una figura contractual que rige las relaciones e intereses de los particulares con una entidad público-estatal, pues sus elementos son distintos y su regulación distante.

1.1.3.3.2 Escuela de la Distinción entre Contratos Administrativos y Contratos Civiles.

Con el avance y desarrollo institucional normativo, se vuelve plausible la autonomía que tiene la figura del contrato administrativo, razón por la que se acepta su vigencia propia pero de manera incipiente, porque aún se presenta la comparación apresurada con la figura del contrato civil.

Los rezagos se advierten del análisis conceptual, ya que el mismo contiene una constante implícita en el desarrollo del concepto comparativo, pues en esa lógica, la premisa aducida por quienes defienden la teoría de la comparación es: *el contrato privado es lo normal y los contratos públicos son lo excepcional*.

A pesar de no generar un abordaje completo y específico de la figura contractual administrativa de manera independiente, esta teoría comparativa arriba a ciertas diferencias lícitas: los unos tienen naturaleza de acto civil, los segundos de actuación administrativa; el objeto de los primeros es de dominio privado, mientras que el de los segundos es público, los intereses instrumentados en uno y otro son distintos; etc.

Generar esta comparación resulta válido cuando la investigación tiene como objeto un análisis de las dos figuras con esa finalidad: comparar y obtener elementos que compaginan y autonomía de figuras; pero no es lícito utilizarlo para desarrollar el concepto definitivo medular del contrato administrativo ya que es peligroso e ilusorio, peligroso porque la incertidumbre en el derecho público deja una órbita de acción amplio a los operadores y conlleva actuaciones discrecionales; e ilusorio porque el proceso de conceptualización no concluye, lo óptimo es realizar la comparación y luego definir categóricamente el contenido esencial de la figura.

La peligrosidad de la aceptación de esta figura se extiende en la medida que a la figura del Contrato Estatal le aplicarían disposiciones comunes al derecho general, e inclusive del derecho privado, lo que, a todas luces, es un contra sentido.

Por todas estas consideraciones, la teoría de la comparación afecta directamente al principio de legalidad que rige en la administración pública. Cuando las figuras conceptuales no se encuentran desarrolladas con claridad y como efecto no han sido plasmadas de manera objetiva y precisa en disposiciones normativas que rijan el desarrollo de las actividades de los órganos y representaciones estatales; el efecto será la desviación o abuso de poder.

La obtención de una definición partiendo del supuesto que: *un contrato administrativo deriva de la conceptualización del contrato privado* se vuelve una

posición cómoda e inverosímil. Así como lo establecen en el los autores Nicolás Bonina y Nicolás Diana (2010, p. 69-80) este concepto es ilusorio, y se asemeja a la premisa utópica que consagra la ficción del sometimiento del Estado a la ley. Es difícil concebir que el Estado de Derecho en un análisis pragmático sea una ficción inalcanzable, entendiendo que el mismo supone, en primer lugar, la existencia de reglas claras materializadas en un ordenamiento jurídico que rija dentro de un territorio y temporalidad específicos; y en segundo, el acatamiento y respeto de estas reglas por los organismos, dependencias estatales y particulares.

El razonamiento recae sobre un factor de incidencia práctica, la idea de que el Estado al ser el emisor de las normas, las cumpla, o, caso contrario las emita a su conveniencia; lo que los doctrinarios llaman: “*la exacerbación de la utopía del sometimiento del Estado al imperio de la ley*” (Bonina y Diana, 2010, p. 80). Frente a esta postura y en aras de convertir esa ilusión en una certeza es necesario que dentro de un Estado, la división de poderes sea una constante real y que los conceptos y figuras jurídicas sean definidos con claridad y precisión.

En ese ejercicio, para evitar y combatir al “*monárquico régimen exorbitante*” que se presenta en los procesos de contratación pública como discrecionalidad de los funcionarios; por ello, se debe otorgar un significado real a la figura de contrato público (Bonina y Diana, 2010, p. 80).

Todas estas consideraciones llevan a la postura final y más acertada.

1.1.3.3.3 Escuela Norteamericana: Contratos de Gobierno.

Finalmente se arriba a la concreción de un concepto de contrato público autónomo. La última escuela busca el desarrollo minucioso de los elementos propios del concepto de contrato administrativo.

Esta corriente es fundamental, puesto que partiendo de un desarrollo conceptual independiente del régimen civil, siendo así propio del derecho público, la regularización jurídico-normativa puede ser precisa y constituirse en un freno a cualquier tipo de liberalidad de la administración.

Esta escuela es la que acogida para desarrollar el concepto contractual público, pero, previo a ello es necesario realizar un análisis específico de los *supuestos clásicos en forma*

de los contratos administrativos, los regímenes jurídicos de los Contratos que celebra la Administración; y por último, el desarrollo y conceptualización del Contrato Administrativo en estricto sentido y los principios que deben rodear un proceso de contratación pública.

1.1.3.4 Supuestos Clásicos del Contrato Administrativo

Existen supuestos necesarios que configuran el concepto de contrato público y lo diferencian de otras figuras contractuales, que inciden directamente en la figura contractual y en su campo de acción; y, en concreto, son: a) la determinación estricta de la ley; b) la voluntad de las partes condicionada a una realidad exorbitante; c) la prosecución y protección del interés público.

1.1.3.4.1 La Determinación de la Ley, una crisis de legalidad.

El autor Agustín Gordillo (2000 p. XI-14 – XI-17) ha establecido de manera precisa los supuestos relacionados y presentes en el concepto de contrato administrativo.

El primer supuesto parte de un principio que rigen en materia pública en general y administrativa en particular, el principio de legalidad: este principio funciona de manera distinta, dependiendo de la materia y del campo de control. Por ejemplo en materia penal, misma que, pertenece al derecho público según la clasificación inicial, este principio se presenta como los de estricta legalidad y tipicidad. De esa manera, sólo y únicamente las conductas que han sido preestablecidas en la normativa como conductas reprochables por el legislador, en ejecución del principio de reserva de ley, podrán ser consideradas como delitos. La estructura penal responde a la protección de ciertos bienes jurídicos que son considerados importantes para la sociedad.

El principio de estricta legalidad forma parte del derecho a la seguridad jurídica, y en el sistema penal acusatorio ecuatoriano encuentra justificativo en la certeza, que brinda a los ciudadanos, materializando la finalidad que las conductas penalmente reprochables se encuentren tipificadas en el ordenamiento de manera clara, ya que las sanciones limitan directamente derechos fundamentales de los individuos; tales como la libertad, el derecho de propiedad, y, en algunas jurisdicciones la vida.

Siguiendo esta lógica, en otra rama del derecho público, como lo es el derecho constitucional, se prevé la regularización y desarrollo del principio de legalidad. Sin bien

las cartas fundamentales de los estados se encuentran materializadas en texto, su contenido no tiene un régimen interpretativo restricto como en el caso penal. El régimen de aplicación de los derechos fundamentales y los principios contenidos en la Constitución ecuatoriana configura un sistema complejo de reconocimiento de derechos por el constituyente, que no crea derechos sino los desarrolla; ya que los mismos surgen desde una percepción antropocéntrica natural que requieren regulación material.

El principio de legalidad incluso se encuentra garantizado y supeditado a los derechos y mandatos de optimización contenidos en la Constitución; es decir la Carta Magna en sí, desarrolla este principio.

El artículo 11 de la Norma Fundamental establece cánones hermenéuticos para la aplicación de los derechos, traducidos en principios de aplicación, que, relacionados con el principio de legalidad son parámetros que el legislador y las representaciones con potestad normativa deben acatar. Incluso, dentro de los principios referidos, se establece la obligación positiva de que los actos normativos y los proyectos legislativos desarrollen el contenido de los derechos de manera armónica, en ese sentido los numerales 4 y 8 refieren:

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

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

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

Los numerales citados establecen un concepto de legalidad de contenido, puesto que es la Norma Suprema el instrumento que prevé y desarrolla el principio de legalidad y, a su vez, determinan parámetros de coacción. Entones, la condición necesaria para que surja el principio de legalidad se encuentra concentrada en el reconocimiento constitucional dentro del documento fundamental de los estados. Así se verificará en

adelante cuando se analiza el efecto o función de la legalidad dentro de la rama administrativa.

Por estas consideraciones, el principio de legalidad cobra vital importancia en el derecho administrativo, puesto que esta rama del derecho se construye sobre el mismo, así, una de las condiciones necesarias de validez en la actuación de las representaciones administrativas, estatales, públicas, es que la norma faculte ese accionar.

La misma Constitución en su artículo 226 consagra el principio de competencias positivas, ya que toda actuación de los órganos, servidores y representaciones estatales tienen que encontrarse prefijada y prevista por el ordenamiento positivo, caso contrario carece de validez. Los actos pueden ser susceptibles de control cuando obtengan vicios de legalidad en su objeto, cuando no cumplan con requisitos de forma establecidos en la normativa, o cuando los efectos llamados generar no se encuentren debidamente desarrollados en un precepto normativos; en esta línea es un requisito indispensable que la Administración Pública adecue su accionar en la norma, lo que refuerza una estabilidad y seguridad frente a conductas arbitrarias y discrecionales.

El análisis está direccionado para su aplicación en la teoría general del acto administrativo, pero lo que interesa es ¿Cómo se concibe este principio en la teoría de los contratos administrativos?

Los contratos públicos al tener un régimen autónomo como quedo establecido, tienen también un carácter expreso de contrato, como un catálogo de figuras contractuales determinadas por la ley bajo el régimen administrativo, no del derecho común.

En el caso ecuatoriano es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento los cuerpos normativos que definen las figuras contractuales que pueden ser celebradas por las entidades público-estatales.

Las figuras públicas contractuales más comunes, que surgen bajo un régimen exorbitante han sido: los contratos de obra pública, de suministro, servicios de consultoría concesiones, licencias y otros específicos.

Como ya se analizó, el artículo 6 de la LOSNCP (2008) en su numeral 5 determina que las figuras contractuales previstas para un proceso de contratación serán: “la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”. Y en artículos posteriores se define al suministro mediante el procedimiento de compra por catálogo.

En resumen, el principio de legalidad en materia de contratos administrativos debe ser entendido, en específico, como la tipicidad de las formas contractuales y procedimientos de contratación, y en general como los principios y reglas normativas que forman parte del contrato; otorgando, de esta manera, prerrogativas y obligaciones implícitas a las partes; en cualquiera de los dos casos es reforzado y debe ser observado para la validez de los contratos y procedimientos.

1.1.3.4.2 La Voluntad de las Partes, Supeditada a un Régimen Exorbitante.

Es necesario, en este particular, referirse al tratamiento de la voluntad de las partes en el derecho privado para poder especificar las condiciones extraordinarias del consentimiento en la contratación pública

En el derecho privado existe una clasificación general de los Negocios Jurídicos, establecida por el profesor Hernán Coello García (2006, p. 63) en su obra Teoría del Negocio Jurídico, y, la misma, parte de ciertas condiciones intrínsecas de la esencia de cada uno. Uno de los parámetros clasificatorios se concibe de acuerdo a la verificación de la voluntad de las partes, y concluye que los mismos pueden ser: “contratos bilaterales perfectos (como la compraventa)” o “bilaterales imperfectos o unilaterales, como los llama la ley (como la donación y el comodato) y actos unilaterales (como el testamento)”. El consentimiento tiene un tratamiento distinto en cada uno de los casos pero no por ello deja de ser uno de los requisitos esenciales para la validez de los actos y declaraciones de voluntad como lo establece el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano (2018).

Aplica en este caso, los mismos parámetros al derecho administrativo, con particulares especiales; así la distinción realizada dentro de esta investigación entre los actos administrativos frente a los contratos administrativos esboza la unilateralidad o bilateralidad en cada uno. Esto es, referente a la materialización de la voluntad en los actos administrativos y el acuerdo de voluntades en los contratos administrativos, siempre supeditado a un régimen especial y exorbitante.

En el derecho civil existen contratos bilaterales perfectos y conmutativos, en donde las prestaciones y obligaciones que surgen del contrato, vinculan a las partes en igualdad de condiciones. La compraventa, por ejemplo, regulada en los artículos 1732 y siguientes del Código Civil ecuatoriano, ejemplifica la correlación equilibrada de prestaciones recíprocas entre las partes, en esa línea; posterior al acuerdo de voluntades en la

presentación de la oferta y la aceptación de la misma, el vendedor tiene la obligación de realizar la entrega efectiva de la cosa, y, por su parte el comprador tiene la obligación de pagar el precio pactado por dicha entrega y adquisición de la cosa.

La compraventa en sí es un contrato que muestra la liberalidad de negociación de las partes, ya que las mismas tienen la facultad de generar negociaciones previas a la celebración del contrato y la facultad de discutir la totalidad de las cláusulas del mismo.

En el escenario de la contratación pública, la verificación del consentimiento en la instrumentación de los contratos tiene una connotación distinta, ya que parte de un régimen exorbitante otorgado a la administración por el ordenamiento jurídico, que se encuentra fuera de la órbita del derecho común.

Como ya se estableció en la presente investigación en el acápite referente a los elementos del concepto de los contratos administrativos, es inminente la presencia de condiciones de licitación pública. Este elemento se verifica en el requerimiento del cumplimiento estricto de las condiciones previstas en los pliegos precontractuales, documentos que son requeridos obligatoriamente por las entidades contratantes de acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), de acuerdo a su artículo 31 contendrán: “(...) toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales (...)”.

En este sentido, los pliegos forman una exigencia técnica y económica específica previa a la adjudicación del contrato, por lo que, el contratista no tiene, desde un inicio, la liberalidad para establecer las condiciones y presupuestos que van a conformar el contenido del contrato. En conclusión el contratista tiene que adecuar su oferta a las condiciones impuestas por la entidad pública, y lo debe hacer tomando en consideración factores que doten de competitividad a su propuesta, ya que la misma se presenta dentro de un proceso de concurso y selección.

En los contratos administrativos la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, en un inicio, a las condiciones establecidas en los pliegos contractuales; y en segundo lugar, a las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico, mismas que configuran el régimen especial y exorbitante de la contratación pública: requerimiento de garantías, facultad de imposición unilateral de multas y sanciones, extinción unilateral por acto administrativo, exclusión de la reclamación por daños (lucro cesante) en caso de

incumplimiento. Todas estas condiciones, que serán analizadas en adelante dentro del campo normativo ecuatoriano constituyen un factor determinante en la autonomía de la voluntad de las partes que se desenvuelven en un procedimiento contractual, así el contratista tiene parámetros mínimos de negociación y el Estado una posición preponderante; lo que incide directamente en el equilibrio contractual.

En conclusión, el mencionado supuesto de la voluntad de las partes debe entenderse, dentro de los contratos públicos, como el “sometimiento involuntario del contratista a los pliegos de la licitación” (Gordillo, 2010, p. XI 17).

1.1.3.4.3 La Representación del Interés Público, Utilidad Pública o Bien Común.

Como lo ha determinado el autor Agustín Gordillo (2010) en la obra analizada, el régimen administrativo debido al diseño estatal ecuatoriano, parte de la premisa que la Administración Pública representa los intereses de la colectividad, es decir: el interés general.

El interés general tiene matices y clasificaciones propias, y, en lo que interesa al presente análisis, el problema surge en la representación del interés colectivo dentro de los procesos de contratación pública.

Jaime Rodríguez Arana-Muñoz y Enrique Rivero Ysern (2014) citados por Edmer Leandro López Peña (2014, p. 3) respecto del interés público y general establecen: “La dimensión amplia del interés general está compuesta por los valores y directrices que integran la cláusula del Estado Social y Democrático de derecho”.

Y en la misma línea de ideas:

El principio de seguridad jurídica, el de certeza normativa y el de previsibilidad del Derecho, son básicos en el Estado de Derecho. Implican, a los efectos de este estudio, que el Ordenamiento debe proteger aquellos intereses expresados bajo forma de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. Y estos intereses protegidos bajo forma de derechos subjetivos e intereses legítimos pueden presentar naturaleza individual, colectivo o difusa. Constituyen, es claro, parte integrante de la dimensión amplia del interés general por formar parte de los valores que configuran el Estado social y democrático de Derecho (López, 2014, p. 4).

El del principio del interés general es fundamental para el concepto de contrato administrativo, ya que el mismo, es el justificante propio del régimen exorbitante que se legitima en el ordenamiento positivo. Sin embargo, el problema se suscita por la indeterminación conceptual del interés general dentro del derecho. Los conceptos indeterminados en el derecho público son peligrosos, ya que pueden ser utilizados para justificar conductas caprichosas y abusivas de la administración y generarse una tergiversación del sentido real de protección.

El autor Jorge Correa Fontecilla (2006, p. 135) plantea que el problema de la ambigüedad del concepto debe ser resuelto, pero que ni siquiera las ciencias llamadas a hacerlo llegan a un consenso, en este sentido:

Aún hoy la Filosofía Política y Jurídica, como asimismo la Ciencia Política y la Sociología, no pueden discernir el alcance, contenidos y consecuencia del concepto de interés público, porque ello siempre va a depender de la perspectiva y metodología con que se opere, fluctuando desde una convicción razonada de que este es una preocupación central de esas disciplinas, hasta su rechazo categórico por quienes ven en él una mera fachada de intereses especiales

El análisis del principio del interés general será analizado a profundidad en adelante, puesto que es el justificante más fuerte de la posición de negociación preponderante del Estado y la causa mediata de legitimidad de las cláusulas exorbitantes.

1.1.3.5 Conceptualización del Contrato Administrativo en Estricto Sentido

Como se ha establecido, uno de los factores determinantes para el abordaje de un concepto de contratos administrativos es la autonomía e independencia entre la figura contractual civil y administrativa. Sin embargo para llegar a un concepto con componentes propios, es necesario referirse a la figura en general del contrato. Este ha sido definido por la enciclopedia Jurídica Omeba (1954) como: “contrato, proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz se deriva de contraho, que entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir”. Este concepto establece que el pacto es la base de los contratos, y así, se ha mantenido ya que uno de los elementos intrínsecos del mismo es el acuerdo de voluntades. El acuerdo de voluntades cuando cumple con los requisitos y no contraviene disposiciones normativas se constituye en un vínculo generador de obligaciones y prestaciones para las partes.

El Código Civil Ecuatoriano (2018) al momento de referirse a los contratos en su artículo 1454, confunde el concepto de los mismos y desarrolla el de las obligaciones, y sus modalidades de dar, hacer o no hacer. El ordenamiento jurídico no concibe una definición de contrato civil; por más que este ha sido el modelo clásico y en muchas ocasiones se ha partido del mismo para determinar el concepto del contrato administrativo. En ese orden de ideas, el concepto de contrato administrativo por el incipiente desarrollo investigativo, tampoco se encuentra normalizado y previsto de manera concisa en la normativa ecuatoriana. El Código Orgánico Administrativo (2017) establece un concepto incompleto, ya que deja pendientes ciertos elementos necesarios, que serán expuestos en adelante, pues en su artículo 125 establece lo siguiente: “Art. 125.- Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia”.

Por su parte el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) define el procedimiento de contratación:

Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

Esa disposición no desarrolla directamente el concepto individual de contrato público, sino se refiere a algunas de sus especies.

Para llegar a un concepto propio que encaje en la presente investigación es necesario analizar las posturas de catedráticos y doctrinarios. Leonardo Javier Suarez (2015, p. 11,12) cita los pronunciamientos respecto del tema de varios autores, así:

Bielsa (1964) establece que: “es un acuerdo entre las partes que originan reacciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”

Cassagne lo define como:

(...) todo acuerdo de voluntades generadoras de obligaciones, celebradas por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un

régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros.

Marienhoff (1983) establece con mayor precisión:

(...) es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones celebrado entre un órgano del estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.

Según Escola (1977):

(...) son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Público o que coloquen al contratante de la Administración Pública en esa situación de subordinación respecto a éste.

Los conceptos establecidos por los diferentes autores reúnen ciertos elementos comunes y necesarios para el concepto de contrato administrativo, en su parte pertinente Bielsa y Escola hacen relación a la desigualdad de las partes contratantes; Cassagne y Marienhoff se refieren a la calificación de uno de los sujetos como órgano administrativo que actúe en ejercicio de funciones administrativas, también se acentúa el particular régimen exorbitante; y, finalmente, todos coinciden en el vínculo que surge de un acuerdo de voluntades complejo y obliga a las partes.

Tomando estas consideraciones, se puede llegar al concepto autónomo de Contrato Administrativo, independiente de figuras del derecho privado, luego de un análisis de los regímenes y elementos que lo conforman se puede establecer o entenderse como: **El acuerdo de voluntades limitado por condiciones pre-contractuales, del cual surgen derechos y obligaciones para las partes sin igualdad de condiciones, celebrado entre: Un órgano administrativo, público-estatal, en ejercicio de funciones administrativas y un particular subordinado a un régimen exorbitante al derecho común.**

CAPÍTULO II: FACULTAD DE NEGOCIACIÓN PREPONDERANTE DEL ESTADO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Producto del desarrollo de temas y subtemas relacionados con la definición conceptual del contrato administrativo, se constatan ciertos factores y elementos que van a respaldar la tesis que, establece, que el Estado y sus representaciones, al momento de contratar con particulares, tienen una posición de negociación preponderante. Los temas que generan mayor relevancia para el estudio, se resumen en: El sometimiento involuntario del contratista a las condiciones previstas en los pliegos precontractuales y la presencia de un régimen exorbitante al derecho común; la desigualdad de las partes contratantes; todo esto en un escenario de contratación pública justificado por el concepto indeterminado del interés general.

En esta línea racional es necesario generar una aproximación y análisis a cada uno de estos factores.

2.1 Sometimiento Involuntario a la Condiciones Precontractuales Contenidas en los Pliegos de Licitación.

Para iniciar un abordaje completo del tema, es necesario analizar cuáles son los principios que rodean el proceso de contratación y en sí el contrato público.

En este sentido el autor Leonardo Javier Suarez (2015, p.13-20) establece una clasificación doctrinaria de los principios presentes en este tipo de contratación. La clasificación responde a criterios de generalidad y especificidad, así algunos principios se reputan como generales del derecho, y, otros como específicos del derecho público.

i. Principios Generales del Derecho.

Los principios no son propios de la rama jurídica o del derecho, son bases racionales aplicados a una amplitud de ramas y procedimientos de variada índole, así el profesor Miguel Reale (1984) citado por Mario Romero Antola (2018, p. 157) señala: “Toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de principios, es decir, de

ciertos enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber”.

Los principios generales del derecho son herramientas que asisten e informan al derecho positivo como tal, pero que cuando se encuentran materializados en un cuerpo normativo pierden su naturaleza. Esta posición ha sido defendida por tratadistas positivistas.

Independientemente de la naturaleza de los principios, los mismos deben ser observados por las partes dentro de un procedimiento fijo, sin discriminar si los mismos se encuentran o no materializados en una norma positiva, ya que son una fuente secundaria del derecho.

Con esas consideraciones, los principios generales del derecho que rodean la celebración de un contrato público dentro de un proceso de contratación compleja son, a decir del autor: a) La buena fe; b) la autonomía de la voluntad de las partes y c) la igualdad jurídica.

Para mayor claridad, estos principios deben ser adecuados al régimen contractual estatal, puesto que responden a elementos específicos o son limitados.

a) Buena Fe

La buena fe es un requisito que debe advertirse en la celebración del contrato y en la ejecución final del mismo, generando compromisos y lineamientos positivos para la entidad contratantes y el contratista. La primera debe velar en todo momento por la representación del interés de la colectividad y la consecución de los fines estatales de acuerdo al cumplimiento estricto de publicidad, transparencia y previsión presupuestaria. Por su parte el contratista tiene que cumplir con el objeto del contrato en los plazos previstos y dentro del marco técnico y económico requerido; y, en el caso de variación de las condiciones por caso fortuito o fuerza mayor, debe justificarlos fehacientemente para eximir su responsabilidad frente a un posible daño a los intereses estatales.

b) Autonomía de la Voluntad.

La autonomía de la voluntad tiene un punto de quiebre dramático en su concepción aplicada a los contratos públicos ya se encuentra limitado en extremo para el contratista. En este particular se asienta el sometimiento involuntario del contratista a condiciones precontractuales bajo una concepción preponderante del Estado.

Las autoras Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme (2012, p. 27) al referirse a este principio establecen que:

El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, el cual se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

De esta manera las autoras refieren su importancia en materia contractual y justifican su importancia de acuerdo a la liberalidad que tienen las partes para establecer las condiciones y regulaciones que va a contener el contrato y que posteriormente van a concluir en prestaciones y obligaciones para los contratantes.

Pero las autoras en su análisis también establecen que la autonomía de la voluntad puede ser limitada, así:

(...) actualmente la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se realizan dentro de un amplio margen de restricciones, las que ya no solo se exteriorizan en los límites tradicionales de respeto a las normas imperativas, a los principios de orden público y a la moral. **Las restricciones al principio de autonomía de la voluntad se han hecho mucho más evidentes con el surgimiento de figuras como las condiciones generales de la contratación,** así como la proliferación de la contratación masiva, donde no hay negociación y la concertación es despersonalizada, anónima; **y la libertad contractual, e incluso la libertad de contratar, no existe o se encuentra reducida a su mínima expresión** (Hernández y Guerra, 2012, p. 27)

Las tratadistas perciben que en la actualidad existen procedimientos complejos como lo es la contratación pública; y, establecen acertadamente que la autonomía de la voluntad puede verse comprometida, limitada e incluso excluida en estos escenarios.

Ya se estableció como uno de los elementos generales del procedimiento de contratación a la licitación, compuesta con de requisitos técnicos y económicos, mismos que deben ser observados obligatoriamente por el contratista para que se le adjudique un contrato estatal. El ordenamiento material ecuatoriano establece la obligatoriedad que vincula a las instituciones o entidad públicas de contar con pliegos técnicos previo a la adjudicación de un contrato; estas disposiciones, ya citadas en la presente investigación,

se encuentran previstas en los artículos 6 numeral 24, 31 y otros de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) y entre otros en el artículo 20 de su Reglamento (2009).

La exteriorización de la voluntad del Estado y sus representaciones se conforma con actos administrativos y de simple administración y la del contratista por medio de su adhesión a los pliegos precontractuales.

Es por ello que el principio general de la autonomía de la voluntad no debe concebirse en estricto sentido, ya que el contratista no tiene liberalidad común para discutir las condiciones del contrato, no existen estipulaciones, existen imposiciones. Existe un sometimiento involuntario del contratista a las condiciones de la entidad.

La falta de autonomía de voluntad es uno de los elementos que coadyuvan y conforman las condiciones de negociación preponderantes de las entidades estatales dentro de un proceso de contratación pública.

c) Igualdad Jurídica

Este principio será analizado en el siguiente capítulo, sin embargo como preámbulo se puede determinar que dicho análisis se construirá desde la óptica de la fuerza vinculante de las “estipulaciones” en representación del derecho a la seguridad jurídica, representado en la existencia de normas jurídicas claras, previas y su acatamiento irrestricto.

Con estas consideraciones se puede concluir que los principios que rodean al contrato administrativo deben ser concebidos con los limitantes y circunstancias propias de la Contratación Pública, que evidencian que el Estado tiene mayor peso y facultades preferenciales frente al contratista.

2.2 Desigualdad de las Partes Contratantes en la Contratación Pública.

El concepto de igualdad ha tenido un desarrollo fundamental en diferentes ramas del derecho, partiendo del reconocimiento internacional en los pactos y tratados, siendo un eje fundamental en el diseño de los estados. Así reconocer la igualdad de las personas que conforman el conglomerado social llamado pueblo, componente esencial del Estado, garantiza el respeto exclusivo de los derechos humanos, partiendo desde una concepción antropocéntrica.

El reconocimiento internacional del trato igualitario a las personas incidió en que los estados, en sus Cartas Fundamentales acojan y reconozcan también este derecho. La igualdad de las personas, parte, en un inicio, del concepto de igualdad formal, en donde las personas tenían un tratamiento igualitario en distintas instancias sin considerar características propias ni particularidades necesarias.

Con el desarrollo del concepto se avanzó a un concepto de igualdad materia, más efectivo, que partió por reconocer que no todas las personas son iguales; que, cada persona tiene circunstancias y condiciones distintas, así, principalmente, el Estado, debe reconocer las diferencias para garantizar un trato igualitario y no discriminatorio y en ocasiones particulares brindar atención prioritaria cuando la situación lo amerite.

La igualdad de las partes dentro de un proceso contractual es una constante en el derecho privado y se presenta en su totalidad en los contratos bilaterales perfectos y conmutativos, mismos, que generan una correlación de prestaciones equilibradas para las dos partes. Sin embargo, existen figuras del derecho privado en donde una de las partes tiene una posición débil en la negociación y en la fase contractual, debido a que las condiciones de contratación le son adversas. Estas figuras se visualizan en los llamados contratos de adhesión o de cláusulas predispuestas.

Los contratos de cláusulas predispuestas se asemejan a los contratos celebrados por la Administración Pública y los particulares, ya que el contratista, como se expuso en el subcapítulo anterior, adhiere su voluntad, bajo condiciones mínimas y limitadas de negociación.

Para que exista un principio efectivo de igualdad formal-contractual de las partes, las dos deben tener, necesariamente, las mismas facultades y prerrogativas: como mínimo, la posibilidad de decidir respecto de la vinculación por medio del acuerdo de voluntades, generador de obligaciones de acuerdo al principio *pacta sunt servanda*, y la facultad de terminación de mutuo consentimiento de acuerdo al principio que rige que *las cosas se deshacen de la misma forma en la que nacen*.

El tratadista Agustín Gordillo (2010, XI-20 – XI-24) ha generado una clasificación de los regímenes jurídicos de los contratos que celebra la administración, y parte de la condición de igualdad de las partes.

- a) Contratos Administrativos próximos a la esfera del derecho privado, que tienen como elemento la igualdad contractual de las partes y son contratos celebrados

por la administración que tienen apariencia de privados, pero, que el derecho sustantivo que aplica es público, en esta categoría, con fines ejemplificativos, se pueden encasillar: la compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles que realice el Estado por medio de sus representaciones.

- b) Contratos de derecho administrativo de coordinación y cooperación, son los que acentúan la inferioridad del co-contratante. Generalmente presenta un objeto de contratación global económico menor. En esta categoría pueden encajar: los suministros pequeños y las concesiones pequeñas de prestación de servicios.
- c) Los Contratos Administrativos que suponen un régimen severo para el contratista; dentro de esta categoría se presenta con total frecuencia un desequilibrio y desigualdad de las partes contratantes, ya que, el contratista, sin autonomía propia de la voluntad, soporta mayor cantidad de obligaciones; mientras que el Estado tiene prerrogativas exorbitantes. Todo este régimen se justifica en la protección del “interés general de los usuarios”, al final un concepto no definido que otorga un campo de discrecionalidad amplio y abre la posibilidad de abusos y actuaciones arbitrarias. Como ejemplo básico se encuentran los contratos de grandes cuantías celebrados para la ejecución de obras.

La categorización y clasificación prevista en el literal c) es la que será analizada, ya que contiene el régimen con mayor desproporcionalidad, pues rompe directamente con el principio de igualdad de las partes, verificándose incluso en los conceptos arribados, la desigualdad y desequilibrio contractual-prestacional.

2.3 Presencia de un Régimen Exorbitante al Derecho Común en la Contratación Pública.

Es necesario referirse al concepto de cláusulas exorbitantes, partiendo de su legitimización por parte del poder legislativo.

Para definir esta entidad, presente mayoritariamente en el derecho público, es necesario profundizar en su causa de justificación y legitimación en el ordenamiento, para ello el autor Reyes Sinisterra (2013) citado por Luis Jesús García Bautista y Jorge Armando Mojica Leal (2017, p. 9), establece:

El Estado ejerce poder y control sobre las relaciones contractuales entre éste y los particulares, habida cuenta de su responsabilidad en la defensa de los intereses públicos que no se vean afectados en contratos que puedan resultar lesivos a sus

intereses y por tanto, esas cláusulas exorbitantes responden a esa facultad unilateral, que distinto al derecho civil, el principio de la igualdad contractual, sufre una sensible alteración, casualmente en respuesta a esa potestad que la ley le otorga.

Esta percepción confirma el escenario de desigualdad de las partes en los procesos de contratación pública, especialmente en los que se dan por medio de un contrato administrativo. El autor adicionalmente deduce la facultad unilateral que tiene el Estado para establecer cláusulas exorbitantes y, como justificativo realza la defensa de los intereses públicos.

Los autores Luis Jesús García Bautista y Jorge Armando Mojica Leal (2017, p. 9-13) llegan a ciertas conclusiones para la justificación de la presencia del régimen exorbitante en la contratación pública; establecen que no es necesario que las cláusulas se encuentren previstas literalmente en el contrato, ya que, es directamente el ordenamiento jurídico el que las legitima y por ello se entienden incorporadas al acuerdo limitado de la voluntad.

Estas cláusulas son potestativas y exclusivas del Estado y sus representaciones, y en general se han verificado en los ordenamientos como: facultades de modificación del texto inicial; reversión; solicitud de garantías para la ejecución del contrato; ejecución de multas al contratista, concebidas como cláusulas penales unilaterales; y la facultad especial de dar por terminada la relación de manera unilateralmente.

Para analizar la justificación de las cláusulas exorbitantes los mismos autores la atribuyen al criterio de discrecionalidad que rige en la administración, por lo que resulta necesario realizar una interrogante: ¿Cuáles son los límites y facultades normativas en las que se debe enmarcar la actuación administrativa?

La discrecionalidad en la Administración Pública es un efecto del ejercicio legislativo, puesto que el Estado y sus representaciones deben, necesariamente, acatar los deberes legales y constitucionales para la validez de su actuación. Sin embargo, pueden existir situaciones en las que se presenten elementos no regulados, en donde el actuar administrativo tiene un carácter más amplio; sin embargo ese accionar debe ser jurídicamente aceptable, es decir, el campo de discrecionalidad aplicable no puede ser una excusa para una afectación o la verificación de conductas desproporcionales.

Cuando la actuación tenga un rango amplio de discrecionalidad se genera una tensión entre facultades y límites; las primeras se ejercen por la administración en protección de los intereses generales; y los segundos son escudos de ponderación que protegen al contratista: libertad contractual e igualdad jurídica (García y Mojica, 2017 p.13-14).

Los autores citan al Tribunal Constitucional Colombiano, que mediante Sentencia SU.917.MP: Palacio, Jorge Iván, establece: “La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario (...)” (García y Mojica, 2017 p.11).

En ese orden de ideas la aplicación de cláusulas exorbitantes en materia contractual pública debe ser excepcional y justificada, sólo sobre supuestos sustanciales en los que se vea inmerso el contratista y pueda generar una afectación grave a la entidad pública contratante.

La Administración Pública está sometida al principio de mesurabilidad, por el cual ninguna potestad puede constituirse como poder infinito.

Así, la distensión doctrinaria entre los tratadistas del derecho Dworkin y Kelsen, surge cuando el primero establece que la discrecionalidad nace de la incertidumbre del lenguaje, puesto que pueden existir campos de absoluta indeterminación ajenos a la interpretación del derecho; y, el segundo niega esta posibilidad para justificar su teoría de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, en el cual no existen lagunas y ni vacíos legales, puesto que es el mismo derecho el llamado a llenarlas.

Según el grado de incertidumbre propuesto por Dworkin la discrecionalidad se encuentra presente en las actuaciones administrativas ya que el mismo ordenamiento jurídico brinda ese grado de acción, sin embargo, para el autor, son los principios generales del derecho los que están llamados a restar esta incertidumbre, así las entidades públicas deben actuar de acuerdo a principios de racionalidad, justicia y eficacia.

Como conclusión, las cláusulas exorbitantes se conciben como facultades discrecionales de la Administración Pública, llamadas a salvaguardar y proteger el interés público. Es necesario que se verifique la aplicación obligatoria de principios propios del derecho por la administración, que se constituyen como límites de legalidad; la exigencia de una motivación adecuada de sus actuaciones que pueden ser objeto de control judicial. También debe ponderarse el interés de los contratistas en equivalencia de condiciones, en

base a los principios de libertad contractual e igualdad jurídica (García y Mojica, 2017 p. 14-16).

2.3.1 Cláusulas Exorbitantes en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

Como antecedente, es necesario determinar un concepto de cláusulas exorbitantes. Según los autores Luis Jesús García Bautista y Jorge Armando Mojica Leal (2017, p. 2) esta figura jurídica es concebida como:

La potestad atribuible a la administración pública, en desarrollo de su poder discrecional, se constituye en uno de los aspectos de las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares que mayor interés aboca en cuánto a definir y determinar las potestades de que goza el funcionario público para tomar decisiones que puedan afectar la ejecución de un contrato en donde se vea en peligro el interés del Estado.

Esta institución se presenta en el derecho administrativo, debido al diseño estatal, ya que el último, supone, necesariamente, la confianza que el pueblo soberano deposita en la Administración Estatal; y, este blindaje exorbitante se construye para proteger los intereses de la colectividad. Por esta razón, se otorgan, mediante un ejercicio legislativo, facultades exclusivas y discrecionales a la entidad contratante. Se debe precisar que la discrecionalidad no quiere decir abuso o desviación, las últimas, patologías del derecho, se limitan por la exigencia constitucional de motivación adecuada.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge el sistema del régimen de contratación pública exorbitante; y, entre los preceptos normativos que contienen estos mecanismos o facultades se puede generar una clasificación general, en el siguiente orden: a) facultades exorbitantes que eximen al Órgano Contratante de su responsabilidad por daños; b) facultades exorbitantes para establecer y redactar unilateralmente cláusulas penales unilaterales; c) facultades exorbitante para declarar por concluida o terminada la relación contractual unilateralmente.

2.3.1.1 Facultades Exorbitantes Que Eximen al Órgano Contratante de su Responsabilidad por Daños.

Las responsabilidades que pueden constatarse en un proceso de contratación pública son diversas, podrían existir afectaciones penales, cuando se verifiquen actos de corrupción o desviación de fondos por ejemplo; responsabilidades administrativas de los funcionarios como procesos sancionadores e incluso la destitución [artículo 99 de la

LOSNCPJ y otras. Sin embargo, las responsabilidades que importan para el análisis son: La responsabilidad contractual por los daños que puedan surgir del contrato y la responsabilidad extracontractual que produzcan consecuencias dañosas que se den con ocasión del contrato.

Para que exista una conducta dañosa, y producto de ella una reparación, deberán verificarse ciertos elementos, como son: Un sujeto que produzca el daño, un resultado de perjuicio o daño en concreto; y, un nexo causal entre los dos; este último a decir del autor Gastón Salinas Ugarte (2011, p.531):

“(…) permite determinar e individualizar el sujeto responsable del hecho dañoso.... Permite, una vez determinada la individualidad del responsable, “determinar hasta donde va a responder, qué consecuencias de esa conducta le son imputables, que daños deberá indemnizar. Lo que se denomina extensión del resarcimiento”

Estos supuesto, podrán argumentarse, demostrarse y exigirse, siempre y cuando, una norma no enerve la materialización del derecho de resarcimiento de los daños causados, y su exigencia jurídica, vía indemnización.

A pesar de estas consideraciones, en los procesos de contratación pública se presenta un régimen exorbitante que limita los derechos mencionados y en casos los inhabilita.

Las facultades especiales son por naturaleza discrecionales, y, por ello deben ser limitadas, cerradas, no abiertas. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en sus artículos 33 y 34 muestra, como ya se analizó, un claro ejemplo de lo antes dicho: “(…) La declaratoria de desierto o cancelación **no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización** a los oferentes (...)”. En este caso la prerrogativa ya está concebida, bajo la posibilidad de, respetando causales específicas –principio de tipicidad administrativa-, declarar cancelado o desierto el procedimiento de contratación; pero ello, no justifica, cerrar la posibilidad de un examen valorativo de daños, la disposición limita derechos indemnizatorios, es más, establece una renuncia expresa para la parte débil de la negociación.

Otro ejemplo se verifica en el artículo 102, mismo que, se refiere a las reclamaciones que puedan presentarse ante el organismo de control en la materia, y que puedan suspender el proceso de contratación, por la siguiente causa:

(...) quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, **quién dispondrá la suspensión del proceso** por el plazo de siete días hábiles (...).

Continúa la disposición, y en su inciso final establece: “(...) La suspensión del proceso **no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización** a los oferentes”. Esta norma ya fue objeto de control constitucional y, por efecto, uno de sus párrafos –que limitaba la presentación de garantías jurisdiccionales- fue declarado inconstitucional¹; sin embargo, mantiene, aún, un limitante que constriñe los derechos del contratista cuando pueda verse afectado por esta suspensión.

Otro caso similar implica que la Administración haga uso exclusivo de su facultad para terminar unilateralmente el contrato por la causal contenida en el numeral 5 del artículo 94 de la Ley de la materia –contravenir normativa expresa-, bajo ese supuesto, el contratista no podrá reclamar los daños y perjuicios que le ocasione la terminación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 64 de la Ley: “(...) Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, **sin que proceda reconocer indemnización alguna** al contratista (...)”.

Las facultades exorbitantes se legitiman en el ordenamiento jurídico, pero las mismas no pueden ser desmedidas, menos limitar derechos. El caso ecuatoriano confunde dos regímenes distintos: El exorbitante y el reparativo por imputación de responsabilidad; la cancelación, la declaratoria de procedimiento desierto; la suspensión; y, la terminación unilateral anticipada, son en sí facultades extraordinarias del Estado, bajo el justificativo de tutelar el Interés General, la limitación, que surge de la ley, para exigir los daños que las figuras mencionadas produzcan a particulares produce extralimitación, abuso.

2.3.1.2 Facultades Exorbitantes Para Establecer y Redactar Unilateralmente Cláusulas Penales Unilaterales

¹ Resolución de la Corte Constitucional No. 6, publicada en Registro Oficial Suplemento 911 de 21 de Febrero del 2017

Otra de las facultades extraordinarias que el ordenamiento jurídico otorga a los Organismos Estatales, es la obligación positiva de incluir ciertas penalizaciones bajo la modalidad de multas, de acuerdo a ciertos supuestos previstos en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008): “(...) 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 por cada día de retardo (...)”; estas podrán ser impugnadas en sede administrativa.

Esta, es, sin lugar a duda, una facultad exorbitante, ya que en los convenios de régimen privado, las cláusulas penales se pactan en forma bilateral con acuerdo de voluntades, y su efecto –generalmente- alcanza a las dos partes, pero, sobre todo, su ejecución se la legitima por medio de un operador de justicia. En el escenario del sector público la entidad tiene la competencia para ejecutarlas inmediatamente, pos sí sola.

Para esta figura, se han desarrollado dos sistemas que validan la imposición de multas unilateralmente; primero, el cerrado [válido y acertado] en el cual el legislador establece las conductas reprochables que serán susceptibles de sanción, y las mismas pueden constar expresamente en el contrato o no, ya que si están previstas en la normativa relacionada se entienden incorporadas al pacto en el momento de su celebración; y es por medio del ejercicio normativo que se establecen taxativa los casos, restando de esta manera discrecionalidad a la Administración Pública. El segundo, es el abierto [peligroso] en donde las causales de sanción mediante cláusula penal impuesta unilateralmente se encuentran previstas en la ley, pero, además, existe la facultad que brinda el ordenamiento, que la Entidad Contratante redacte o imponga otras multas bajo sus propios parámetros y supuestos de hecho.

El segundo sistema, aplicable al caso ecuatoriano, por la norma abierta contenida en el artículo 71 [LOSNC], es peligroso, puesto que otorga liberalidad y discrecionalidad al Estado sobre una conducta que debería ser limitada por naturaleza. De acuerdo a este razonamiento, la Administración tiene la facultad exorbitante de ejecutar multas por situaciones que prevé el ordenamiento material; puede pactar multas adicionales sobre sus propios supuestos; en los dos casos anteriores ejecutarlas sin la intervención de un juez. Esta situación, sin lugar a duda, puede devenir en la redacción de cláusulas vejatorias que causen una inestabilidad económico-contractual y dar cabida a la teoría de la excesiva desproporción.

No se niega la posibilidad de aplicación de esta facultad extraordinaria, ya que tutela el interés de la colectividad, lo que se propone es que se la entienda y practique bajo un régimen cerrado.

2.3.1.3 Facultades Exorbitante para Declarar por Concluida o Terminada la Relación Contractual Unilateralmente.

Esta, en resumen, es la facultad exorbitante por excelencia; llamada en diferentes sistemas u ordenamientos de variada forma: Declaratoria de caducidad, rescisión anticipada, terminación unilateral anticipada [caso ecuatoriano]. Al igual que la imposición de multas, la terminación debe circunscribirse en un régimen cerrado de causales, como parecería concebirse en la disposición del artículo 94 [LOSNCPE]; sin embargo la incertidumbre y discrecionalidad se asientan en el numeral 6 del artículo mencionado que dictamina: “(...) En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza (...)”. Por esta norma de carácter ambiguo una facultad especial y extraordinaria tiene un canon liberalizado, lo que puede dar cabida a desviaciones.

En todos los casos analizados, el ejercicio de las facultades exorbitantes debe ser justificado de acuerdo a un ejercicio de concreción al caso en específico, y, con una motivación suficiente de acuerdo a los criterios establecidos por el máximo intérprete de la Constitución:

“(...) la obligación de motivar, así planteada, aparece como un instrumento que evita la arbitrariedad, puesto que exige a los funcionarios públicos la mejor fundamentación posible para justificar sus decisiones, con el objeto de hacerlas aceptables a los sujetos a quienes se dirigen y a la sociedad en su conjunto. **Para cumplir con tal objetivo, la motivación tiene condiciones mínimas, a saber: debe ser RAZONABLE, LÓGICA y COMPRENSIBLE (...)**”

Continúa:

“(...) la **razonabilidad**, la Corte Constitucional ha señalado que dicho requisito se expresa a través del enunciamiento por parte del juzgador, de normas o principios jurídicos en los que una decisión judicial se sustenta, se hace referencia a un sentido de razonabilidad. Dicho en otras palabras, la decisión que adoptan los administradores de justicia debe sustentarse en las fuentes que el derecho le ofrece para resolver el caso que ha sido sometido a su jurisdicción. Sobre el segundo requisito, la **lógica**, la Corte ha expresado que aquel implica la debida coherencia

y concatenación de las premisas que componen el fallo entre sí y con la decisión que se adopta (...) la **comprensibilidad**, entendido desde el punto de vista de los principios procesales de la justicia constitucional, como comprensibilidad efectiva y que de acuerdo a tal disposición normativa, se verificará de la siguiente manera: "Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá dictar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte²."

La omisión de este requisito, concebido bajo el principio de interdicción de la arbitrariedad, se sanciona con pena de nulidad de acuerdo al precepto constitucional contenido en el literal "1" del numeral 7 del artículo 76 de la Carta Magna.

Cuando existan extralimitaciones que afecten la ecuación económico-financiera del contrato como consecuencia del régimen exorbitante abierto, se aplican las teorías de la desproporción o excesiva onerosidad.

2.4 El Peligro de la Consideración del Interés General para definir una Entidad del Derecho.

Dentro de la presente investigación, en varias ocasiones se ha puntualizado la relevancia del concepto de interés general, y, como el mismo, es el justificativo principal del régimen exorbitante aplicable a la contratación pública.

Al ser, el interés general, la piedra angular que permite al Estado y sus representaciones establecer conductas unilaterales y ostentar un poderío de negociación superior, es primordial definir su naturaleza y su concepción. Para ese ejercicio el autor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 74-81) analiza las teorías que se han esbozado sobre la figura, siendo estas: La individualista, la voluntarista y un tercer compromiso.

Todas, parten, en un inicio, de la conceptualización del espacio público; así, para la teoría **individualista**, el mismo representa una garantía de convivencia y coexistencia de varios intereses que conciben las diversas dimensiones de la vida social. Para la Teoría **Voluntarista**, el espacio público es entendido como la plataforma que sirve para trascender los más puros intereses particulares y construir una verdadera sociedad política. La primera se diferencia de la segunda por el tratamiento objetivo de los

² sentencia No. 145-15-SEP-CC caso No. 2147-13-EP, de 29 de abril de 2015

intereses, concebidos en un conjunto general conformado por la suma de intereses individuales; y, en el segundo, claramente subjetivo, por los intereses particulares escenificados y direccionados a la obtención de una convivencia social.

El autor al analizar el *Rapport de 1999* realizado por el *Conseil d'Etat*, concluye que las concepciones individualistas y voluntaristas nacen para canalizar una tercera, entendida como un compromiso social de los individuos que conforman el Estado. El interés general, relacionado estrechamente con el espacio público, **se constituye como una obligación positiva de los ciudadanos, funcionarios públicos y operadores de justicia**, y tiene como fin la lucha progresiva, cada día, por la mejora y optimización de las condiciones de vida.

Este avance conceptual dinámico permite que la concepción de interés general tome una posición variable, ya que en un inicio se presenta como justificante a favor de la administración, pero en realidad, es una obligación que atañe también al constructo estatal, es decir mandante y mandatarios. De manera que este concepto se constituye como uno de los requisitos fundamentales para la legalidad de la intervención de los poderes públicos. Así, la más variada de las actividades y situaciones: servicio público, obra pública, dominio público, empleo público, etc. deberán estar motivadas por la consecución ideal y material del interés de la colectividad.

El interés general, es, en sí, la razón de ser de la actuación e intervención administrativa, y por ello, debe verse reflejado en los actos administrativos, sistemas y regímenes de responsabilidad del Estado, declaratorias de utilidad Pública, régimen de expropiación, etc.; por esa razón debe ser entendido como: “el presupuesto de operatividad de las potestades administrativas” (Rodríguez-Arana, 2012, p.75).

Debe tomarse en consideración que el principio de interés general no puede ser entendido o comprendido de forma ilimitada, por el contrario deberá ser cerrado y aplicado en forma concreta a cada caso material. El principio, objeto de análisis, al aplicarse de manera abierta, podría convertirse en una fisura peligrosa en la que pueden verse acciones autoritarias.

El mismo autor, sobre el tema, establece: “el principio de supremacía del interés general sobre el interés particular ha sido censurado en algunas ocasiones recurriendo al peligro que se cierne si tal supremacía no se concreta adecuadamente (...)” (Rodríguez-Arana, 2012, p.76).

No es correcto desnaturalizar la preferencia del interés de la colectividad sobre el intereses individual, sin embargo, la aplicación de esta fórmula no puede ser desmedida; la misma deberá respetar parámetros reconocidos por el ordenamiento jurídico y los principios generales del derecho.

Entender una supremacía de un tipo de interese resulta errado, pues, la concepción real y correcta es el entendimiento armónico del interés general y el interés particular, puesto que el segundo se encuentra contenido en el primero, y, en caso de conflicto se aplicará la teoría de la supremacía general; caso contrario no. No es necesario afectar los intereses de los individuos –no en todos los casos, por ejemplo expropiación- para justificar la optimización general. Los intereses del consumidor, del contratista, del adherente, de la parte débil de la relación contractual, también conforman la suma global del interés general y deben ser valorados y respetados.

En la misma línea de análisis, la Administración Pública tiene la obligación de realizar, en cada caso, una referencia motivada y argumentada; formal y materialmente. Este ejercicio se lo realiza en dos sentidos, en primer lugar, la variable como el Interés Colectivo es fuente principal del accionar administrativo, encausado en una por una potestad pública; y, en segundo lugar, determinar, en base a un ejercicio de concreción: Cuál es el funcionamiento, alcance y óptica del interés general en la aplicación a cada caso particular.

Con fines ejemplificativos de la teoría en un caso común y práctico: La ejecución de una obra por parte de una entidad estatal refleja el interés global, referente al desarrollo estructural, y al cumplimiento de los fines previstos en los planes del gobierno de turno, con miras a la ejecución de una política pública; sin embargo la ejecución de dicho proyecto tiene que justificarse en el caso en concreto –mediante el elemento de facto-, por ejemplo si para ello es necesario expropiar propiedades de particulares, se deberá contar con un acto motivado que justifique que la afectación pública es estrictamente necesaria y que existirá compensación bajo el régimen de indemnización a los afectados.

Como ya fue establecido, en los procesos de contratación pública, el Interés General-Colectivo toma especial relevancia, pues, justifica la aplicación de un régimen exorbitante, y así lo confirma Rodríguez-Arana (2012, p.79): “(...) es el concepto de interés general el que explica la existencia de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de que dispone la Administración (...)”.

Por ello, para la aplicación, o ejecución de cláusulas exorbitantes –referidas y clasificadas en el capítulo anterior- en los procedimientos de contratación pública, el Estado deberá motivar sus resoluciones y actuaciones de acuerdo a las condiciones fácticas y jurídicas necesarias del caso en concreto.

Adicionalmente, no podrá alegarse el interés de la colectividad, cuando las cláusulas a pactarse no se encuentren sustancialmente previstas en el ordenamiento positivo; y no podrán aplicarse sin tomar en consideración las libertades individuales, así como la igualdad y seguridad jurídica.

CAPÍTULO III: TEORÍA DE LA EXCESIVA DESPROPORCIÓN (GROSS DISPARITY) Y EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP) APLICADAS A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Las Teorías de la desproporción y excesiva onerosidad, objeto de análisis del presente capítulo, nacen y se regulan, inicialmente, en el derecho privado, especialmente en el derecho comercial, en donde la libertad contractual y principios contractuales son abiertos y no responden a un proceso complejo, licitatorio y de selección de ofertas, como en el caso de la contratación pública. La Teorías mencionadas, suponen la presencia de cláusulas previstas para restituir el equilibrio económico-financiero del contrato, cuando una de las partes se ve afectada por: Primero, la redacción unilateral de cláusulas desproporcionales; o, en segundo lugar, cuando la ejecución y consecución del objeto contractual se torne excesivamente onerosas, por la verificación de circunstancias sobrevinientes ajenas a las partes.

Las cláusulas referidas tienen un componente preventivo, ya que la teoría de la desproporción tutela a la parte más débil de la relación contractual al momento de la celebración del contrato, pues, sanciona con efectos de inexistencia y nulidad a las llamadas cláusulas abusivas, pactadas unilateralmente por la parte que ostente mayor poderío en la negociación; y, por su parte, la teoría de la onerosidad excesiva lo protege en la fase final de ejecución, facultando la renegociación de las condiciones por imprevistos sobrevinientes.

Para un desarrollo efectivo y la aplicación tentativa de estas teorías al escenario de la contratación pública, específicamente en los contratos administrativos, es imprescindible analizar los conceptos de: equilibrio económico; ecuación financiera de los contratos administrativos; cláusulas compensatorias; conmutatividad contractual; imprevistos sobrevinientes; afectaciones a la balanza prestacional, excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión; excesiva desproporción o teoría de las cláusulas abusivas o vejatorias.

3.1 Equilibrio Económico Contractual en los Contratos Administrativos.

El concepto de equilibrio, a decir de Juan José Martínez Layuno (2014, p. 5-6), puede ser entendido, a medida de símil, como la presencia de dos fuerzas que se sostienen energéticamente entre sí, equiparable a la compensación gravitacional de una balanza. Ahora, el concepto de equilibrio contractual conlleva una determinación conceptual más compleja, pues, el mismo nace de una indeterminación, ya que se concibe, en sí, como un criterio de medición referencial, es decir, una figura que mide algo en concreto.

El concepto a decir del autor, es un factor referencial que debe ser usado por las partes contratantes y por el juez en el caso de que surjan divergencias o afectaciones en la balanza económica.

En el régimen de contratación pública, la balanza entre el Estado, sus entidades y el contratista no mantiene una fuerza de compensación proporcional, todo lo contrario, ya que la Administración Pública tiene una posición de negociación preponderante, acceso a toda la información y potestades legítimas exorbitantes, por lo que, el contratista privado no representa un peso mayor que se equipare al estatal. En ese escenario, es fundamental que el principio de equilibrio económico sea observado, y, en caso de producirse su quebrantamiento, la legislación debe prever mecanismos de restitución o compensación.

La tratadista Manuela Canal-Silva (2016, p.146-149), al referirse al principio de equilibrio económico del contrato, determina que puede ser considerado como la equivalencia entre obligaciones y derechos, que fueron previstos en el pacto inicial, mismos que, van a establecer los lineamientos en la fase de ejecución. Sin embargo para la autora, esta equivalencia de condiciones puede verse quebrantada en la ejecución del convenio, ya que pueden sobrevenir diversas circunstancias que generen mayor onerosidad en el cumplimiento de las estipulaciones, y, ello, implique una afectación real a las condiciones económicas pactadas.

La aplicación del principio de equilibrio económico contractual en el escenario de la contratación pública para Benavides (2002) citado por Canal-Silva (2016, p. 147) justifica: “una noción más igualitaria del contrato estatal, con relación al contrato administrativo clásico”. Los autores asientan su razonamiento, desde una óptica y análisis de los móviles que llevan a las partes a contratar y obligarse. Por una parte, el Estado

busca efectivizar el cumplimiento de sus fines, garantizar la optimización de la calidad de vida por medio de la prestación de servicios, la ejecución de las políticas públicas ofertadas en las campañas políticas, etc.; el particular, por su parte, busca procurarse una utilidad pecuniaria legítima por la contraprestación concebida en la ejecución del objeto del contrato.

Los intereses de las partes se encuentran reflejados en el pacto inicial, que deberá realizarse libre de conductas abusivas y vejatorias; estos intereses deben ser respetados al momento de, las partes, cumplir las obligaciones y prestaciones individuales; teniendo, siempre, en consideración que las condiciones pueden variar y la equivalencia de condiciones puede quebrantarse.

Cuando existe una ruptura que afecta la equidad de las condiciones, que, deben ser acatadas obligatoriamente –bajo el principio de *contractus lex inter partes*-, existe el deber positivo de tomar medidas para la restitución del equilibrio. Este deber, no corresponde únicamente a las partes, vincula también a la administración pública, y, en último caso al órgano jurisdiccional. Por estas consideraciones, la autora Canal-Silva (2016, p. 147) al citar un pronunciamiento del Consejo de Estado Colombiano (2004, exp. 14.043) establece que: “(...) el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato”.

El principio de equidad tiene relación directa con el derecho a la igualdad y el principio de buena fe contractual. La igualdad ha sido reconocida por la Constitución ecuatoriana en varias partes del texto, y específicamente en el artículo 66 numeral 4. Respecto de la buena fe, Díez Picaso (1952) citado por Vladimir Monsalve Caballero (2008, p.36) determina dos concepciones fundamentales del principio, desde una acepción comportamiento requerido:

Buena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone. Aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben

atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

Estos principios deben mantenerse en todo el proceso de contratación, especialmente, en las etapas de formación de la voluntad administrativa y fase precontractual, ya que es el momento en que converge la voluntad de las partes, y, se establecen los parámetros y contenidos del texto contractual. Aquí, es el momento inicial en el que puede verse afectada la igualdad de las partes, por ello el principio de buena fe toma un papel determinante. La finalidad de la Equidad Contractual es garantizar el equilibrio económico-financiero y de esta manera, contrarrestar el régimen exorbitante de la Administración Pública.

La buena fe contractual, supone un freno axiológico que debe ser aplicado en los procesos de contratación, pues, es también, una actividad administrativa. El principio de equidad no puede ser renunciado por las partes y tampoco puede ser objeto de pacto que lo limite o comprometa, pues, este encuentra sustento en el deber de las partes de actuar recto y honrado –buena fe-.

El equilibrio entonces, según la autora Manuela Canal-Silva (2016, p. 152-153), se simplifica en el respeto de las condiciones negociadas inicialmente en la fase precontractual, con la consideración especial que dichas “estipulaciones” no son absolutas, pues incluso la autonomía de la libertad tiene limitaciones, y, en caso de verificarse cláusulas y circunstancias con un desequilibrio patológico, deberán existir remedios regulatorios y compensatorios que garanticen y protejan la equivalencia prestacional afectada. De esta manera las partes contratantes podrán alcanzar sus intereses de manera armónica, sin que ninguno sufra un detrimento económico.

El sentido de equilibrio económico debe entenderse incorporado en los contratos, no se puede alegar falta de pacto o cláusula; por ello en la realidad ecuatoriana es un deber primordial del poder legislativo como judicial desarrollar el alcance del mismo.

3.1.1 La Conmutatividad del Contrato Administrativo Como Fuente de Equilibrio.

Manuela Canal-Silva (2016, p. 153-155) refiere en su obra, que los contratos conmutativos tienden por naturaleza a consagrar, en forma amplia, el principio del equilibrio económico del contrato, y, ello tiene relación directa con la clasificación legal y doctrinaria del derecho civil respecto de los contratos –acogida por el Código Civil ecuatoriano-. Según la categorización, existen contratos bilaterales perfectos y bilaterales

imperfectos; onerosos y gratuitos; conmutativos y aleatorios, etc. Es la última la que interesa, pues en los contratos conmutativos la utilidad del acuerdo debe apreciarse de manera clara desde su celebración. A su vez, esta clasificación, supone, obligaciones y prestaciones recíprocas entre los contratantes. Los contratos conmutativos, necesariamente deberán ser onerosos y bilaterales perfectos.

Entonces, la conmutatividad está relacionada, y, da cabida al principio de equivalencia financiera de los contratos por el factor de reciprocidad prestacional. Los contratos administrativos se encasillan en esta categoría, pues, a pesar que no existe una igualdad entre las partes y el Estado tiene una posición de negociación de supremacía, las obligaciones son equivalentes para las partes. Las obligaciones, por sí mismas, no son la razón de desigualdad de la relación; la causa directa se conforma por las potestades estatales que las entidades públicas pueden ejercer por encontrarse en la presencia de un escenario exorbitante al derecho común y mediar el concepto analizado de interés general.

Las obligaciones que surgen del contrato estatal son recíprocas, en tanto el Estado se compromete a realizar los pagos de manera oportuna en relación con los servicios prestados, obra ejecutada, provisión de suministro, etc. que comprenden las obligaciones de hacer del contratista privado.

Al ser los contratos administrativos conmutativos y onerosos tienen presente intrínsecamente la ecuación económica financiera, y la misma debe ser respetada por las partes contratantes.

Se arriba, entonces, a dos conclusiones que se fundamentan en el concepto de conmutatividad: En primer lugar, deben existir mecanismos jurídico-normativos para que el contratante que haya soportado una erogación mayor en el cumplimiento de sus obligaciones, tenga derecho a una compensación; y, en segundo lugar, ninguna de las partes vinculadas tiene que soportar cargas que no le corresponden jurídicamente y en caso de hacerlo, tendrá derecho a una indemnización.

Se concibe una diferencia entre los regímenes de reparación, por un lado la compensación busca retribuir al afectado por una situación ajena a su voluntad y control, en el cumplimiento de las obligaciones que pactó, que le causó una afectación económica. Por otra parte la indemnización busca retribuir al afectado una situación que le causó un perjuicio directo, por el hecho, en el caso en concreto, de ejecutar una prestación que no le correspondía en términos jurídicos.

El proceso de contratación se rige por principios establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). La doctrina, por su parte, ha desarrollado también principios de transparencia, economía y responsabilidades bilaterales que aplican a los contratos estatales.

Los principios mencionados se desenvuelven en el marco legal del factor de legalidad y la seguridad jurídica, por esta razón es fundamental que en los contratos administrativos las obligaciones y prestaciones de las partes se encuentren definidas de manera clara y previa. Así como la exactitud y reserva de las potestades exorbitantes de la Administración deben presentarse, únicamente, en el ordenamiento jurídico material.

Por estas consideraciones la conmutatividad y onerosidad del contrato público se representan en los objetivos pactados, siempre que representen de manera justa el equilibrio prestacional-contractual. Todo se constituye como un limitante a la autonomía de la voluntad en la representación del principio *pacta sunt servanda*, pues detalla la preponderancia de la igualdad de las partes, ante el sello del contrato.

Manuela Canal-Silva (2016, p.155) establece, que el principio de conmutatividad es construido: “con ocasión de las situaciones de injusticia provocadas por la ciega aplicación del principio *pacta sunt servanda*”.

De manera coincidente el autor Santofimio (2009) citado por la misma autora (Canal-Silva, 2016, p. 154) establece que: “la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad”.

Entonces, el principio de la conmutatividad del contrato se concibe como fuente de equilibrio y parte de una visión de reparación de doble vía, bajo el régimen de la compensación, y, otro, de indemnización. Los principios analizados son frenos que se materializan como condiciones que prevén excepciones que ponderan la justicia contractual y constriñen la idea de un régimen de autonomía de la voluntad de las partes liberalizada y absoluta.

Son estos los justificativos de aplicación de la teoría de la imprevisión o *hardship* y la desproporción por cláusulas abusivas -que serán analizados en adelante- como mecanismos de revisión al contrato administrativo; ya que el último es oneroso, conmutativo y supone una relación de equivalencia financiera.

3.1.2 Fases del Procedimiento de Contratación Pública en las que se presenta el Principio de Proporcionalidad y Equilibrio Económico-Financiero del Contrato.

Como ya fue expuesto en el capítulo inicial, el procedimiento de contratación pública es especial y autónomo, pues, tiene diversas fases y características que lo diferencian de otros procedimientos de contratación ordinarios. De manera generalizada, se pueden diferenciar dentro de este proceso complejo, a decir del tratadista argentino Roberto Dromi (1998, p. 307-309), cuatro fases: a) preparación del contrato administrativo; b) actividad precontractual; c) fase estrictamente contractual; y d) fase de ejecución del contrato.

Es importante iniciar por realizar una precisión respecto de las fases y etapas del procedimiento de contratación público-administrativa, ya que dentro de ellas, se presenta bajo una gama diferenciada de matices, las situaciones que reflejan la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad y la equidad económica-financiera. Es necesario resaltar que análisis a realizarse, concibe una conjugación doctrinario normativa para llegar a la clasificación final.

3.1.2.1 Etapa de Preparación del Contrato Administrativo.

i. Introducción.-

Esta etapa se caracteriza por ser el punto de partida, en donde se prepara la voluntad administrativa, misma que, con posterioridad será plasmada en el contrato. La voluntad de las entidades públicas se conforma por medio de actuaciones de la administración, mismas que pueden ser encasilladas en las formas comunes y desarrolladas por los ordenamientos jurídicos materiales, es decir, actos, hechos y reglamentos administrativos, o los llamados actos de simple administración.

Las actuaciones enunciadas con anterioridad se crean de manera unilateral por imperio de la administración, y se circunscriben dentro del régimen y potestades, conferidos a las entidades públicas, por la Constitución y la Ley. Lo anterior se desprende del principio de legalidad y de competencias positivas.

A estas actuaciones públicas se suman, en esta etapa, los actos particulares del contratista, que en resumen son: - la presentación de la oferta, - la aceptación de las

condiciones precontractuales o pliegos de licitación, - la formulación y resolución conjunta de observaciones realizadas a los pliegos, inscripciones, etc.

La convergencia de estas actuaciones -mayoritariamente de la administración y minoritariamente del contratista privado- constituye la formación de la voluntad administrativa, a ser plasmada en el contrato estatal.

Las afectaciones a la equidad, surgen en el momento en que son regulados los regímenes de responsabilidad de las partes, así como también, las consecuencias de la aplicación de cánones de proporción para las partes en esta instancia. Para este ejercicio es indispensable se refiera a la normativa aplicable.

ii. Normativa Pertinente.-

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en su artículo 4 consagra, entre otros, los principios de trato justo e igualdad, que deberán ser observados en los procesos de contratación.

La interpretación de la legislación ecuatoriana se la realizará en términos generales, pues existen varios procesos de contratación, cada uno con particularidades y formas específicas -materia que no será objeto de análisis del presente trabajo-, sin embargo es necesario tener una referencia sobre el tipo de contratación, el procedimiento a seguir y el monto de los mismos, esto de acuerdo la tabla 2:

(Los montos detallados se modifican y actualizan anualmente de acuerdo al Presupuesto General del Estado).

Tabla 2: Montos de Contratación 2019.

MONTOS DE CONTRATACIÓN 2019		
<i>Presupuesto Inicial del Estado: \$ 35.529'394.461,72</i>		
CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTOS	MONTOS
Bienes y Servicios Normalizados	Catálogo Electrónico	Sin límite de monto
	Subasta Inversa Electrónica	Mayor a \$7.105,88
	ínfima Cuantía	Inferior a \$7.105,88
Bienes y Servicios No Normalizados	Menor Cuantía	Inferior a \$71.058,79
	Cotización	Entre \$71.058 y \$532.940,92
	Licitación	Mayor a \$532.940,92
Obras	Menor Cuantía	Inferior a \$248.705,76
	Cotización	Entre \$248,705,76 y \$1.065.881,83
	Licitación	Mayor a \$1.065.881,83
	Contratación Integral por Precio Fijo	Mayor a \$248.705,76
Consultoría	Contratación Directa	Menor o Igual a \$71.058,79
	Lista Corta	Mayor a \$71.058,79 y menor a \$532.940,92
	Concurso Público	Mayor o Igual a \$532.940,92

Fuente: Servicio Nacional de Contratación Pública, 2019.

Volviendo a la clasificación propuesta por el profesor Dromi, la Ley de la materia en el caso ecuatoriano, en el TITULO III DE LOS PROCEDIMIENTOS, CAPITULO I NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION PUBLICA, SECCION I SOBRE LA CONTRATACION PARA LA EJECUCION DE OBRAS, ADQUISICION DE BIENES Y PRESTACION DE SERVICIOS, percibe de forma general la presencia de las etapas de contratación pública. Así en sus artículos 22 y 23 se establece la obligación, atinente a las entidades, de generar ya actuaciones indirectas, mediante la elaboración y publicación del Plan Anual de Contratación Pública; y, a su vez, de manera directa, realizan estudios y bases requeridos en cada procedimiento específico. Los estudios, por contener las consideraciones y evaluaciones técnicas, requieren de la aprobación de autoridades públicas pertinentes en cada escenario, y es por esta razón que en esta fase inicial surgen ya responsabilidades para las partes, como lo dispone el artículo 23:

(...) La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los

consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación. (...).

Posteriormente, la entidad pública tiene la obligación de emitir una certificación de fondos, como condición necesaria para “(...) certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación (...)” de acuerdo a lo requerido por los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) y 27 del Reglamento a la Ley (2009).

iii. Zonas Transitorias de Formación de la Voluntad.-

En algunos casos, la entidad contratante, adicionalmente, deberá realizar la convocatoria por medio del portal de compras públicas. Es en este punto procedimental, en donde se verifican matices que tienden a pronunciarse hacia la etapa precontractual – segunda-, por lo que pueden ser concebidas como zonas transitorias de la formación de la voluntad.

Surge entonces una determinación clara contenida en el artículo 49 de la ley, al referirse a las etapas del proceso y su contenido respecto del proceso de licitación: “Art. 49.- De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos (...)”.

La comisión técnica es un órgano que deberá ser conformado por mandado legal en algunos procedimientos de contratación, y así lo establece el artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008):

Art. 42.- Comisión Técnica.- Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto (...).

Este requerimiento se relaciona con el artículo 18 del Reglamento (2009), que establece el *iter constitutivo* de formación de la mentada comisión. Este órgano deberá regirse a las condiciones y supuesto previstos en los pliegos precontractuales.

Los pliegos ya fueron analizados y conceptualizados como: Las condiciones técnicas y económicas, indispensables para la formación de la voluntad y preparación del procedimiento de contratación. Estos documentos establecen cuales van a ser las condiciones de contratación, caso por caso, y, se elaboraran en base a modelos proporcionados por el SERCOP. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) se ha referido a ellos en varios artículos como el 25.1, 30, 31 y el **20** del Reglamento (2009), y es el último el que esclarece su finalidad:

(...) Los Pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En la determinación de las condiciones de los Pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones (...).

Los demás artículos regulan otra de las fases de la preparación del contrato que será la Divulgación, Inscripción, Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos, para este particular el artículo 31 de la Ley señala:

(...) Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal COMPRASPUBLICAS.

Los Pliegos establecerán el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes.

En los Pliegos deberá incluirse obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de la oferta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (...).

Todo esto se relaciona y extiende por el contenido de los artículos 21, 22 y 23 del Reglamento a la Ley (2009).

Si bien estas actuaciones bordean el final de la etapa de formación de la voluntad administrativa y el inicio de la fase precontractual, el factor de su clasificación inexacta, no exime que sean mandatos normativos, que –para el análisis- deben respetar los principios de trato justo y proporcional; caso contrario podrían verse afectados de validez, incluso generar responsabilidades.

3.1.2.2 Fase Precontractual.

i. Zonas Transitorias de Formación de la Voluntad.-

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 49 segundo inciso, ha determinado de manera estricta las dos primeras etapas del procedimiento de contratación, sin embargo, por fines investigativos, esta clasificación se aleja del precepto normativo, pues este último supone la existencia de una fase precontractual, que dura, hasta la aceptación o calificación favorable de una oferta: “(...) La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento (...)”.

Para el estudio, estas actuaciones, corresponden aún a la *Zonas Transitorias de Formación de la Voluntad*, reguladas en el Reglamento a la Ley (2009) en los artículos 49 hasta el 55 –referentes a la licitación- que desarrollan el contenido en resumen de: la publicación que realiza la entidad contratante de la convocatoria al concurso; la recepción de las ofertas en doble sobre: económica y técnica; la apertura de las ofertas y finalmente la evaluación de las mismas por la entidad pública o la Comisión Técnica.

Entonces para el entendimiento normativo-doctrinario y la presente investigación, la etapa de preparación de la voluntad llega hasta la evaluación de las ofertas, incluso con las observaciones realizadas a los pliegos licitatorios, y, posteriormente se da paso a la siguiente fase, la precontractual.

Se insiste en los matices, ya que no existen tonos definitivos de blanco o negro, pues, la teoría general de la contratación pública da ciertas bases conceptuales y los ordenamientos normativos de cada Estado adoptarán y desarrollarán los conceptos. La clasificación realizada para el presente análisis, busca acentuar y aplicar los principios de equilibrio contractual, igualdad y proporción en las diferentes etapas del proceso de contratación, y dilucidar como en unas toma mayor relevancia y en otras menor, pero se encuentra presente en todo el proceso.

ii. Fase Precontractual en Esencia.-

La fase precontractual supone una comunicación recíproca entre las partes, ya que surge el precontrato administrativo, por el simple hecho de haberse presentado la oferta y por el otro lado existir una calificación y aceptación de la misma, lo que se analizó como la evaluación de las ofertas, es decir esto supone el inicio de esta etapa y no el final como lo establece la normativa nacional.

En esta etapa la Entidad Pública, por representar los Intereses de la Colectividad y por realizar un ejercicio de optimización de recursos, ha seleccionado la oferta que más le conviene y ha cumplido con criterios técnicos y económicos de mejor costo y beneficio, determinados en el artículo 6 numerales 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Este proceso de selección, genera un vínculo inicial entre el la Administración y el contratista privado, que incluso permite negociaciones y procesos de precalificación de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Reglamento a la Ley (2009) en relación con los procesos de consultoría por concurso público.

iii. Responsabilidad Pre-contractual.-

Surge entonces un convenio inicial regulado por el derecho, que supone efectos y obligaciones propias separables de las que surjan de la eventual celebración del contrato; y, efecto de esto, un régimen de responsabilidad es extracontractual.

La responsabilidad que surge en estas fases, como su nombre lo indica, es precontractual y por ende no podría aducirse una alteración de la ecuación económico-financiera, puesto que no existen aún obligaciones ni prestaciones contractuales concretas.

En esta instancia es preciso que se respeten los principios constitucionales que ya fueron analizados, y, que aplican en este proceso por la supremacía de la Constitución y porque la ley de la materia los ha reconocido. Así los principios de trato justo e igualdad deberán ser observados en estas instancias para que la actividad y relación de pre-contrato sean armónicas y proporcionales para las partes.

Existe en este proceso el derecho a la indemnización del particular que se vea afectado por actuaciones irregulares de la administración por la vía de responsabilidad extracontractual del Estado frente a las circunstancias y efectos dañosos que sufra el oferente [responsabilidad extracontractual del Estado y Daños y Perjuicios].

A pesar del reconocimiento legal de estos principios, la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en sus artículos 33 y 34 al referirse a la cancelación o declaratoria de desierto del procedimiento de contratación -en las etapas preparatoria y precontractual- se establece un eximente de responsabilidad a favor de la Administración Pública: “La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes”.

La disposición materia análisis, nulita directamente el derecho de reparación que posee el oferente, ya que si bien existe la posibilidad de un control administrativo o judicial del acto con el cual se dé la cancelación o la declaratoria de desierto, los daños que surjan con ocasión de los mismos no podrán ser repuestos por existir prohibición normativa, lo que supone una prerrogativa exorbitante abusiva.

iv. Razón de Existencia de una Responsabilidad Previa (Actos Propios y Confianza Legítima).-

La razón de la existencia de una responsabilidad precontractual de la Administración Pública supone que el Estado y sus representaciones no incurran en la doctrina de los actos propios, que requiere y exige una actuación coherente.

La doctrina de los actos propios ha sido definida como: “(...) la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito [...] y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio” proveniente del latín: “venire contra proprium factum nulli conceditur” (ILP Abogados, 2016, p. 1). Esta figura tiene íntima relación con el principio de confianza legítima, misma que se materializa en la figura del contrato social, concepto presente dentro de una organización democrática; así el pueblo, mandante, ha depositado su confianza en sus representantes públicos y espera, por lo menos, coherencia y seguridad en las actuaciones que puedan comprometer derechos de los particulares.

Existen ciertos elementos que deben presentarse para la verificación de una conducta contradictoria de la administración que pueda afectar al oferente, último que debería tener derecho a ser reparado, y son:

- a) Que estemos ante un acto susceptible de crear una situación jurídica; b) Que exista una contradicción entre un acto anterior y uno posterior; c) Que sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva, es decir que

sea un acto inequívoco que suponga: crear, definir, fijar, modificar, o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectando a su autor, ocasionando incompatibilidad (ILP Abogados, 2016, p. 1).

Se justifica en esta instancia un régimen normativo que puede afectar a la parte oferente privada, que frente a desistimientos de la Administración en las fases previas a la celebración del contrato, si el oferente demuestra que existió o negligencia, o mala fe, o conductas dolosas de las entidades públicas que realizaron la convocatoria; debería poder demandar o exigir vía administrativa o judicial el resarcimiento de la utilidad porcentual del monto total esperado por la adjudicación fallida; con el requisito que la parte perjudicada haya sido un oferente de buena fe; es decir en aplicación de la *doctrina de las manos limpias*, no ser parte del incumplimiento o afectación que reclama.

Es deber de los poderes legislativo y judicial aplicar estas normas de proporción y trato equitativo para que exista un proceso de contratación que no comprometa derechos del oferente ni afecte la utilidad esperada, peor aún, le cause un perjuicio.

3.1.2.3 Etapa Contractual.

i. Introducción.-

La siguiente fase, sin restar importancia a las anteriores, es en la que con mayor puntualización deben ser observados los principios de equidad y el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato, puesto que, en este momento del proceso es en donde se produce una adherencia por medio de la materialización de la autonomía de la voluntad limitada del contratista a las condiciones preestablecidas por la entidad contratante; y, es en este momento en el cual el Estado -extralimitado en las facultades exorbitantes que el ordenamiento jurídico le faculta- puede establecer cláusulas o condiciones excesivamente desproporcionales.

ii. Marco Legal General.-

Una vez que el oferente ha presentado la propuesta más eficiente de acuerdo a los criterios económicos y técnicos de los pliegos, se procede a su calificación como adjudicatario con la declaratoria de ganador del concurso. El acto administrativo de adjudicación otorga derechos y obligaciones al oferente seleccionado y podrá ser impugnado. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) ha

regulado esta actuación administrativa, en su artículo 6 numeral 1 como: “(...) el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Con relación a esta disposición, la misma Ley determina: “Art. 32.- Adjudicación.- La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo (...)”.

El Reglamento a la Ley (2009) ha prescrito las mismas condiciones en su artículo 24, añadiendo el deber de motivar la resolución de adjudicación, a más de ser un deber constitucional de las Administración Pública, el argumentar y fundamentar de manera precisa sus actuaciones.

El acto de adjudicación supone el otorgamiento del contrato a la parte privada que ha presentado la oferta que cumple con los estándares exigidos por la entidad de acuerdo a las condiciones de mejor costo determinadas por la Ley de la materia, y las particulares exigencias de cada tipo de procedimiento de contratación.

iii. Etapa Contractual en Esencia.-

Es necesario anotar que previo al acto formal de adjudicación existen dos fases que pueden comprenderse como la tercera etapa contractual, y son: la negociación limitada de ciertos términos del convenio a celebrarse y finalmente la celebración del contrato.

Existe entonces la negociación limitada del contrato, y es limitada pues el contratista sólo podrá convenir sobre ciertos factores como el plazo de entrega y ciertas condiciones de factibilidad en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio o suministro. La mayor parte del contenido del contrato es impuesta por la entidad estatal en los pliegos licitatorios, sobre esas condiciones el contratista privado se limita a adherir su voluntad. El contrato público en este sentido se equipara a la doctrina de las cláusulas predispuestas, sin embargo en algunos procedimientos se admite una negociación previa, como se detalló por ejemplo en la selección de servicios de consultoría, no obstante, el Estado siempre mantendrá una posición de negociación preponderante sobre el contratista.

La regulación respecto de los contratos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra prevista en el TITULO IV DE LOS CONTRATOS y en el artículo 60 establece: “(...) Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”, con esta precisión cobra sentido el análisis realizado en el primer capítulo, ya que aplican a los mismos, las características, dimensiones y escenarios desarrollados en los subcapítulos iniciales.

En esta línea, se debe precisar que el acuerdo no tiene una igualdad típica de condiciones entre los contratantes, que una de las partes es una entidad pública que actúa en ejercicio de una potestad administrativa, y, que, a dicho convenio y proceso le aplica un régimen exorbitante al derecho común.

Si bien, en un inicio, se esbozó una teoría autónoma de contrato administrativo, frente a las doctrinas que partían de una definición civilista para definir la entidad contractual estatal, y las generaban un concepto comparativo entre las figuras; es innegable que por encontrarse en un ámbito en donde convergen deberes, obligaciones y prestaciones que atañen a los intervinientes de la relación, el Código Civil sea considerado como norma supletoria en la materia, y así lo establece el inciso segundo del artículo 112 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008): “(...) El contrato se regula por las normas de la Ley, las disposiciones de este Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables”.

En esta parte de la Ley se regulan todas las condiciones y elementos que deben reunir los contratos públicos para su validez. Si se respetan estos lineamientos legales, el convenio pueda causar el efecto que su objeto determina, así como que la vinculación de las partes; sin embargo, bajo un ejercicio de pertinencia es preciso analizar únicamente las disposiciones relacionadas con los principios de equilibrio y ecuación económico-financiera. Un claro ejemplo, que rompe con las condiciones de equidad, es la prevista en el artículo 64 de la misma Ley:

(...) Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

El escenario es el siguiente: Un contrato que no debería nacer a la vida jurídica, pues, adolece de una patología insubsanable, al devenir contra una prohibición expresa. No se discute la validez de que la norma exprese una previsión contra posibles pactos que contravengan el derecho, sino que existan mecanismos que protejan únicamente a la entidad pública y dejen en estado de vulnerabilidad al contratista.

Nuevamente, como se detalló en la fase preliminar, al referirse a declaratoria de procedimiento desierto o cancelación del mismo, se establece un eximente de responsabilidad que solo beneficia a la Administración Pública, ahora en el momento de la vigencia del contrato, sin que el contratista pueda requerir daños.

Sin embargo en caso de perjuicio económico de la entidad, el contratista y los funcionarios tendrán responsabilidad solidaria.

Esta etapa es fundamental, pues, se sientan los cimientos contractuales que van a determinar las obligaciones y prestaciones que deberán ser observadas por las partes en la ejecución del contrato, y de ello dependerá la satisfacción, tanto de los fines institucionales y de la representación del interés y beneficio colectivo, así como la optimización y desarrollo de estructura y servicios que pretende la Administración Pública; como la ganancia efectiva de la utilidad esperada por el contratista.

Partiendo de esta lógica, si existen irregularidades o conductas que rompan afecten la balanza contractual, las partes deberán ejecutar los mecanismos de previsión que la ley les otorga. Ante esta problemática nacen, por lo menos, dos interrogantes: a) ¿Qué parte contractual tiene un blindaje jurídico frente a conductas irregulares?, Y, b) ¿Qué parte se encuentra en un estado de vulnerabilidad frente a las conductas referidas?

Para poder dar una respuesta efectiva a las mismas es necesario analizar el procedimiento que debe seguirse para la celebración de un contrato administrativo, y cuáles son las exigencias particulares previstas en la Ley de la materia.

iv. Marco Legal Específico.-

Los requisitos para la celebración de contratos se encuentran determinados en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) y son:

(...) 1. La competencia del órgano de contratación; 2. La capacidad del adjudicatario; 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y, 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.

Estos elementos tienen relación con los preceptos normativos del Código Civil (2018) contenidos en sus artículos 1462 y 1561. El primero [1462] se refiere a las reglas generales de la capacidad, estableciendo que: “(...) toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, y el segundo [1561] concibe la fuerza vinculante del acuerdo y las obligaciones que se generan del mismo, determinando que: “(...) Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”.

Adicionalmente a las reglas de la capacidad, se han previsto inhabilidades generales y especiales en los artículos 62 y 63 de la Ley (2008).

v. Garantías y Multas.-

Para la suscripción del contrato se deben seguir y respetar ciertos pasos y formas, entre ellos, como mecanismo de previsión para las entidades públicas, el contratista deberá rendir las garantías de manera previa: “(...) Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes (...)” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, art. 69).

Deberán existir dos figuras que no son comunes a la contratación civil, sin embargo uno de ellos se rige a las reglas del mandato –artículos Arts. 2035, 2038, 2051, 2054 del Código Civil (2018)- y son el administrador del contrato y el fiscalizador, quienes se rigen a las estipulaciones contractuales detalladas para su actividad.

Estas figuras son importantes por cuanto son las llamadas a ejecutar las multas por incumplimiento, previstas por mandato legal del artículo 71 como cláusulas obligatorias de los contratos administrativos. Cabe indicar que dichas multas recaen únicamente sobre el contratista privado y se calculan de acuerdo a un cronograma preestablecido y aumentan paulatinamente.

Las multas son cláusulas penales unilaterales de ejecución inmediata, que una vez más, protegen o salvaguardan los intereses y posibles afectaciones del Estado. Por su parte al Contratista le asiste la entrega del anticipo en el término no mayor a 30 días, pero no dispone de una herramienta jurídica-coercitiva en caso de que este plazo no se cumpla; o, le queda, únicamente, someter las multas a control administrativo y judicial vía impugnación: con todas las vicisitudes del trámite.

Aparte de las multas, como ya se mencionó el Estado podrá ejecutar también las garantías, que deben ser otorgadas de manera incondicional por el contratista, entre las garantías configuran: Certificados de depósito a plazo, fianzas, depósitos de bonos del Estado e hipotecas. Este es otro mecanismo de previsión para la Administración Pública, misma, que, sobre todo, tiene cobro preferencial como lo ha determinado el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “(...) Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión (...)”.

Se concibe una carga adicional para el contratista, la obligación de obtener provisiones por medio de la bancarización para justificar y otorgar garantías de: Fiel cumplimiento, buen uso del anticipo, técnica para ciertos bienes –artículos 75, 76, 77 de la misma Ley- mismas que por su naturaleza, son independientes y subsisten posteriormente a la ejecución de la obligación principal. Su devolución, según el artículo 77 del cuerpo normativo analizado, sólo procederá con la: “(...) entrega recepción definitiva, real o presunta (...)”.

vi. *Límites a las Atribuciones Coercitivas de la Administración y Proporcionalidad de las Sanciones.-*

En esta etapa del proceso de contratación se prevén ciertos principios y atribuciones de la Administración, pero, como advierte el tratadista Roberto Dromi (1998, p. 338-354), deben respetar criterios de proporcionalidad, es decir el ejercicio de las potestades coercitivas de cumplimiento como la ejecución de multas y garantías, no puede partir de un accionar liberalizado de la Administración.

Continúa Dromi (1998, p. 338-354) por establecer que la Administración Pública está amparada por principios de continuidad y mutabilidad, el primero para que la ejecución del contrato, celebrado con el contratista privado, sea cumplido a cabalidad

dentro de los plazos previstos, y el segundo para modificar unilateralmente ciertas condiciones que puedan resultar en afectaciones o situaciones de desventaja para la entidad pública y los intereses que representa.

De igual forma el Estado, en los procedimientos de contratación pública, dispone de ciertas atribuciones que pueden ser clasificadas de acuerdo a su efecto. Las primeras son de advertencia y tienen un sentido de coerción tenue, mientras que las segundas, son terminales y responden a conductas o causas específicas. Las atribuciones que pertenecen al primer grupo de clasificación son las que ostenta la entidad contratante de dirección y control de la actividad contractual y de ejecución; y, el segundo grupo se conforma por la a) sanción y b) rescisión, es la última clasificación la que interesa.

a) Atribuciones de Sanción.-

La sanción como su denominación lo establece se refiere a la posibilidad que el ordenamiento otorga, como fue representado, a la entidad, para establecer multas, entendidas, las últimas, como cláusulas penales unilaterales frente a incumplimientos del contratista. Estas sanciones pueden estar previstas en el contrato, o fuera de él; lo segundo resulta una ilusión, puesto que las multas que no se encuentran taxativa y expresamente redactadas en el contrato son validadas y previstas por el ordenamiento jurídico, y se establece que es una ficción porque las leyes vigentes al momento de la celebración del contrato son parte del mismo.

A pesar de ser sanciones unilaterales, se encuentran legitimadas por su previsión legal anticipada –ejercicio legislativo–, sin embargo, no son ilimitadas, pues deben cumplir con estándares de argumentación y adecuación a los hechos fácticos en concreto, y a su vez, respetar criterios de proporcionalidad en la ejecución de la multa o sanción.

Este tema, abarcado como coerción legítima administrativa, es propenso a la patología de desviación de poder y verificación conductas desequilibradas. A las multas le pueden aplicar válidamente las dos teorías propuestas, o bien, la imprevisión, o, también, la teoría de la excesiva desproporción o cláusulas vejatorias.

Esto confirma que las teorías propuestas para el desarrollo de la relación contractual administrativa no son contradictorias, mucho menos excluyentes, sino que, de acuerdo a la lógica esquemática seguida en el presente subcapítulo, se verifican en diversas etapas y bajo condiciones particulares. Las potestades de coerción, pactadas unilateralmente,

pueden alejarse de su objeto esencial y devenir en abusivas o vejatorias. El objeto de las multas y sanciones que recaen sobre el contratista, es, únicamente, el de asegurar la diligencia debida obligacional y temporal al contratista, cualquier conducta constreñida por una sanción que no respete esta finalidad deberá ser invalidada por alterar el principio de proporcionalidad y equilibrio contractual, puesto que, puede afectar considerablemente al margen de utilidad esperado por la parte privada, incluso ocasionarle perjuicios.

La discrecionalidad se presenta cuando, la normativa, que regula las sanciones mencionadas, deja un campo de acción abierto, muestra de ello, el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en su segundo inciso no determina casos específicos que requieren una previsión de multa, contiene, por el contrario, un precepto general: “(...) **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** (...)”.

Si bien las sanciones son susceptibles de sometimiento a control administrativo o judicial, vía impugnación o interposición de recurso, ello debe ser un efecto excepcional, puesto que, en un proceso sometido a la temporalidad de un plazo para la entrega efectiva de la obra, o suministro o la prestación concesionada de un servicio, la afectación, producto de la ejecución de una multa, puede ser terminal para la situación del contratista.

El mecanismo de anulación o nulidad de las cláusulas sancionatorias que respondan a hechos no pertinentes al objeto esencial de las mismas, debe estar previsto por la norma, y, en caso de incumplimiento debe ser la autoridad judicial, quién, de acuerdo a criterios de razonabilidad –como será expuesto en adelante- justifique su vigencia o exclusión del mundo jurídico.

b) Atribución de Recisión.-

El segundo efecto desarrollado por el tratadista Roberto Dromi (1998, p. 338-354) en la misma obra, se refiere a la rescisión del contrato. La misma de ser entendida en un sentido natural y luego jurídico, así: “(...) rescisión significa la “acción de rescindir”, así nos dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua; y, “rescindir” significa dejar sin efecto un contrato, obligación, etc.” (Niquinga, 2005, p. 1), y en el ámbito jurídico:

“(…) el Diccionario Enciclopédico de Cabanellas, trae la siguiente definición jurídica del término: Rescisión.- anulación, invalidación, privar de su eficacia ulterior, incluso con efectos retroactivos, a una obligación o contrato. El Dr. Sánchez Zuraty, define la rescisión de esta manera: "Rescisión.- anulación o invalidación de un contrato que causa la involución del estado de las cosas al tiempo inmediatamente anterior a la celebración del contrato" (Niquinga, 2005, p. 1).

De igual forma el Código Civil (2019) en su artículo 1583 entre las causas de extinción de las obligaciones en su numeral 9 determina: “(…) la declaración de nulidad o por la rescisión”. Frente a la generalidad en la culminación de las obligaciones las diversas ramas del derecho requieren causas especiales, como por ejemplo las determinadas por el Código Tributario (2005) en su artículo 37; y, en lo que interesa a la investigación, lo previsto en los artículos 92 hasta el 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), pero sobre todo la facultad exorbitante que tiene la Administración Pública de hacerlo unilateralmente por causales prefijadas por el ejercicio legislativo. Entonces la atribución de rescisión a la que se refiere Dromi es la de Terminación Unilateral del contrato, prevista en los artículos 92 literal 4 y 94 en las siguientes condiciones: “Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan: 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista (...)”.

Y en específico:

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

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;

6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,

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

Las causales previstas en el articulado responden al principio de legalidad, ya mencionado varias veces, que tiene un carácter reforzado en el derecho administrativo, caso contrario la terminación por decisión de una de las partes –la que ostenta mayor poder de negociación- quedaría en absoluta liberalidad y discrecionalidad del poder público.

Casi la totalidad de causales de terminación acogen supuestos fácticos específicos, ejercicio correcto ya que no quedan campos abiertos de interpretación, y se deberá justificar en cada caso de manera motivada y racional la relación entre los hechos y la norma causal en la que incurra la actuación del contratista. Las condiciones, a pesar de la especificidad, son adversas, pues, como se señaló en la causal cinco, la parte débil no puede reclamar daños por prohibición expresa de la misma ley analizada [artículo 64 LOSNCP].

Sin embargo la causal que no responde a un criterio de especificidad y deja un amplio espectro de interpretación la prevista en el numeral seis, ya que, aparte de las causales concretas citadas, deja un canon abierto a la “estipulación de las partes”, frase referida en comillas, ya que como se analizó en el primer capítulo de esta investigación, *en la contratación pública priman las imposiciones a las estipulaciones, la adhesión de la voluntad a la convergencia de voluntades, la existencia de condiciones previas y precontractuales a la discusión y redacción conjunta de cláusulas.*

Si bien existe un procedimiento con un término en el que la institución hará conocer al contratista de la causal, previo a la terminación para que el segundo pueda justificar su retraso o mora –sin que la interposición de recursos suspenda el procedimiento de terminación-, ello no obsta de que las cláusulas contractuales que contienen las causales no necesiten una justificación, y puedan ser patológicas por esconder una conducta

desmedida y desproporcionada, y su examen debería responder a otro régimen de justificación y por ende probatorio.

vii. Conclusión.-

En la etapa analizada, la causa que provoca la patología de la desigualdad de las partes, nace por la discrecionalidad que el ordenamiento legal analizado otorga a la Administración Pública. Este ejercicio normativo abierto –peligroso en derecho público– se acentúa en las atribuciones de sanción y rescisión otorgadas a los organismos estatales [en un proceso de contratación], pues, en específico, la regulación referente a multas contiene un régimen general sin circunstancias específicas que respondan ante una sanción. La rescisión o terminación unilateral, de acuerdo a la Ley ecuatoriana, se acerca más a una disposición por causales, sin embargo una de ellas enerva el derecho de resarcimiento por daños y perjuicios del contratista, y la otra deja la posibilidad liberalizada para que la entidad pública contratante pacte cláusulas de terminación por casos que considere pertinentes.

Por estas razones, en esta fase se pueden verificar con mayor intensidad la teoría de las cláusulas excesivamente desproporcionales o vejatorias, que será analizada en la instancia pertinente, por la discrecionalidad que otorga el ordenamiento jurídico al Estado y la redacción unilateral que prima en la contratación pública –*teoría e las cláusulas predispuestas*–

3.1.2.4 Etapa de Ejecución del Contrato.

Finalmente, como consecuencia del cumplimiento y preclusión de los procedimientos previstos en las etapas anteriores, una vez que se ha formado la voluntad, agotado la fase precontractual con la realización y discusión de los pliegos licitatorios, se ha celebrado del contrato y perfeccionado con el acto administrativo de adjudicación; llega el momento crucial: El cumplimiento leal –buena fe– y oportuno de las “estipulaciones” previstas por las partes –con las limitaciones de la autonomía–.

El cumplimiento referido, consiste en alcanzar, de manera eficaz y oportuna, el objeto del contrato administrativo, que comúnmente se centra en: La ejecución de una o varias obras, la prestación efectiva de un servicio por vía de concesión, la provisión completa de un suministro, o, la prestación de otorgar un servicio técnico y específico de

consultoría. Las actividades mencionadas deben respetar condiciones de temporalidad –plazo- y estándares técnicos y económicos; obligación correspondiente al contratista privado. El Estado como parte contractual debe, en términos generales, cumplir con el pago de la totalidad del precio pactado en el objeto del contrato, y hacerlo a tiempo.

Como ya fue establecido en el análisis puntual de la etapa contractual, la desproporción, desigualdad o excesiva onerosidad podían surgir respecto de las multas y las causas de terminación unilateral, ya que la entidad contratante tiene esa facultad de reacción y coacción unilateral; sin embargo como, ya se refirió, cuando existen puntos no regulados o que otorgan un campo de acción distendido a la administración pública, los Principios Generales del Derecho son los llamados “frenos” de la ambigüedad y su efecto, la arbitrariedad, en el caso de la contratación estatal, materializados en el texto los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008): “(...) Equidad, trato justo, equilibrio contractual, proporcionalidad y buena fe (...)”, mismos, que deberán ser respetados por las partes en todas las etapas.

Las atribuciones estatales–según Dromi- pueden causar conductas irregulares y desequilibradas, con factores propios, en la última etapa del proceso de contratación, la ejecución del contrato, ya que es ésta la que vislumbra la factibilidad del cumplimiento de las cargas prestacionales.

Es una obligación del Estado garantizar, la ejecución del contrato, así como también, respetar las normas presentes en el mismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 numeral 2 de la Ley antes referida. A su vez el SERCOP controla y monitorea el Sistema Nacional de Contratación Pública en sus etapas, incluida la ejecución del contrato, esto de acuerdo a lo dictado por el artículo 14 de la Ley: “ (...) El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo (...)”.

La finalidad del Estado, al iniciar procesos de contratación pública, es la de ejecutar su plan de gobierno, mismo que ha sido ofertado en el tiempo de campaña electoral. Esta expectativa pública, por imperativo legal, debe estar prevista y calculada, de acuerdo al Presupuesto General del Estado, acto seguido, por cada una de las Entidades Públicas al realizar el Plan Anual de Contratación. En resumen lo que el Poder Público busca es materializar, por medio del sector privado, políticas públicas que optimicen servicios y

desarrollen infraestructura, y así cumplir con sus deberes relacionados con la satisfacción de necesidades particulares y colectivas de la sociedad.

En esta línea lógica, las etapas analizadas anteriormente son importantes y representan una condición indispensable para que, efectivamente, se pueda llegar a una ejecución armónica del contrato. Si se han respetado los cánones iniciales de formación de la voluntad sin conductas patológicas que puedan comprometer la validez del procedimiento; si el contratista ha demostrado ser el oferente más conveniente de acuerdo a condiciones precontractuales –técnicas y de mejor costo-; si las cláusulas contractuales son claras y no esconden conductas vejatorias y representan un equilibrio real de las prestaciones y obligaciones que vinculan a las partes; si la redacción de cláusulas penales unilaterales (multas) responden únicamente al objeto de asegurar la diligencia debida del contratista; la ejecución del convenio podrá ser efectiva sin que una de las partes sufra perjuicios, mientras la ecuación económico financiera del contrato no se modifique.

Para el abordaje de la siguiente etapa, es necesario referirse a una clasificación propuesta por el profesor Roberto Dromi (1998, p. 345-359). El catálogo de derechos, propuesto por el autor tiene doble vía, inicialmente los que asisten comúnmente al contratista, y, los pertenecientes a la Administración pública. Los segundos no serán analizados, pues comprenden: El buen uso de los recursos entregados, la entrega efectiva de la obra en las condiciones pactadas y el cumplimiento del plazo previsto, pues son obligaciones del contratista y su incumplimiento conlleva responsabilidad contractual o por daños, así como también ejecución de multas y garantías.

Interesa para el análisis, los derechos que protegen a la parte débil de la relación, que se resumen en: a) Recibir el pago por los actos ejecutados y dentro del tiempo estipulado por las partes; b) La facultad de rescisión del contrato –en el caso terminación anticipada- por culpa de la Entidad Pública-; c) Resarcimiento por daños y perjuicios cuando la entidad pública rescinda el contrato por razones de oportunidad, y, en los casos que efectivamente se constituya una situación dañosa; y, finalmente, d) El mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato.

Sobre los derechos iniciales no existe mayor inconveniente por cuanto a) la facultad de exigir el pago comprende ciertas condiciones: en primera instancia verificar si es procedente, de acuerdo a la contraprestación del cumplimiento del objeto contractual, imputable al contratista. El último no podrá exigir el pago si existen obligaciones a su cargo pendientes, pues procedería la aplicación de los principios civil contractuales de la

mora purga a la mora y exceptio non adimpleti contractus –excepción de inejecución contractual-.

Respecto de la b) “recisión”, el autor detalla que es una facultad esencial del contratista, frente a conductas reprochables a la Administración, y, así lo ha reconocido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), mediante la tasación de causas puntuales:

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

1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;
2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,
4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad.

El único particular a destacar, es el condicional temporal de sesenta días para que se configure un incumplimiento efectivo de las obligaciones de la Entidad Pública, y, efecto de ello, se puedan subsumir los hechos a la causal del numeral 1 en una reclamación.

Respecto del c) resarcimiento de los daños y perjuicios al contratista se ha determinado ya en la investigación que la misma Ley citada, en sus parajes establece eximentes de responsabilidad por el régimen de daños a las entidades, y, efecto de ello una renuncia a la facultad de reclamarlos del contratista, los ejemplos han sido reiterados en la investigación.

El contratista, por último, tiene derecho al d) *mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato* en su ejecución, misma que cuando se vea afectada por causas o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo, deberá ser **restituida** para que el contratista no sufra un detrimento en la **utilidad esperada**.

Entonces en esta etapa se pueden verificar dos conductas que alteran la balanza prestacional, la primera quiebra el principio de proporcionalidad, mediante: La ejecución desmedida de multas de manera desproporcional, la terminación unilateral del contrato ejecutada por la Administración Pública sin la adecuación precisa y motivada de las causales, sin que esa prerrogativa exorbitante que la ley otorga sea concebida como facultad absoluta. Y, la segunda, gatilla la aplicación de la teoría de la imprevisión, cuando por la verificación de situaciones posteriores a la celebración del convenio, de carácter temporal, se cause una carga excesivamente onerosa al ejecutante.

En la ejecución, el escenario óptimo sería, la utilización de atribuciones y potestades estatales de terminación unilateral anticipada y de ejecución de cláusulas penales debe ajustarse estrictamente al principio de legalidad. Los actos que materialicen esa voluntad administrativa, deben cumplir con una justificación suficiente. En el segundo escenario, al surgir imprevistos sobrevinientes que alteren la ecuación del contrato, la obligación inicial de restituirla corresponde a la Administración, y, en caso de no cumplir esta exigencia, deben existir los recursos legales para reponerla por medio de un juez.

En lo que atañe a la investigación los desfases palpables en esta etapa, requieren la aplicación de la fórmula desarrollada en base a la teoría de la imprevisión, que será analizada en adelante.

3.2 Concepción del Principio *Rebus Sic Stantibus* Como Excepción a la Concepción Tradicional del Principio *Pacta Sunt Servanda* (*Justificante de la Facultad de Revisión del Contrato*).

Para poder analizar el elemento de excepción, es primordial, que en un inicio se determine la teoría general que admite dicho factor excepcional. En ese sentido, es necesario conceptualizar el principio *Pacta Sunt Servanda*, puesto que, el mismo justifica y sustenta, la fuerza obligatoria de las estipulaciones, convenios o acuerdos de las partes. La doctora María Leoba Castañeda (2012, p. 204) respecto del principio analizado manifiesta:

En pocas palabras, hecho el acuerdo, pacto o contrato, sus efectos obligan a las partes, independientemente de cuál sea su voluntad, o qué tan dispuestos estén a cumplir. Surge así el principio *pacta sunt servanda*, implicatorio de que *los pactos se cumplen en sus términos*, o bien, que los contratos se cumplen al tenor de sus propias cláusulas.

Bajo estas consideraciones, las partes deciden, de manera libre, configurar una voluntad común, y lo realizan por medio de un pacto, acuerdo o contrato. Por efecto de esta actuación de voluntad, los intervinientes quedan constreñidos al cumplimiento obligatorio de las estipulaciones. Los ordenamientos positivos también han desarrollado el contenido de este principio, otorgado a los contratos la calidad de ley para los intervinientes³.

A pesar de la fuerza importancia y fuerza vinculante, este principio no es absoluto, ya que deben considerarse las circunstancias que rodean la celebración del convenio; y también, las diversas situaciones que pueden ocasionarse o sobrevenir en su ejecución.

La tesis de excepción provocó que, desde el Derecho Canónico, Regulaciones del Medio Evo, Etapa de los Postglosadores, e ilustración; el principio *Pacta Sunt Servanda*, nunca fuera concebido con carácter absoluto. Bartolo de Sassoferrato y su discípulo Baldo de Ubaldis –postglosadores-, desarrollan un principio de singularidad: “(...) *contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuros rebus sic stantibus intelliguntur*, es decir, “los compromisos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban” (al celebrarse el contrato)” (Castañeda, 2012, p. 205-206), esta teoría, en un inicio se aplicó únicamente a los contratos de tracto sucesivo, luego, producto de su evolución, se extendió paulatinamente a todos los actos de voluntad.

Posteriormente, el principio o cláusula *Rebus Sic Stantibus*, a decir de Castañeda (2012, p. 206-207), se plasmó, con ligeras variaciones, en los ordenamientos jurídicos de distintos países como: Alemania [Código Civil 1990]; Suiza [Código Federal de las Obligaciones]; Italia [Jurisprudencia de la Corte de Casación de Turín el 16 de Agosto de 1916]; así como también en las leyes, jurisprudencia y doctrina de Austria, Polonia [artículo 269 de su Código de las Obligaciones], Estados Unidos [*Restatement of*

³ Código Civil Ecuatoriano: Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Contracts]; y en los casos puntales del Código Civil Argentino [artículo 1198] y Peruano [artículos 1440-1446].

Los avances de la teoría responden a principios de equidad y equilibrio contractual, puesto que el principio de autonomía de la voluntad, no puede ser concebido como un anclaje absoluto, que justifique cargas desmedidas y perjuicios ocasionados a una de las partes contratantes.

En este sentido “(...) la cláusula *rebus sic stantibus* ha servido para denominar a una de las teorías jurídicas más importantes, y que busca con deseo la equidad y la justicia, principios rectores de los sistemas jurídicos” (Castañeda, 2012, p. 209). El principio mencionado encuentra su justificación en el requisito de buena fe, que atañe a los intervinientes en el marco de una relación contractual, y, que ha sido reconocido por el legislador ecuatoriano:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella (Código Civil, 2018, art. 1562).

De acuerdo a los tratadistas y doctrinarios, el principio *rebus sic stantibus* rige en un escenario en el que:

(...) lo normal en el curso de los negocios es que entre la fecha de celebración y la de ejecución del contrato la situación existente a la época de la contratación se mantenga más o menos en forma similar. **Excepcionalmente, sin embargo, puede ocurrir en ese lapso que, con motivo de hechos o circunstancias imprevistas e imprevisibles, extraordinarias y graves, se alteren de tal forma las condiciones que sirvieron de base a la contratación, que la prestación debida, sin que se torne imposible absolutamente, se transforme en excesiva e injustamente onerosa para una de las partes. En este caso, ¿es aplicable con el mismo rigor el principio de la inmutabilidad de las obligaciones contractuales?** (...) (Dörr Zegerse, 1985, p. 253).

Otros autores, establecen posturas en la misma línea argumentativa:

“Algunas legislaciones permiten, en una u otra forma, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Trátase de una cláusula que se estima sobreentendida en los contratos de larga duración o de tracto sucesivo y en virtud de la cual, cuando la

situación de hecho que existía al tiempo del contrato o que las partes tuvieron en vista al obligarse, **sufre un cambio profundo que hace muy gravosa la prestación de una de las partes, debe admitirse la resolución del contrato.**

Esta cláusula, de origen romano, constituye, en el derecho moderno, la llamada teoría de la imprevisión”. (Alsessandri R. Arturo y otros, 2001, p.183).

La aplicación, del principio referido, también es reconocida, por la doctrina, para los contratos públicos, por ende el régimen de excepción al enunciado *Pacta sunt servanda*, se verifica en la contratación pública, respondiendo a criterios de continuidad del servicio y la precaución frente a un posible enriquecimiento sin causa; y así lo determina Roberto Dromi (2001, p. 448):

(...) en cuanto a su fundamento se parte de la equidad, la buena fe, el enriquecimiento sin causa. La imprevisión, para su aplicación en el derecho administrativo, no requiere de una ley formal que la declare vigente o aplicable pues surge del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas en la obligación de indemnizar los menoscabos al patrimonio o propiedad (...) para la procedencia de la imprevisión hace falta simultáneamente un quebrantamiento de la ecuación económico-financiera del contrato, por un alea económica, temporaria o transitoria, anormal, imprevista, extraordinaria, en un contrato que esté en curso de ejecución.

En conclusión, existe un paralelismo y relación entre los principios analizados, siendo uno excepción del otro, ya que la Autonomía de la Voluntad supone la base de vinculación contractual, deberá ser respetada por terceros, cuando no existan conductas que afecten el correcto equilibrio y desempeño de las cláusulas y prestaciones que conforman el contrato, caso contrario, en relación directa con los principios de buena fe y equidad, podrían aplicarse mecanismo de corrección mediante actos resolutorios o vías de modificación de las condiciones. Queda claro que la teoría aplica al escenario público-contractual, la buena fe es un deber al ser la normativa civil supletoria a la ley especial de la materia, y al reconocerse los principios de trato justo en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

Si bien, este principio justifica la aplicación de la teoría de la imprevisión, puede realizarse una interpretación extensiva, de acuerdo a la facultad extraordinaria de revisión que tutela al contratista, frente a cualquier acto que enerve los deberes positivos de lealtad contractual y trato justo o equidad. Por esta correlación final, el principio de excepción

entabla, también, la aplicación efectiva de la teoría de la desproporción, frente a aprovechamientos injustificados por redacción de cláusulas abusivas.

3.3 Teorías de Corrección del Equilibrio Económico Contractual.

3.3.1 Teoría de la Desproporción (Gross Disparity) en Estricto Sentido.

i. Introducción General.-

El origen de la teoría de la excesiva desproporción, surge, como mecanismo de freno y previsión, frente al fenómeno social y jurídico de contratación en masa. En un mundo industrializado y tecnificado, con oferta y demanda crecientes y progresivas, mismas que se desenvuelven en un mercado dinámico, el resultado es, la producción masiva de bienes y servicios.

Esta realidad ha producido que, no todas las relaciones comerciales puedan ser instrumentadas y estipuladas de la forma típica, es decir, las partes contratantes –en el caso: oferente y consumidor- discutan y negocien de manera pormenorizada la especificidad de cada cláusula constatare en el contrato.

Por estas razones, la balanza se inclina hacia la parte más fuerte, en términos de negociación, el empresario, que, dentro de la relación comercial es quien oferta y dispone de los productos. La contratación en masa es entonces el justificativo de que nazcan ciertas figuras contractuales reconocidas por los ordenamientos jurídicos como son: los contratos de adhesión y los de cláusulas predispuestas.

Cuando las cláusulas contractuales no son discutidas en lo absoluto, o, en su defecto, son discutidas parcialmente y existe una de las partes que ostenta mayor poder de negociación la discrecionalidad aumenta y pueden verificarse conductas abusivas.

El derecho y los ordenamientos jurídicos de distintos Estados han precautelado la restauración del equilibrio económico del contrato, por medio de remedios que permiten, o rescindir –terminar- el contrato, o, inobservar y evitar el cumplimiento de cláusulas que se reputen como vejatorias, o de ser el caso, la reforma del texto del mismo.

Esta línea lógica se vio representada por los ordenamientos jurídicos de los distintos estados, ya que dentro de su legislación civil representaron la figura de la lesión, institución que faculta la revisión legal del contrato, cuando exista una ruptura del

equilibrio e igualdad que tutela a las partes. Argentina contiene esta figura en el artículo 954; Paraguay en el artículo 671; Bolivia en el artículo 561 (Carranza, 2004, p. 383).

En el caso ecuatoriano, el artículo 1828 del Código Civil (2018) ha determinado los casos y efectos de la verificación de la lesión en los contratos conmutativos. En los casos mencionados, el poder legislativo ha optado por determinar montos exactos para el nacimiento de la institución de la lesión, por medio de fórmulas cerradas de compensación, en el caso ecuatoriano, el legislador se ha referido, al concepto de justo precio de la cosa en el mercado, como canon referencial, entonces, cuando el precio pactado exceda el duplo del precio real de mercado, o, cuando se reputa menor a la mitad del mismo, existirá lesión, como consecuencia de ello, la facultad de la parte afectada para rescindir el contrato.

De manera coincidente, y, como mecanismo de protección de la parte débil de la relación, en el escenario de la contratación masiva, la Ley de Defensa del Consumidor (2018) –Ecuador- en su *artículo 43* prohíbe que se pacten cláusulas que refieran conductas desproporcionales o abusivas, y, en el caso de que las mismas se presenten, esclarece un efecto, la nulidad de pleno derecho.

Esta tendencia es trasladada al derecho internacional en la configuración del cuerpo normativo de *soft law* determinado para las relaciones comerciales internacionales, los Principios de Derecho UIDROIT (2016, p. 108), que en su artículo 3.2.7 –*excesiva desproporción*- determinan:

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato (...).

La Doctrina, los Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT, y el artículo citado en sí, conciben una fórmula de mantenimiento del equilibrio contractual abierta. Otorgan mayor grado de libertad, en la interpretación, al juez o árbitro, ante el que se formule la reclamación; sin embargo, son coincidentes al delimitar elementos constitutivos de la figura, para evitar que esa libertad se convierta en incertidumbre.

3.3.1.1 Elementos Constitutivos de la Figura.

A decir del autor César Carranza Álvarez (2004, p. 384) las condiciones necesarias, o elementos mencionados, para que se pueda exigir la revisión del contrato -como excepción al principio de vinculación por autonomía de la voluntad- son de dos clases: objetivos y subjetivos:

El elemento objetivo se advierte claramente cuando se prescribe que procederá la anulación del contrato, o cualquiera de sus disposiciones, si al momento de su celebración, éste o alguna de sus cláusulas otorgaran a la otra parte una ventaja excesiva. Por su parte, los elementos subjetivos correspondientes a cada uno de los contratantes, son como siguen:

a) 1er. Elemento subjetivo - el aprovechamiento injustificado;

b) 2do. Elemento subjetivo - la dependencia, aflicción económica o necesidad apremiante del afectado; además de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación.

Concluye el autor, al establecer, que todos estos elementos deberán verificarse, en cada caso, de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato.

a) Elemento Objetivo: Ventaja Excesiva.-

Para el mismo tratadista, el primer y único elemento objetivo, responde a que exista una desproporción entre las prestaciones que surgen de la celebración del contrato. Debe verificarse y demostrarse, que una de las partes ha obtenido una ventaja excesiva, sin embargo, no todo desequilibrio se enmarca en esta figura, pues existen pactos justificados

por las partes, en ese orden de ideas, una condición adicional, es, que la ventaja también sea *injustificada* (Carranza, 2004, p. 387-388).

b) Elemento Subjetivo 1: Aprovechamiento Injustificado.-

Respecto del primer elemento subjetivo –aprovechamiento injustificado-, Carranza entabla un debate que ha surgido entre las opiniones de los doctrinarios, entorno a la posición de quien se beneficia de la desproporción, y si es relevante, o no, el conocimiento de la situación del afectado. Unos defienden, la tesis que la actitud del beneficiario es irrelevante, y, por más que ha tenido conocimiento de la afectación, no ha tomado medidas correctivas, justamente, para arrogarse un beneficio a costa del perjudicado, podría concebirse como una presunción de mala fe. Otros como SCOGNAMIGLIO (1996) citado por Carranza (2004, p. 389) establece un requisito adicional al simple *conocimiento de la necesidad ajena* planteado con anterioridad, el requisito subjetivo requiere: “(...) cuando menos, una cierta presión psicológica sobre el otro contratante, con la cual expresa el aprovechador su voluntad de sacar partido de la debilidad ajena”.

c) Elemento Subjetivo 2: Factor de Dependencia.-

El segundo requisito subjetivo matiza un catálogo numerado de situaciones, que deben ser entendidas para la rama del derecho comercial, en otros casos y áreas del derecho podrán variar dependiendo de las exigencias propias de las mismas. Sin embargo, puede agrupárselas en dos: *necesidad apremiante del perjudicado con el contrato; y en otros casos, a su ligereza, inexperiencia o suma ignorancia* (Carranza, 2004, p. 390).

Entonces, estos dos elementos subjetivos, deben ser analizados por el juez o árbitro de manera conjunta, uno como causa y otro como efecto, es decir el *aprovechamiento injustificado* de una de las partes –por tener una posición de negociación fuerte- debe desarrollarse por dos razones: 1) Estado de necesidad de la parte débil; y, 2) falta de conocimiento o experiencia en esos tipos de negociaciones.

Únicamente, si se constatan todos los elementos, y, si el Juez, de acuerdo a criterios de razonabilidad, determina que existió una conducta abusiva o vejatoria, traducida en el contrato, el último, faculta a la parte afectada para la revisión del contrato. Es una medida excepcional puesto que afecta al principio *pacta sunt servanda*.

El criterio de interpretación, que deberá utilizar el juzgador que conozca el caso, referente a la razonabilidad, ha sido previsto en los Comentarios Oficiales publicados por el Internacional Institute for the Unification of Private Law (2010, p. 108-109):

As the term “excessive” advantage denotes, even a considerable disparity in the value and the price or some other element which upsets the equilibrium of performance and counter-performance is not sufficient to permit the avoidance or the adaptation of the contract under this Article. What is required is that the disequilibrium is in the circumstances so great as to shock the conscience of a reasonable person.

Como el término "ventaja excesiva" denota, incluso una considerable disparidad en el valor y el precio o algún otro elemento que altere el equilibrio entre el desempeño y el contra-desempeño no es suficiente para permitir evitar, o, en su defecto, la adaptación del contrato bajo este Artículo. **Lo que se requiere es que el desequilibrio sea tan grande en las circunstancias que conmocione la conciencia de una persona razonable.**

Finalmente, el mismo texto se refiere al efecto que produce la aplicación práctica del artículo, previo un test de subsunción material y concreción a la realidad del caso específico, y es evitar el cumplimiento de la cláusula o del contrato, para lo que se precisa la nulidad en primera instancia; y, en segundo lugar, la adaptación o reforma del texto (Institute for the Unification of Private Law, 2010, p. 110). Estas instituciones, llamadas en doctrina “remedios” serán analizados en adelante.

3.3.1.2 Criterio de Razonabilidad.

La razonabilidad en el ámbito del derecho, y en otras ciencias, se concibe como un concepto indeterminado, y así lo advierten los autores José Luis Bazán y Raul Madrid (1991, p. 179-180) al referirse al volumen colectivo *les notions a contenu variable en droit* del *Centre National de Recherches de Logique* (1984):

Los conceptos jurídicos indeterminados, entre los que se cita la “razonabilidad”, son instrumentos legales que apelan a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso.

Los autores, al referirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, reflejan una diferenciación desmenuzada del concepto de racionalidad, así, el mismo, se conforma por dos subconceptos, “lo razonado” y “lo razonable”.

Lo razonado:

Sobre el primer elemento, de acuerdo a los pronunciamientos de la alta Corte, lo razonado significa la *motivación razonada* de los actos y resoluciones de los poderes públicos, requisito que cobra importante relevancia, pues, tiene como finalidad:

(...) Posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, lograr el convencimiento del acusado, de las otras partes en el proceso y de la opinión pública (las sentencias son pronunciadas en audiencia pública), respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial, mostrando la aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad, y la vinculación del juez al imperio de la ley... y al sistema de fuentes y, por último, permitir en la práctica el ejercicio efectivo de los recursos (Bazán y Madrid, 1991, p. 181).

El autor José Luis Castillo Alva (2013, p. 52) en su obra *Proscripción de la Arbitrariedad y Motivación*, determina un escenario coincidente:

(...) puede contarse como casos de arbitrariedad la adopción de ciertas y determinadas consecuencias jurídicas completamente desproporcionadas o que no guardan relación con la entidad, magnitud o relevancia jurídica de los hechos por lo que se afecta también al principio de razonabilidad (...).

Así, las decisiones respecto la medida proporcional de la balanza económico financiera del contrato, debe adecuarse a criterios y estándares de justificación.

Lo razonable:

El presente elemento, tiene mayor grado de complejidad, pues puede verse en derecho como un concepto de medida de “(...) proporción y ajustamiento entre dos términos (...)” (Bazán y Madrid, 1991, p. 181), por ejemplo un *plazo razonable* para la ejecución de una sentencia. Puede entenderse también como medida de “(...) lo ordinario, normal, esperable (...)”, por ejemplo los conceptos de “*reasonable man o buen padre de familia*”, lo que establece un “(...) patrón generalizable de comportamiento y, por lo tanto, exigible de cumplimiento (...)”. Finalmente, los autores y la jurisprudencia determinan el criterio de “lo razonable” de acuerdo a “*lo adecuado a los valores constitucionales*” y justifican que: “(...) la razonabilidad no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, existencia de adecuación a los valores que la Constitución incorpora (...)” (Bazán y Madrid, 1991, p. 181-183).

Entonces, el deber del juez al momento de aplicar la teoría de la desproporción es conjugar una fórmula de racionalidad, partiendo de una justificación lógica y motivada de los hechos y normas que aplican al problema –lo razonado-, para luego, poder determinar si la afectación o perjuicio por equilibrio *sea tan grande en las circunstancias que conmocione la conciencia de una persona razonable*, remitiéndose a lo razonable desde una óptica de:

- Lo adecuado en proporción del tiempo.
- Proporción y Adecuación con la realidad del problema.
- Lo adecuado a los valores constitucionales⁴.

3.3.1.3 Factibilidad de la Aplicación de la Teoría de la Excesiva Desproporción al Régimen de Contratación Pública.-

Como se estableció inicialmente en este subcapítulo, las cláusulas abusivas o vejatorias, surgen como respuesta a una necesidad económica y social, la contratación en masa. Este fenómeno ocurre debido al desarrollo tecnológico e industrial global. La simplificación de la contratación para la adquisición de bienes y servicios deviene en los contratos modelo, formato o de condiciones preestablecidas no negociadas, en donde una de las partes tienen una posición de negociación fuerte y otra débil.

Sin embargo, este escenario no sólo se constata en el ámbito comercial, también pasa, con excepciones, algo similar en el sector público.

La contratación pública, entendida como un proceso, mediante el cual el Estado busca satisfacer las necesidades de sus mandantes, mediante la provisión de infraestructura, servicios y bienes de calidad, viabilizando estos fines por medio de la celebración de convenios, concesiones o contratos con el sector privado. Sin embargo, para la contratación pública y al contrato administrativo, aplica un régimen especial y exorbitante, mismo, que se caracteriza por la desigualdad de condiciones que enfrentan los contratistas en relación con la Administración Pública, pues, se presentan condiciones precontractuales, impuestas. En este sentido, surge un escenario similar al comercial, en donde la balanza económica y el equilibrio de las prestaciones pueden verse afectados por conductas abusivas y por ende el derecho debe equilibrarlo.

⁴ La Constitución de la República del Ecuador -2008- reconoce el derecho a la igualdad, lo que determina un canon hermenéutico para la resolución respecto de conductas que afecten al equilibrio de las partes contratantes.

Adaptando los elementos que el doctor César Carranza Álvarez (2009, p. 417) otorga a la relación comercial, a los contratos públicos, se puede llegar a una relación estrecha, luego de una comparación de casos, para la justificación de aplicación de la teoría de la excesiva desproporción:

Tabla 3

Cuadro Comparativo: Relación Comercial/Relación Pública

Cláusulas Abusivas en la Relación COMERCIAL y PÚBLICA		
EMPRESARIO - ESTADO	CONSUMIDOR - CONTRATISTA	
<i>Imposición de Condiciones</i>	<i>Aceptación y Adhesión</i>	
Beneficio Propio	Cláusulas Abusivas o Vejatorias	Afectación e Indefensión

Fuente: Elaboración propia con parte del contenido expuesto por César Carranza Álvarez, 2009, p. 417.

El cuadro comparativo demuestra, que, en los dos casos pueden originarse las conductas desproporcionales que afecten al correcto desenvolvimiento del contrato y su equilibrio. Esto puede ocasionar, que, una de las partes sufra una afectación directa, en los intereses o utilidad, que buscaba generar con consecución del objeto contractual.

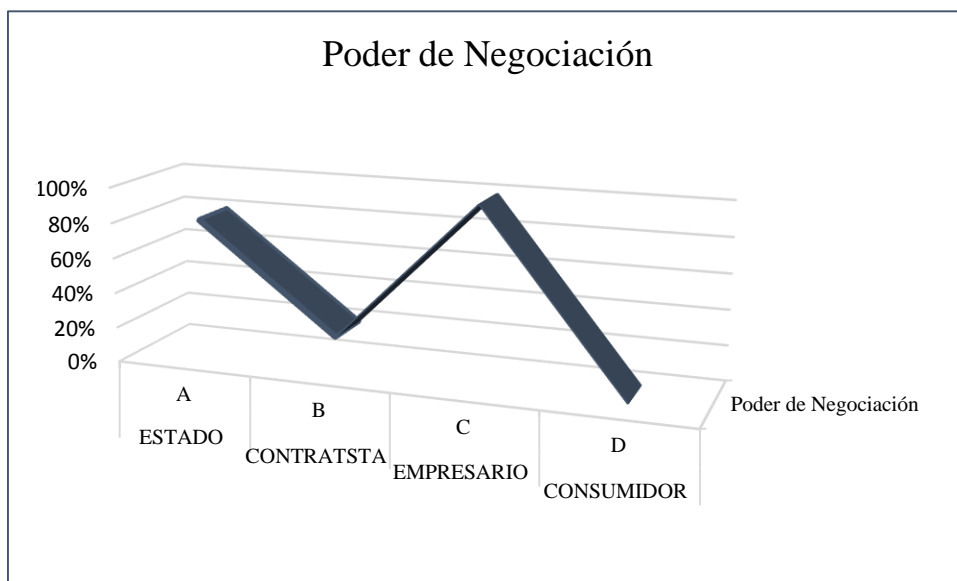
Una de las partes puede incurrir, abusando de su posición privilegiada de negociación, procurarse un beneficio injustificado.

La situación puede ejemplificarse de manera porcentual, sólo con fines explicativos, pues, resulta arbitrario, determinar una clasificación exacta e ineludible, a un problema que surge por una relación social y contractual, mismo que se presenta en el derecho y que no puede ser objeto de cuantificación matemática, puesto que las condiciones particulares de cada caso podrían ocasionar errores innumerables.

Sin embargo, el ejemplo gráfico, es válido para representar el poderío que ejercen las partes en la negociación en cada caso.

Figura 1

Cuadro Representativo: Relación de Poder de Negociación: Público/Comercial.



Fuente: Elaboración Propia.

La propuesta, ejemplifica, como nace la vinculación entre las partes, pues en el ámbito comercial, el consumidor tiene facultades nulas de negociar las cláusulas a las que adhiere su voluntad, mismas, que son redactadas en base a modelos, de manera unilateral y total por el empresario; en este primer escenario la balanza se inclina precipitadamente ante la parte más fuerte (Empresario=100% - Consumidor=0%).

En el segundo escenario, y el pertinente para el objeto de análisis de la investigación, la balanza se inclina hacia el Estado, por la naturaleza misma del proceso de contratación, ya que, como ha sido expuesto, existen ciertas condiciones que generan un peso y desequilibran la relación, como son: Un régimen exorbitante al derecho común, condiciones técnicas y económicas precontractuales, eximentes de responsabilidad por daños a favor de la Administración Pública, facultades coercitivas y unilaterales de pactar de multas, ejecutar garantías y concluir anticipadamente la relación contractual. Un contrapeso a esas facultades, es la posibilidad limitada de negociación que tiene el contratista sobre, el plazo de entrega de la obra, la realización de consultas y observaciones a los pliegos, la terminación por mutuo acuerdo, etc., sin embargo, estas no representan igualdad de condiciones.

Es en base a este paralelismo, se arriba a la conclusión que, la Teoría de la desproporción, entendida como freno a la redacción de cláusulas que rompan con el equilibrio prestacional y afecten la ecuación económica financiera del contrato, puede

aplicarse a la Contratación Pública, y por efecto, al Contrato Administrativo. Esto se justifica en la posición de negociación preponderante que ostenta el Estado frente al contratista privado, aparte de existir la facultad de exigir y redactar condiciones unilateralmente.

Ahora, ¿cómo pueden verificarse en cada caso las condiciones objetivas y subjetivas? –Desarrolladas con anterioridad-. La *ventaja excesiva* tiene que beneficiar a la Administración Pública, que en su accionar genere un *aprovechamiento injustificado*, abusando de las facultades exorbitantes que la ley le otorga –redactar multas que no cumplan con un objeto, o, añadir cláusulas de terminación anticipada irracionales-. Todo este escenario, debe concatenar, directamente, con un elemento fáctico: La representación de un *factor de dependencia* en la celebración del contrato del contratista privado, esto se representa en la facultad de negociación limitada y débil.

3.3.1.4 Requisitos Doctrinarios para la procedencia de la Teoría de la Excesiva Desproporción.

El autor Cesar Carranza Álvarez (2009, p. 417-430) determina en su obra cuales van a ser las condiciones o factores que, necesariamente, tienen que verificarse para que surja la teoría de la excesiva desproporción. Las mismas son:

- a) **Mayor poder de negociación** o que una de las partes tenga una posición ventajosa o de dominio económico en el mercado o que disponga de mayor información.
- b) Debe existir una **redacción unilateral y previa de las cláusulas y condiciones**; situación que se construye frente a un estado de necesidad de una de las partes; por ello el contrato en estos casos, es: **“una actividad exclusiva y excluyente de una parte** (Carranza, 2009, p.417),

Respecto de las cláusulas abusivas el autor Larroumet (1993) citado por Carranza (2009, p. 417) establece:

(...) cuando una de las partes, que está en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos a su favor, que no se pueden equiparar con los que se asignan a la otra parte»

c) El requisito final corresponde a la **presencia material de cláusulas que afecten al equilibrio prestacional**, cláusulas vejatorias que a decir del mismo autor pueden verificarse como:

(...) una limitación o exclusión de responsabilidad; en facultades para modificar el contrato, suspenderlo, o dejarlo sin efecto en cualquier momento; imponer una vía distinta a la natural para la solución de conflictos; o supeditar los compromisos asumidos al cumplimiento previo de formalidades onerosas, etc. En otras palabras, cuando su inclusión provoca un detrimento importante en el equilibrio que debería existir entre los derechos y obligaciones asumidos por los contratantes (Carranza, 2009, p.418).

Ahora bien, el tipo de conductas mencionadas se verifica en las relaciones tanto comerciales como de contratación pública, y, como en la primera se han desarrollado mecanismos de protección para la parte débil de la negociación, por medio de normas que controlan, la lesión de las partes contratantes, o que protegen al consumidor en un escenario de contratación masiva; se debe, también, desarrollar herramientas normativas para contrarrestar los efectos *perniciosos de la redacción* unilateral que tutelen y protejan los intereses del contratista.

Los mecanismos pueden ser de variada índole, como por ejemplo se ha expuesto en el último párrafo del artículo 3.2.7 de los principios UNIDROIT la nulidad del contrato o cláusula que afecte a la proporcionalidad, y, adicionalmente, principios de interpretación más favorable hacia el contratista, prevalencia de las otras cláusulas del contrato que ponderen el equilibrio, etc.

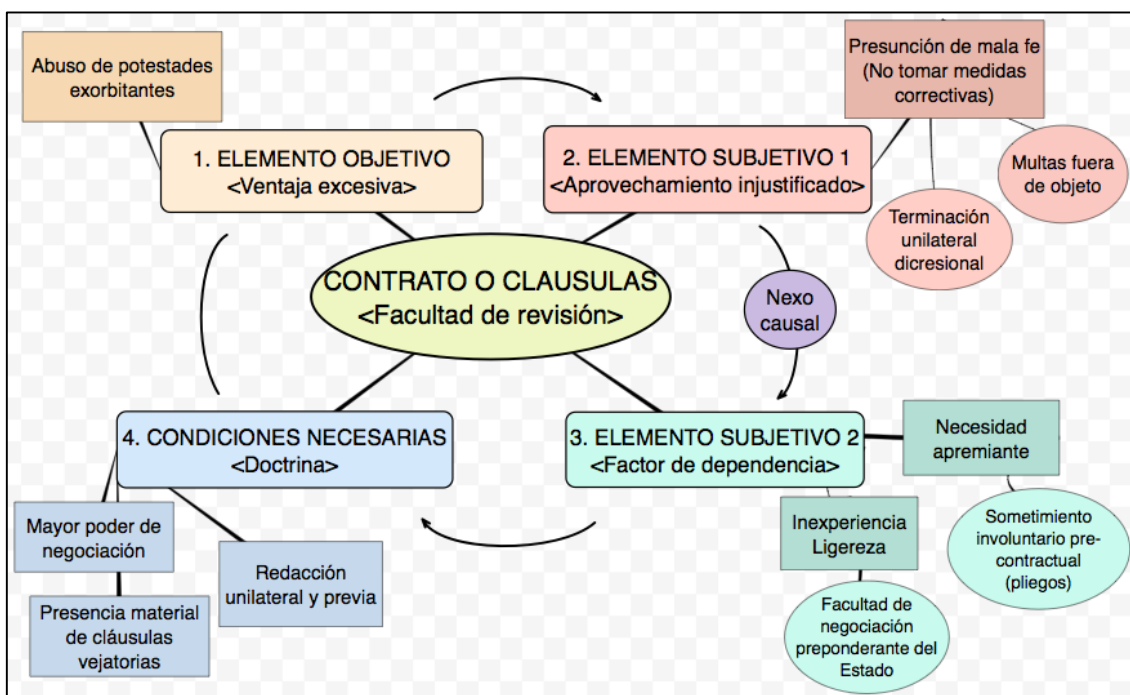
El deber primordial del poder legislativo, es, en este caso, el de incorporar fórmulas abiertas que permitan a la administración de justicia, por medio de los jueces, declarar dichas conductas como abusivas y restablecer el equilibrio prestacional, económico-financiero del contrato.

En este caso, resulta inoficioso que se establezcan, a nivel normativo, montos específicos que determinen cuando una conducta va a ser abusiva; ya que la eventualidad y la diversidad, de situaciones que puedan presentarse, no requieren un precepto normativo cerrado. Es por lo expuesto, y por el sistema acogido en los principios UNIDROIT que el aparato de control deberá ser el judicial, determinando el examen bajo

los criterios objetivos y subjetivos de *ventaja excesiva*, *aprovechamiento injustificado* y *estado de necesidad*; todo ello mediante el proceso de razonabilidad.

Condensando el proceso en un gráfico, titulado como: “Fórmula de Aplicación de la Teoría de la Excesiva Desproporción” se obtiene la siguiente figura:

Figura 2: Fórmula Inicial de Aplicación de la Teoría de la Excesiva Desproporción.



Fuente: Elaboración Propia, con contenidos del artículo 3.2.7 de los Principios Unidroit (2016, p. 108), y, las obras de Cesar Carranza Álvarez (2004)-(2009).

3.3.2 Teoría de la Imprevisión (Hardship) en Estricto Sentido.

i. Introducción

El tratadista Roberto Dromi (1998, p. 348-357), como se indicó, establece que la situación del contratista, se ve rodeada, por derechos irrenunciables, que deben ser respetados y garantizados por el ordenamiento jurídico, no limitados, peor aún desconocerlos.

Uno de estos derechos es el mantenimiento de la ecuación económico-financiera, con su efecto necesario, en caso de alteración, la restitución de la misma, vía compensación. La ecuación antedicha, puede verse afectada en sus diferentes fases; en lo que atañe a la teoría de la imprevisión el equilibrio puede alterarse –por diversas causas- en la etapa de ejecución del contrato.

La ecuación puede representar diversos factores, que deben ser analizados brevemente.

- *Criterio de Ecuación Política.*-

Existe una ecuación política que rodea la relación y esta última puede alterarse cuando el interés general cambie o se modifique, y, aquello, represente una incidencia en el precio global del contrato.

Como ejemplo, Dromi, refiere un caso de adjudicación de obra, que tuvo variaciones que incidieron en el Interés General, lo que supuso una renegociación respecto de los términos de ampliación del plazo, precios y tarifas adicionales:

Los contratistas de la ruta Buenos Aires-Mar del Plata habían asumido en un principio la concesión de la ruta por el sistema de concesión de obra pública. Posteriormente, por una diferente valoración del interés público (provocado entre otras razones por los fatales accidentes que se producían en la misma), se produjo la reconversión del contrato a través del sistema de obra pública y de concesión de obra pública conjuntamente, ya que se incorporaba como obligación de la contratista la construcción de una autopista que otorgara mayores seguridades a los usuarios, hasta la ciudad de Dolores (Dromi, 1998, p. 348).

La ecuación política, se refleja en el cumplimiento efectivo del principio de interés público, desarrollado o presente, en el objeto del contrato.

- *Criterio de Ecuación Ética.*-

Existe también la ecuación ética que rige en los momentos de: Negociación, celebración y ejecución del contrato. Esta puede alterarse cuando existan actuaciones indebidas de corrupción, como freno a ello, ciertos estados han decidido pactar cláusulas sancionatorias en sus contratos cuando el monto contractual sea cuantioso; sin embargo, estas deben respetar ciertos parámetros de equidad, puesto que, los funcionarios públicos también se reputan como sujetos activos de los actos de corrupción, para que se verifique la actuación ilegal, una condición es la recepción de coimas para la adjudicación. Aquí se verifica la doctrina de las manos limpias, si como Estado se busca ejecutar una multa por este tipo de conductas, se tiene que tener las manos limpias para hacerlo, es decir, no haber sido parte del incumplimiento que gatilla la sanción. Estas cláusulas deben, también, respetar las prácticas reconocidas internacionalmente en forma consuetudinaria y por algunos ordenamientos internos como es el lobby.

Existen otros derechos que surgen en esta fase como son: a) el mantenimiento de los derechos acordados, entendido como un límite al derecho de mutabilidad del que dispone la Administración Pública; b) eximentes de responsabilidad que amparan al contratista cuando se verifiquen situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o causas atribuibles a la Entidad contratante; c) la *exceptio non adimpleti contractus*, o facultad de suspender la ejecución del objeto contractual por causas atribuibles al Estado, por ejemplo pagos extemporáneos, falta de pago, etc.; d) indemnizaciones por alteraciones que se den sobre la ejecución por dos causas:

a) Incumplimiento de la Administración Pública.-

Se verifica cuando la Entidad contratante no cumple ni respeta las obligaciones que surgen del contrato, el producto de este incumplimiento es la responsabilidad contractual, que deberá ser reconocida por un órgano judicial, último, que debe también, precisar el monto de resarcimiento por la afectación al contratista. La Administración podrá reconocer propiamente su responsabilidad –en la práctica es complejo que ello acontezca– y dicha responsabilidad puede surgir, también, cuando el Estado abuse de su facultad de mutabilidad de las condiciones.

b) Hecho de Príncipe o Acto del Estado.-

Esta causa se verifica por actuaciones de la administración, ya sea por actos administrativos o actos normativos que afecten directamente los derechos del particular (Martínez, 2014, p. 6).

El acto que sea lesivo a los derechos del contratista debe provenir necesariamente de la Entidad u Órgano que celebró el contrato, caso contrario, si es atribuible a una organismo estatal ajeno a la relación, se verifica la teoría de la imprevisión, que será analizada en adelante; así lo manifiesta Dromi (1998, p. 354):

En el supuesto en que el acto lesivo a los derechos del contratista, provenga de una autoridad pública de una esfera de competencia distinta de la que celebró el contrato, v.gr., un contrato celebrado por una provincia que se vea alterado por resoluciones emitidas por la autoridad nacional, estaremos en presencia de la imprevisión, por ser el acto lesivo ajeno o extraño a la autoridad estatal que celebró el contrato, circunstancia que torna aplicable la teoría de la imprevisión.

Y para establecer la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual –la segunda surge por el hecho de príncipe– el mismo autor establece:

“Esta teoría se aplica a toda clase de contrato administrativo, pero solamente en los casos de alteración contractual por actos de alcance general, ya que los de alcance particular dan lugar a la responsabilidad contractual del Estado”.

Entonces, surgen dos responsabilidades, la primera contractual y directa, por efecto de resolución del contrato, cuando se verifique un incumplimiento del Órgano estatal que celebró el contrato. En segundo lugar, la responsabilidad extracontractual, de carácter general e indirecto, surge por actos o hechos de la administración que puedan afectar el desenvolvimiento del contrato.

Finalmente, partiendo de la distinción que se realizó con la responsabilidad que surge del hecho de príncipe, existe la c) Teoría de la imprevisión como mecanismo de tutela de la ecuación económico-financiera.

3.3.2.1 Teoría de la Imprevisión.

Esta teoría ha sido acogida por diversas legislaciones, pertenecientes a países, que incluso tienen sistemas de derecho distintos –common law y corriente romanista-, por citar y analizar algunos, los sistemas normativos de Estados Unidos y Francia. El segundo niega su aplicación en los contratos civiles, pero acepta su validez en los contratos administrativos.

a) Caso Americano.-

En derecho estadounidense, la excesiva onerosidad sobreviniente es tratada en particular bajo la noción de *commercial impracticability* o simplemente *impracticability*. Esta doctrina ha sido aceptada desde *Mineral Park Land Co. v. Howard*, caso en el cual la Corte Suprema de California reconoció que el deudor podía ser excusado cuando el cumplimiento de su obligación se había tornado impracticable, i.e., “solo podía realizarse a un excesivo e irrazonable costo” para aquel. Esta doctrina fue más tarde reconocida en el artículo 2, sección 615 del *Uniform Commercial Code...* y en el comentario a) al párrafo 261 del *Restatement (2nd) of Contracts...* (Momborg, 2010, p. 46).

b) Caso Francés.-

El autor Rodrigo Momborg Uribe (2010, p. 50) establece, en un inicio, la negación de la teoría planteada en el derecho civil francés:

La procedencia de la teoría de la imprevisión (*théorie de l'imprévision*) y por consiguiente, la posibilidad de la revisión del contrato en el Derecho Civil francés para el caso no previsto en el *Code Civil* en que la obligación de una de las partes, aun cuando técnicamente posible de cumplir, devengue en excesivamente onerosa, ha sido constantemente denegada por la *Cour de Cassation* francesa.

Sin embargo, a reglón seguido determina su factibilidad en la concreción a los contratos administrativos:

En derecho administrativo la situación es diversa, ya que el *Conseil d'État* (tribunal superior en esta materia) ha admitido desde 1916, en el denominado caso *Gaz de Bourdeaux* (C.E., 30 de marzo 1916), la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos. Basada en el principio de continuidad del servicio público, ella se manifiesta en la invitación a las partes a renegociar los términos del contrato. A falta de acuerdo, el juez administrativo está facultado para fijar una indemnización a favor de la contraparte de la administración pública, sin revisar los términos del contrato.

La jurisprudencia francesa ha ido modificando su tendencia con los años, y ha terminado por aceptar el *hardship* y su aplicación, sin distinción, tanto en el derecho contractual administrativo como en el civil; siempre y cuando se verifiquen determinadas circunstancias, a decir del autor:

En sus decisiones, *la Cour* ha precisado que el desequilibrio contractual debe producirse precisamente como consecuencia de un cambio imprevisto y sobreviniente de circunstancias durante el período de ejecución del contrato. Un desequilibrio presente al momento de la celebración del contrato no puede ser considerado como contrario a la buena fe, en virtud del principio de libertad contractual y la presunción de igualdad entre las partes, que siguen siendo pilares del derecho de contratos (Momborg, 2010, p. 51).

La teoría se construye sobre los pilares de buena fe contractual y deber de renegociación de la partes.

Los doctrinarios argentinos también han generado un desarrollo relacionado con la figura, para definir el *Hardship* como mecanismo jurídico de equilibrio aplicable a los contratos bilaterales. Es preciso analizar el concepto propuesto por el doctrinario Roberto Dromi (1998, p. 355), quien establece que son:

Circunstancias extraordinarias anormales e imprevisibles, posteriores, y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del contratista, es obligación del Estado asistirlo para que pueda cumplir el contrato. Es la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos.

A su vez, la autora Manuela Canal Silva (2016, p. 148), respecto de la identificación y particularización de la imprevisión, determina que:

Las causas imputables a la Administración se ubican en el incumplimiento de las entidades estatales, el ejercicio de las prerrogativas contractuales del poder público y el hecho del príncipe; el segundo grupo, correspondiente a los hechos imprevistos y ajenos a las partes, se identifica con la aplicación de la teoría de la imprevisión

De acuerdo a la categorización realizada por los tratadistas, es necesario realizar una precisión para evitar yerros o incertidumbre en la aplicación de la Teoría de la imprevisión. La distinción que deberán realizar las partes y el juzgador se explica por medio de la siguiente tabla:

Tabla 4: Paralelo Explicativo para la Verificación del Hardship.

PARALELO PARA LA VERIFICACIÓN DEL HARDSHIP			
FIGURA	<i>Responsabilidad Contractual</i>	<i>Responsabilidad extracontractual</i>	<i>Teoría de la Imprevisión</i>
SUPUESTO DE HECHO	Incumplimiento directo o indirecto de las obligaciones y condiciones previstas en el contrato.	Hecho de Príncipe; actos o hechos lesivos a los derechos del contratista, ocasionados directamente por la Entidad Contratante.	Circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que alteren las condiciones previstas y la ecuación económico financiera
CAUSA	surge por el contrato	surge con ocasión del contrato	surge por la alteración de la ecuación económica

Fuente: Elaboración Propia.

Entonces, las características necesarias para que se constituya la Teoría de la Imprevisión, son de dos fuentes: a) temporales y b) de inimputabilidad. Las primeras, requieren, que las circunstancias sean sobrevinientes a la ejecución del contrato, es decir posteriores, pero, con carácter de temporales y transitorias; y, en segundo lugar, que no sean imputables a las partes, especialmente al órgano estatal, pues podrían existir confusiones con las responsabilidades contractual y extracontractual.

3.3.2.2 Fórmula de Aplicación.

Para evitar este tipo de complicaciones, De la Maza (2010) citado por el autor Juan José Martínez Layuno (2014, p. 6-7) propone una fórmula –dentro de las limitaciones de su subsunción a una rama social como es el derecho- de aplicación, mediante un test de imprevisión, partiendo de las siguientes interrogantes: “(...) 1°. Qué situaciones constituyen una alteración sobrevenida de las circunstancias; 2°. Cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha alteración”.

Y continúa:

Así, todo problema de equilibrio económico debe resolverse según una fórmula conforme a la cual, primero, distinguimos si estamos o no frente a un imprevisto sobreviniente que altera el equilibrio económico del contrato. Esto es, si la

situación... logra o no encajar en las fórmulas entregadas por la ley, se trata de un “hecho del príncipe” o los supuestos hacen aplicable la teoría de la imprevisión.

El razonamiento se apega al desarrollo de los autores citados con anterioridad, pero, adicionalmente, agrega el deber legislativo de desarrollar los parámetros para la distinción de las figuras que son objeto de análisis.

La fórmula inicial, propuesta por Martínez, supone ciertos pasos:

a) Imprevisto sobreviniente.-

En primer lugar, con relación al punto “1º” la verificación de lo que se denomina como imprevisto sobreviniente. Corresponde al juez valorarlo, de partiendo por la diferenciación entre las responsabilidades que surgen por incumplimientos típicos de la Entidad respecto del pacto, o, en su defecto por Hecho del Príncipe; deberá también, el juzgador que conozca el caso, valorar la temporalidad [sobrevinientes a la ejecución/transitorias]; y la no imputabilidad a las partes [hechos o circunstancias ajenas a las partes]; así como también, determinar si la imprevisibilidad corresponde a las afecciones o consecuencias económicas; y, finalmente, si se produce un déficit importante no sólo lucro cesante.

b) Nexo de Causalidad y Afectación del Equilibrio Económico Prestacional de las Partes.-

La parte que alegue la teoría de la imprevisión, deberá justificar, de manera fehaciente, un nexo de causalidad entre “el imprevisto sobreviniente” y “la afectación del equilibrio económico prestacional de las partes”. La condición del último elemento debe, necesariamente, representar una afectación a la ecuación económica financiera del contrato.

La afectación del equilibrio Prestacional de las Partes, tiene relación directa con la “Dimensión Monetaria” o “Umbral de afectación”, para el cumplimiento de este requisito “(...) no es suficiente la simple alegación haber sufrido gastos, sino que, “deben acreditarse los desembolsos en que efectivamente se habría incurrido” (Martínez, 2014, p. 14).

Respecto del *Umbral de afectación*, cuerpos de *soft law* como los Principios UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), en PECL (Principles of European Contract Law) –referentes a la unificación del derecho comercial internacional- buscan determinar un criterio de medición exacto para la aplicación de

hardship clauses o *cláusulas de imprevisión*, es decir aplicar una tasación porcentual para determinar la afectación.

Como se refirió en la teoría de la excesiva desproporción, establecer un quantum de afectación específico podría resultar inoficioso, y dejar de lado casos que requieran la aplicación de las teorías de equilibrio. Por otro lado, el criterio de *onerosidad* e *imprevisión* puede dar lugar a interpretaciones y subjetividades del juzgador. La incógnita se mantiene, ¿es preciso establecer un monto exacto que determine el perjuicio como condición de aplicación de las teorías?

Sin una medida y con un régimen abierto, Girgsberger y Zapolskis (2012) citados por Martínez (2014, p. 15) demuestran que del análisis de resoluciones de “arbitrajes internacionales un aumento en los costos de 13%, 30%, 44% o 50%, no calificaban como imposibilidad”, el deber, es entonces, encontrar un factor de medición entendido como mecanismo de interdicción de la discrecionalidad. La presente investigación se inclina por los criterios de racionalidad del juzgador o árbitro, en aplicación de la fórmula que se propone, siempre que sea acogida por el ordenamiento legal.

Si se cumplen con los requisitos expuestos, a decir de Martínez Layuno (2014, p. 7) los siguientes pasos son:

(...) si la situación constituye una alteración sobrevenida, el segundo paso es hacer uso de los criterios que se señalan aquí para analizar las consecuencias jurídicas de la alteración y saber de qué manera se distribuirá el riesgo para saber si habrá o no una compensación y como puede delimitarse su monto.

Entonces, compete en primer lugar, a la parte que alega la imprevisión, la demostración mediante medios probatorios que justifiquen la ***atribución del riesgo*** como deber de previsión, es decir, la determinación de la parte contratante que podía evitar el daño al menor costo. En segundo lugar, como deber de la parte y el juzgador, [la primera para demostrar, el segundo para resolver] ***la cuantificación de la compensación***. Las fases citadas no son distantes, tienen relación directa, pues, la atribución del riesgo es parte necesaria para determinar la procedencia de la compensación. Por razones explicativas se analizará primero la Compensación.

c) Compensación.-

De acuerdo a la jurisprudencia administrativa francesa (2000) citada por Martínez Layuno (2014, p. 12-13), existen ciertos límites para la aplicación de la teoría de la

imprevisión, mismos que deben ser apreciados como estándares de aplicación para el juez al momento de la cuantificación de la compensación.

Los límites son:

- Determinación de la fecha a partir de la cual el contratista tienen derecho a la compensación, vía indemnización o posibilidad de acceder a la utilidad esperada. Esto de acuerdo a dictámenes de peritos expertos que determinen la variación del precio y las alteraciones sobrevinientes, así como los recaudos y afectaciones a la utilidad.
- “Calcula la carga extracontractual, esto es, el monto del déficit provocado por la ejecución del contrato durante el período en que la ejecución del contrato fue trastornada por circunstancias imprevisibles” (Martínez, 2014, p. 12).
- Evalúa el monto de la indemnización o compensación que nunca cubre la integralidad del perjuicio causado, pero el contratista afronta una parte mínima de la *carga excepcional*, relacionada al 5% o 10% de la misma.

De manera conexas, para determinar la proporcionalidad del perjuicio que soporta el contratista, el juzgador deberá analizar ciertos factores como:

- La situación financiera de la Empresa, de acuerdo a información y criterios técnicos.
- “Los beneficios obtenidos en el pasado y las ventajas esperadas para el futuro”.
- La diligencia debida que tuvo el contratista para afrontar las circunstancias sobrevinientes. Esto tiene incidencia directa en la atribución del riesgo, pues existe la posibilidad que el contratista pretenda trasladar su propio riesgo a la Administración Pública.

En relación al punto final, la *diligencia debida*, es un factor fundamental que debe presentarse para la configuración de la *teoría de la imprevisión*, ya que, cuando el contratista haya tomado los recaudos necesarios para que el objeto contractual se realice de manera eficiente –relación directa: no tener responsabilidades contractuales futuras por incumplimiento- y no cause perjuicio los destinatarios del beneficio, los usuarios.

Cousy (2006) y Owen (2000) citados por Martínez (2014, p. 13), arriban a un concepto de *compensación*: “(...) la compensación supone la posibilidad de revertir o

remediar una situación, y su objetivo es **restaurar la posición que tenía la parte que demanda si el daño no se hubiera provocado** (...).”

Claramente, el concepto es restitutivo de una situación anterior, pero en lo referente a las *ganancias futuras*, el carácter de la compensación no supone el reconocimiento de ese monto, sino la posibilidad del contratista de acceder a ello, en los parámetros reconocidos razonablemente en el contrato, y así lo advierte Martínez (2014, p. 13):

“(...) si el daño se hubiera provocado, en el caso de ganancias futuras, lo importante es que **debe dejarse a la parte en la posibilidad de percibir esas ganancias, pero el resultado del litigio jamás puede ser que la parte obtenga esas ganancias.**”

En esos términos procede la compensación sobre daños efectivos y afectaciones en ganancias futuras, cuando se verifique el siguiente elemento.

d) Atribución del Riesgo.-

Este último requisito, como se expuso, tiene íntima relación con el elemento de determinación de la compensación: *Diligencia debida del contratista* o *Actitud de la Parte Dañada*.

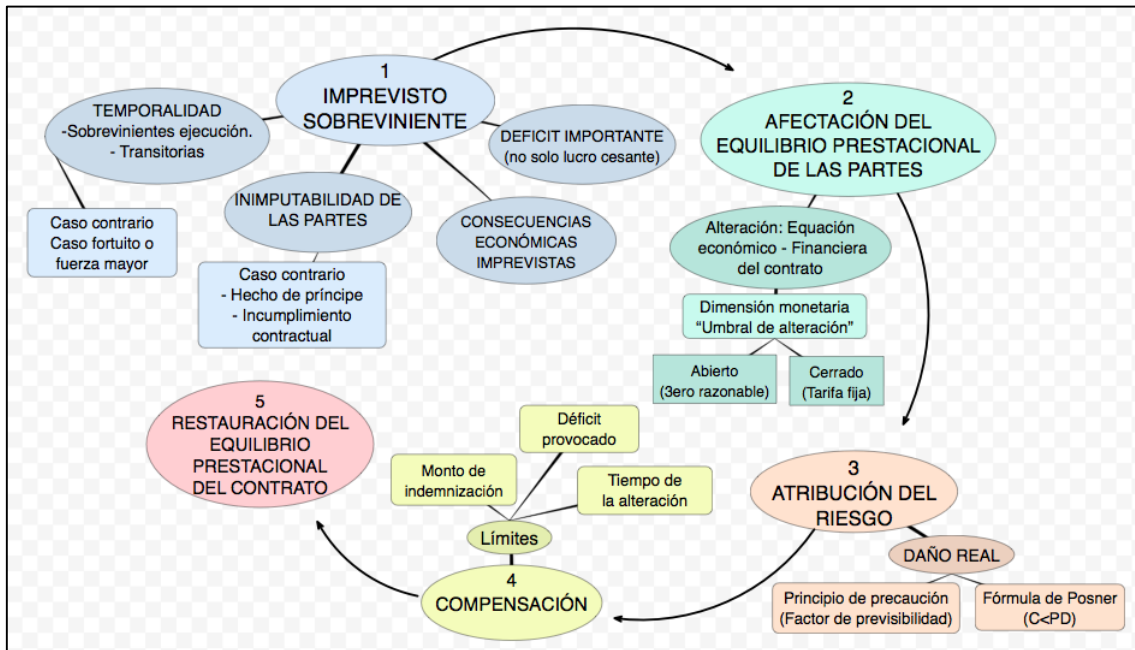
Para la configuración de este elemento, es necesario seguir dos pasos. En primer lugar, verificar si la parte dañada tomó todas las previsiones necesarias, ejecutó las medidas necesarias, facultadas por la ley, para afrontar los costos excesivos [Principio de Precaución]. Luego de esta verificación, es necesario someter la actitud de la parte dañada a la fórmula de Posner (2011):

$$C < PD$$

Donde el Costo (C) de tomar las medidas debe ser mucho menor que la Probabilidad (P) de que se produzca el Daño (D). Si el producto de P x D es mayor que C, existe un deber de cuidado para aquel que demanda el daño pues podía evitarlo (y era más barato que el costo que ahora sufre). La probabilidad del daño puede ser calculada mirando casos similares... Se trata, en suma, de **quién puede evitar el daño al menor costo** (Martínez, 2014, p. 16).

Condensando el proceso en un gráfico explicativo, titulado como: “Fórmula Inicial de Aplicación de la Teoría de la Imprevisión” se obtiene la siguiente figura:

Figura 3: Fórmula Inicial de Aplicación de la Teoría de la Imprevisión.



Fuente: Elaboración propia, con parte de contenidos del autor Juan José Martínez Layuno, 2014, p. 5-6 / 13-16.

Es necesario destacar que, la aplicación de la fórmula, garantiza objetividad en el proceso, determinando un paralelismo entre la optimización de la obra, y también, evitando daños al contratista, propendiendo hacia un equilibrio en el que la compensación, en ninguna instancia, represente un lucro adicional al contratista; siempre y cuando se cumplan con los pasos, y, converjan la totalidad de elementos requeridos; todo, sustentado y fundamentado por un ejercicio probatorio [partes] y racional-resolutorio –estricta motivación de necesidad- [Juez o árbitro].

3.3.3 Remedios Procesales Frente al Desequilibrio Económico Contractual.

3.3.3.1 Nulidad o Reforma del Texto (*Gross Disparity*).

La nulidad es la figura jurídica que sanciona las actuaciones que hayan nacido a la vida jurídica de manera patológica, o, en su defecto, se reputen inexistentes. Esos defectos en la formación de los actos, determinan, si los mismos causan efectos jurídicos o no, es decir cumplen a cabalidad con el objeto para el cual fueron creados. Este razonamiento ha sido desarrollado por la teoría francesa o clásica:

Hace una clasificación bipartita de carácter formal, de aquellas conductas humanas que **no generan la plenitud de sus efectos jurídicos, ya sea porque no**

**los generan o sólo los generan de manera parcial y así se refiere la:
Inexistencia y nulidad.**

El problema ha sido planteado, en la doctrina y legislaciones de los estados, desde la distinción inicial, entre: Inexistencia, nulidad relativa, nulidad absoluta y anulabilidad. Para el abordaje específico, es necesario establecer anticipadamente, que su tratamiento difiere en el derecho civil y en el derecho administrativo, pues las causas de nulidad pueden afectar al acto administrativo y al contrato administrativo, en cada caso son distintas.

En el mundo de los contratos, a medida de resumen, la inexistencia es la figura correcta de aplicación, para los actos que no surten efectos definitivos en el mundo jurídico, ya que las causas que los afectan no son susceptibles de convalidación. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se ha regulado la inexistencia y existe una confusión, pues para los casos de inexistencia aplica la nulidad absoluta.

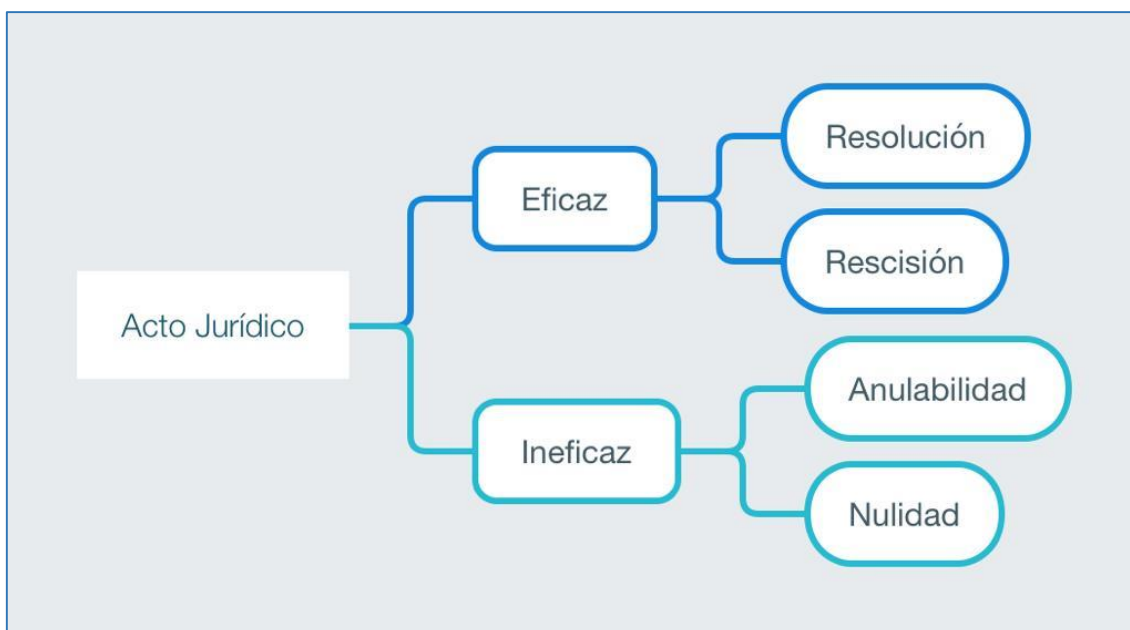
En el derecho administrativo contractual, las instituciones refieren causales específicas para que proceda una declaratoria de nulidad, sin embargo, por pertinencia, únicamente se referirá la causal que requeriría la nulidad por afectaciones al equilibrio contractual.

La nulidad debe estar expresamente referida y prevista con antelación en el ordenamiento jurídico. Este requisito es un condicional para la aplicación de esta teoría en Ecuador, porque es necesario un acto legislativo previo para su vigencia. Esto lo advierte Beladiez (1994, p. 155):

Es sabido que la categoría jurídica de la inexistencia surge al configurarse la nulidad como una sanción que sólo podía imponerse cuando existiera una norma que lo dispusiera expresamente (idea que se expresa en la vieja máxima francesa *pas de nullité sans texte*) (...).

Para determinar cuál es el camino de nulidad que debe seguirse, es preciso referirse a la siguiente figura: Cuadro Distintivo de Nulidad.

Figura 4: Cuadro Distintivo de Nulidad.



Fuente: Dr. Cristhian Northcote Sandoval, 2010, Anulabilidad y nulidad del acto jurídico (Parte I), Actualidad Empresarial, N° 219 – Segunda Quincena de Noviembre 2010

El Dr. Cristhian Northcote Sandoval (2010, p. VIII 1) establece una clara distinción, en primera instancia, refiere la eficacia e invalidez:

Un acto ineficaz puede ser válido o inválido. Un acto ineficaz válido será aquel que contiene todos los requisitos de validez establecidos por ley, pero que ha sido afectado por una causal que origina la imposibilidad de que surta efectos.

Así, serán actos jurídicos válidos pero ineficaces aquellos actos afectados por una causal de resolución o de rescisión.

Respecto de la resolución: “(...) La resolución es la figura por la cual un acto jurídico, válidamente celebrado, es extinguido durante su ejecución por una causal originada precisamente en su ejecución (...)”.

Al referirse a la rescisión: “(...) La rescisión es aquella figura por la cual un acto jurídico válido se torna ineficaz debido a que se produce su extinción por una causal originada en la celebración del acto (...)”.

En el presente análisis, no aplica a la teoría de la desproporción la sanción por resolución o rescisión.

Respecto de la **anulación y la nulidad**: “(...) un acto jurídico puede ser ineficaz por un **defecto que origina su invalidez**, pudiendo tratarse de un supuesto de **anulabilidad o de nulidad** (...) la anulabilidad del acto jurídico es aquella figura por la

cual un acto jurídico pierde su eficacia al encontrarse inmerso en alguna causal que afecta su validez, de acuerdo a lo previsto por ley. Es decir, las causales de anulabilidad, así como las de nulidad, son previstas por ley (...)

La anulabilidad y nulidad tienen en común dos supuestos, en primer lugar, sancionan actos jurídicos inválidos e ineficaces; y, segundo, responden a causales estrictamente previstos de manera previa por el ordenamiento normativo.

La diferencia entre estas figuras radica en la facultad de convalidación que otorga la anulabilidad, y, por el contrario, la nulidad supone una sanción definitiva, y así lo advierte el doctor Northcole (2010, p. VIII-3): “(...) la nulidad del acto jurídico determina la invalidez del acto y, a diferencia de la anulabilidad, no admite convalidación, es decir, el acto nulo permanecerá nulo y no podrá surtir efectos bajo ninguna circunstancia (...)

La anulabilidad en derecho administrativo responde a dos criterios de revisión que tiene la Administración Pública, respecto de sus propias actuaciones, por razones de legitimidad u oportunidad en instancia administrativa, o en sede judicial por medio de la interposición del recurso de lesividad. El recurso de anulación previsto en el Código Orgánico General de Procesos, responde a otro efecto y no se relaciona con el efecto de la anulabilidad de los actos jurídicos, en esta última acción jurisdiccional el legislador ecuatoriano ha determinado el mecanismo de control de los actos de carácter general y objetivo, abstractos y permanentes que supongan un conflicto normativo.

Las alteraciones a la ecuación económico financiera del contrato, por la verificación de cláusulas abusivas, requieren de la declaratoria de nulidad, pues, si bien la patología surge en la formación de la voluntad que sella el acuerdo obligatorio para las partes –lo que podría referir una causa de rescisión-, la desproporción de la cláusula o contrato esconden una desviación de poder, el abuso de las atribuciones exorbitantes y discrecionales del Estado.

La actuación de las entidades públicas es validada por la representación del interés general colectivo, el ejercicio efectivo de las potestades otorgadas por el encargo social; todo acto, atribución de sanción o terminación deben responder a dicho objeto, lo contrario a ello ocasiona una conducta irreparable.

Las cláusulas abusivas contravienen principios reconocidos por la ley de la materia (LOSNC), el trato justo, la equidad y la buena fe, deben ser observadas por los contratantes en los procesos de contratación pública.

Para la procedencia y aplicación de la teoría de la excesiva desproporción debe existir un ejercicio legislativo previo, pues las causales de nulidad son tasadas y responden al principio de legalidad: “(...) Las causales de nulidad de un acto jurídico deben estar señaladas por ley y no se pueden presumir (...)” (Northcole, 2010, p. VIII-3).

Finalmente, no deben confundirse las causales de nulidad del acto administrativo (falta de competencia, objeto o causas ilícitas, vicios de forma y motivación) de esta causal específica de nulidad contractual.

El desequilibrio es una patología que afecta a una de las partes, imponiéndole cargas que no está llamada a soportar, generando un perjuicio y desventaja, por ello, es el derecho el llamado a restituir ese quiebre.

3.3.3.1 Renegociación del Contrato (*Hardship*).

La negociación es un remedio menos invasivo, pues, a diferencia de la nulidad, busca la menor afectación al principio *pacta sunt servanda*, ya que el objeto de los convenios y contratos es, ser respetados, cumplidos y ejecutados, respetando así el principio de continuidad. Este mecanismo aplica a la teoría de la imprevisión, pues, la misma se verifica en la ejecución del contrato, y se da por causas que no son atribuibles a las partes, entonces mal podría una de ellas soportar la máxima sanción en derecho, si no ha sido la causante del desequilibrio.

Esta herramienta de restablecimiento del equilibrio contractual no aplica a la teoría de la desproporción, ya que esta supone un aprovechamiento injustificado de una de las partes, lo que deviene en mala fe.

**CAPITULO IV: ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO
RESUELTO POR EL CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES (CIADI): Occidental Petroleum Corporation
(OXY), Occidental Exploration and Production Company
(OEPC), en contra de La República del Ecuador.**

4. Análisis del Laudo emitido por el Tribunal Arbitral, Conformado por: Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., como Presidente; Sr. David A.R. Williams, Q.C.; y Profesora Brigitte Stern, en Calidad de Co-árbitros, Notificado a las Partes el 05 de Octubre de 2012.

El análisis del presente capítulo, es referente al contenido del Laudo arbitral referido en el título inicial, y se refiere a la sección: páginas 34-200.

4.1 Tabla de Abreviaturas para el Análisis del Caso.

Tabla 5: Abreviaturas Correspondientes al Análisis del Laudo Arbitral.

ABREVIATURA	DEFINICIÓN
OXY	Occidental Petroleum Corporation
OEPC	Occidental Exploration and Production Company
ECU	República del Ecuador
Petroecuador	Compañía petrolera estatal de la República del Ecuador y sucesora de Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (“CEPE”). Hoy, Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador.
DNH	Dirección Nacional de Hidrocarburos
MEM	Ministerio de Energía y Minas de la República del Ecuador
AEC	Alberta Energy Corporation
TBI	Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
CP	Contrato de Participación celebrado entre Occidental Exploration and Production Company y Petroecuador.
Convenios de Explotación	Convenios de Explotación y Exploración celebrados entre Occidental Exploration and Production Company y Petroecuador.
CFO	Contrato de <i>Farmout</i> celebrado entre Occidental Exploration and Production Company y Alberta Energy Corporation
COC	Convenio de Operación Conjunta celebrado entre Occidental Exploration and Production Company y Alberta Energy Corporation
MR	Moores Rowland Empresa Auditora Contratada por Ecuador
PGE	Procurador General del Estado Ecuatoriano
DC	Decreto de Caducidad emitido por el Mministro de Energía y Minas del Ecuador
IVA	Impuesto al Valor Agregado
LH	Ley de Hidrocarburos
Constitución de la República del Ecuador	Constitución del Ecuador del año 1998

Fuente: Elaboración Propia con contenido del Laudo Resolutivo del Caso Oxy en contra de la República del Ecuador (2012).

4.2 Breve Referencia al Componente Fáctico que Antecede a la Controversia.

Lord Steyn⁵: “En la ley, el contexto es todo”

Es preciso, establecer claramente cuál es el objeto principal que suscita, en resumen, la controversia entre las partes. El problema surge en base a una serie de supuestos incumplimientos por parte de ECU a su legislación interna, al TBI, así como también a la jurisprudencia internacional relacionada con inversiones.

La relación de la demandante –OEPC- y la demandada –ECU- surge por la vigencia de las cartas contractuales: CP y Convenios de Explotación, celebrados por las partes procesales. Petroecuador comparece, por medio de sus mandatarios, en representación de ECU, para la firma, el 21 de Mayo de 1999. El CP nació con el objeto de viabilizar la exploración y explotación de hidrocarburos, presentes en el sector: bloque 15 de la Amazonía ecuatoriana, a esto se suman los Convenios de Explotación. A pesar que el plazo de duración estipulado en el CP estuvo previsto desde la fecha de celebración hasta el año 2012; el 15 de mayo de 2006 el representante del MEM dicto el DC, acto facultativo para que Petroecuador pueda dar por Terminado de forma anticipada y unilateral el CP.

Previo al relato de los antecedentes de hecho, se deben definir ciertas particularidades, referentes al contexto en el que se desarrolló la relación contractual, y cuál fue el mecanismo participativo acordado. OEPC en calidad de contratista se comprometía a realizar la exploración y explotación conjunta con Petroecuador; por su parte a ECU, propietario del petróleo explotado y refinado, le correspondía reconocer los gastos en los que incurra OEPC, así como el pago en participación de una parte porcentual del petróleo; todo en base a una ecuación prevista en el CP.

En resumen, en el período 1999-2006, OEPC obtuvo el 70% del petróleo explotado, y el saldo restante era entregado a Petroecuador, sin embargo, al porcentaje del contratista se realizaban reducciones por gastos en maquinarias, tecnologías, pago de tasas e impuestos; lo que al final, dejaba un margen real de ganancias totales equivalente a un 30%; y lo restante era ganancia efectiva de Petroecuador.

⁵ R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly [2001] 3 All ER 433 párrafo 447 [“In law, context is everything”].

Bajo estas consideraciones, OEPC podía disponer libremente del petróleo entregado a su favor por concepto de porcentaje de participación, podía también, destinarlo a la comercialización posterior, a reservas, etc., pero, no podía transferir o ceder participaciones directas del CP de manera libre, pues, este acto estaba supeditado a autorizaciones gubernamentales de ECU. Todo esto de acuerdo a las cláusulas 16.1, 16.2, 16.4, 16.5 de la sección de Transferencia y Cesión de Participaciones perteneciente al CP; así como de las cláusulas 21.1.1, 21.1.2, 21.3 referentes al capítulo de Terminación y Caducidad del contrato mencionado; y, relacionado directamente, con disposiciones normativas contenidas en el artículo **74 numerales 1, 11, 12, 13** y artículos **75, 76, 77, 79** de la LH (énfasis agregado).

Con estas precisiones preliminares, se procede a realizar un resumen fáctico-cronológico de los acontecimientos más importantes, considerados por el Tribunal Arbitral para su resolución.

- i. En el año 2000, OEPC y AEC –otra empresa dedicada a la exploración y explotación de hidrocarburos- realizan una Carta Intención, en la que manifestaban su voluntad, tendiente a la celebración de un CFO⁶. Mediante este contrato se pretendía alcanzar los elementos que ya se manifestaban en la Carta de Intención: OEPC otorgaba como objeto de *farmin* el *interés económico* sobre la explotación exclusiva que tenía sobre el bloque 15 por el CP, y como tercero beneficiario se encontraría AEC [*Farmee*], quién debería –como contraprestación- entregar a OEPC [*Farmor*] una cantidad determinada de dinero [*inversión*].

⁶ What is Farmout

Farmout is the assignment of part or all of an oil, natural gas or mineral interest to a third party for development. The interest may be in any agreed-upon form, such as exploration blocks or drilling acreage. The third party, called the "farmee," pays the "farmor" a sum of money up front for the interest and also commits to spending money to perform a specific activity related to the interest, such as operating oil exploration blocks, funding expenditures, testing or drilling. Income generated from the farmee's activities will go partly to the farmor as a royalty payment and partly to the farmee in percentages determined by the agreement...

A company may decide to enter into a farmout agreement with a third party if it wants to maintain its interest in an exploration block or drilling acreage but wants to reduce its risk or doesn't have the money to undertake the operations that are desirable for that interest. Farmout agreements give farmees a potential profit opportunity that they would not otherwise have access to. Government approval may be necessary before a farmout deal can be finalized.

De esta manera OEPC reducía su inversión de *capital propio*, lo que tenía como efecto directo la *reducción del riesgo*, por conformarse un *riesgo compartido* con AEC. Según la Carta, las partes pretendían transferir, bajo la modalidad de *interés económico*, el 40% del 100% de ganancias totales que recibía OEPC por el CP –esto es 30% de la explotación del bloque 15 con las reducciones pertinentes-. Por el beneficio mencionado AEC se comprometía a pagar la cantidad total de 180 millones de dólares americanos, como monto total, divididos en un anticipo de 70 millones y pagos posteriores de cuota.

- ii. En resumen, la celebración del CFO fue un hecho predecible, por la conveniencia económica que el mismo otorgaba a las dos partes, e incluso al desarrollo económico de ECU. El Contrato estuvo previsto en dos fases, que en resumen contenían lo siguiente:

Primera Fase: “ingresos”.-

AEC obtenía el 40% del interés económico, interés de trabajo o interés participativo, referentes a la propiedad de OEPC otorgada por el CP, en la explotación del Bloque 15.

OEPC seguiría siendo propietaria del *título legal* del 100% del CP, por lo que el título de la propiedad sujeta a *farmout* corresponde únicamente a OEPC [*Farmor*], última que representa los intereses de AEC [*Farmee*].

Como contraprestación corresponde a AEC entregar a OEPC el pago de 180 millones de dólares, en los términos previstos en el contrato, por el interés económico que se le entrega; y, a su vez, cumplir con las condiciones previstas en un contrato paralelo y conexo al CFO, el COC.

OEPC tenía la obligación de obtener las autorizaciones gubernamentales [Autorización del representante del MEM].

Sólo y bajo esas condiciones –condicional futuro- se podría dar inicio a la segunda etapa del CFO, es decir una vez que AEC acredite el pago y cumplimiento de condiciones, y que OEPC obtenga los permisos y autorizaciones gubernamentales para el traspaso y cesión efectiva del título legal correspondiente al 40% de participación sobre el bloque 15 en virtud del CP.

Segunda Fase: Transferencia del Título Legal.-

Una vez cumplidas las condiciones, se prevé el inicio de la segunda etapa, concerniente a la “Cesión del Título Legal”. Para este efecto correspondía a OEPC haber gastado y destinado la totalidad de los valores entregados [180 millones] al bloque 15, en calidad de “operador”, respetando las condiciones y obligaciones del COC.

Finalmente OEPC debía entregar todos los documentos y habilitantes necesarios para el traspaso del título legal a AEC como propietaria del 40% de participaciones en el CP.

- iii. En el mismo año [2000], OEPC Y AEC pusieron en conocimiento de los representantes de ECU y del MEM, la celebración del CFO, presentaron informes, requerimientos de información y se dieron varias reuniones entre directivos de las empresas y de la entidad estatal. Producto de estas gestiones, se arribó a la conclusión que, el CFO no configuraba un traspaso material de participaciones, sino que, dicha actuación, estaba supeditada a una condición futura de autorización gubernamental por parte del Ministro de Energía y Minas; misma que sería tramitada en el momento oportuno, conclusión que fue notificada por el Ministro del Ramo a inicios del 2001.
- iv. Las reuniones e informes se detuvieron por un lapsus considerable de tiempo, las operaciones de explotación y exploración de crudo se mantuvieron y desarrollaron con normalidad por la contratista. Sin embargo, surgió un hecho que pudo gatillar ciertas medidas fundadas en rencor. En noviembre de 2002, OEPC inició un proceso de arbitraje internacional contra Ecuador para recuperar los reintegros del IVA, y:

“(…) El 1º de julio de 2004, el Tribunal que entendía en la causa emitió un Laudo del IVA en favor de OEPC por la suma de \$75 millones, luego de concluir que la conducta de Ecuador había sido injusta y discriminatoria. El Laudo del IVA fue notificado a las partes el 12 de julio de 2004 y se hizo público inmediatamente (...)”.

Las reacciones de las autoridades de ECU, frente al Laudo del IVA, fueron claras, denunciaron su desacuerdo, viajaron y consultaron con sus abogados.

Finalmente, interpusieron un recurso de nulidad del Laudo, pero no tuvo acogida y el Laudo se reconfirmó en el 2006. Existió un malestar que quebró la relación entre OEPC y ECU, pues, los representantes de la segunda, hicieron varias referencias al problema en reuniones con los directivos de la contratista.

- v. En el año 2004, ECU, por medio de la DNH, contrató los servicios de la empresa auditora MR, para que realice un examen de las actuaciones y posible cesión de participaciones realizadas por OEPC. Entre las conclusiones de MR, las que resaltan y cobran importancia son: a) Efectivamente hubo una cesión de participaciones, misma que necesita autorización ministerial para su eficacia, y b) el CFO dependía de acontecimientos futuros.
- vi. Luego del informe final presentado por MR, OEPC presenta la solicitud de aprobación de la transferencia del título legal sobre el 40% del interés en el Bloque 15, dirigida al nuevo representante del MEM [esta solicitud nunca obtuvo respuesta]. Luego de esta solicitud, inició la emisión de informes administrativos internos, comentarios oficiales en medios por parte de directivos de la DNH y del PGE, refiriéndose a la falta de autorización. Todos estos actos coadyuvaban la tesis que OEPC había incumplido las disposiciones del derecho ecuatoriano y las cláusulas del CP.
- vii. Estas declaraciones se asentaron en actos, y frente a la solicitud presentada por OEPC –que mencionaba las solicitudes y respuestas de los años 2000 y 2001- el PGE, en el mismo año [2004], ordenó al Ministro del MEM que de por terminado el CP y los Convenios de Explotación por medio del DC, pues, en su razonamiento, la solicitante en el año 2000 cedió el 40% de sus participaciones sin autorización del Ministro del Ramo irrespetando el CP y las disposiciones de la LH.
- viii. Los comunicados y la orden expresa, causaron conmoción social y política en ECU, grupos de defensa ambiental entablaron varias manifestaciones en las calles de la capital del país. Las reclamaciones devinieron en presión de diversos órganos y representaciones del Estado hacia el Ministro del MEM. Entre las reuniones con el Ejecutivo y el PGE, los lineamientos eran

determinantes, ordenes de emitir el DC [ECU en esa época, viví una seria inestabilidad política, pues existieron varios gobiernos que no cumplieron con su periodo de elección].

- ix. Finalmente, ante la precisión, el Representante máximo del MEM, dicta el DC el 15 de mayo de 2006, fundamentando su decisión en la LH, y ordena se entregue la documentación pertinente a Petroecuador para que proceda con la Terminación del CP.

- x. Estos fueron los hechos que provocaron que OEPC proponga la demanda arbitral, estableciendo que la terminación del CP fue ilícita, pues se tomó una medida “(...) injusta, arbitraria, discriminatoria y desproporcionada (...)”. Esta medida devino en la frustración de expectativas legítimas que tenía OEPC en la inversión. OEPC estableció también, que se expropiaron las inversiones de la contratista sin siquiera mediar una compensación. En resumen, los argumentos de la demandante fueron: a) no existió una cesión material del título legal de participaciones, b) el DC fue manifiestamente desproporcional, c) en el ejercicio de una potestad discrecional, el Ministro no justificó el Interés General, pues ECU ya había evaluado el desempeño técnico de AEC, d) se verificó un trato discriminatorio, en relación con otras empresas petroleras que habían obtenido autorizaciones de cesión, e) el DC fue dictado en violación directa del derecho ecuatoriano y del TIB.

- xi. El argumento de ECU, como parte demandada, fue: La facultad expresa que el CP y la LH le otorgaban para emitir el DC y dar por terminada la relación contractual, en base al incumplimiento de la accionante. Establecieron también, por medio de sus procuradores, en su memorial de contestación, que el DC no fue sometido a control judicial ante un Tribunal Contencioso Administrativo vía impugnación, aduciendo que esa era la vía idónea. Concluyeron también que la desproporcionalidad y arbitrariedad no son admisibles si el CP y la Ley facultan y prevén una sanción.

ECU, dedujo reconvencción a la demanda, en la que, en resumen, reclama incumplimientos contractuales por falta de pagos de primas a OEPC, abuso del derecho, daños y perjuicios y daño moral.

En términos generales, estas son las actuaciones más relevantes, tomadas a consideración por el Tribunal Arbitral, y que permiten un análisis afín a la investigación sin desviar el examen a otras instituciones del derecho concebidas en otras pretensiones de las partes.

4.3 Análisis del Tribunal Arbitral.

4.3.1 Determinación del Problema Jurídico y Preguntas Preliminares.

Problema Jurídico.-

El Tribunal Arbitral realiza una concreción del problema, de acuerdo a los sucesos y circunstancias fácticas, direccionada a determinar si ECU al dictar el DE y dar por terminado el CP, lo hizo de conformidad con su legislación interna –aplicable al contrato–, en especial con la LH y su Constitución Política.

Preguntas Preliminares.-

- i. OEPC al celebrar el CFO y el COC ¿transfirió o cedió derechos previstos en el CP, creo un consorcio con AEC, en violación expresa de la LH (arts. 74 numerales 11 y 12)?
- ii. Si el Tribunal Arbitral responde afirmativamente la pregunta prevista anteriormente (i), corresponde determinar: ¿Si existieron autorizaciones gubernamentales provenientes de las autoridades de ECU para dicha cesión?
- iii. Si el Tribunal Arbitral determina que no existieron autorizaciones gubernamentales, deberá responder: ¿Si la terminación del CP y Convenios de Exploración, mediante la expedición del DC se realizó de acuerdo al derecho ecuatoriano, TBI, derecho internacional consuetudinario?, y, ¿si la sanción fue proporcionada en vista de las circunstancias?

Para este ejercicio es necesario realizar una referencia textual a ciertas cláusulas del CP:

DÉCIMO SEXTA: DE LA TRANSFERENCIA Y CESIÓN

16.1 La transferencia de este Contrato de Participación o **la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministerio del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes**; de manera especial **se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos** y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179.

16.2 La prohibición de transferir o ceder los derechos de este Contrato de Participación, sin la autorización del Ministerio del Ramo prescrita en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, no obsta para que puedan ser negociadas libremente las acciones de la Contratista sin necesidad de dicha autorización, a condición de que la negociación de dichas acciones no cambie, modifique o extinga la personalidad jurídica de la Contratista, ni constituya disminución en su capacidad administrativa, financiera y técnica con relación a este Contrato de Participación.

[...]

Y respecto de la facultad de terminación, como causal determinada en la Cláusula 21.1.2, que establecía expresamente: “(...) Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo (...)”

Con este análisis inicial, el Tribunal inicia el razonamiento del caso para su posterior resolución.

4.3.2 Existencia de una Transferencia o Cesión de Derechos del Contrato de Participación.

De la prueba documental, presentada en el caso se puede inferir, en relación al COC celebrado por OEPC y AEC, que sus cláusulas se refieren expresamente a una cesión de participaciones del CP, y, a su vez el CFO dentro de su objeto busca la formalización de una transferencia.

La propiedad sometida a *Farmout* consiste en un *interés participativo* correspondiente al 40% de la participación que OEPC tenía en el bloque 15 en virtud del CP.

La cesión total o parcial –como es el caso-, y todas sus formas, requieren autorización gubernamental, incluso es lo común en los contratos de *Farmout*. En la presente controversia es un requisito contractual y legal.

El traspaso de participaciones fue evidente, se confirma de la prueba documental y de los hechos del caso, pues, el COC disponía la conformación de una Comisión de Administración, conformada por directivos de OEPC y AEC, quienes en sendas actas se refieren a la formalización de la cesión. En estas cesiones de directorio, se trataron temas sobre la explotación del bloque 15: Que mecanismos eran los más idóneos, impactos

económicos, etc., y, para la toma de decisiones y resoluciones definitivas, AEC no sólo era consultada, sino tenía poder de veto y voto, confirmándose una vez más su participación activa.

Es decir, el argumento de OEPC, que existía una condición futura para la entrega material, previa autorización de ECU, del título legal del 40% de las participaciones del CP, se desvanece, ya que AEC tenía participación legal desde el inicio del *farmin*.

En conclusión, la transferencia de participaciones se formalizó por medio de la celebración del COC o JOA [*Joint Operating Agreements*], independientemente de que exista una expectativa futura de traspaso de título legal.

4.3.3 La Celebración del Contrato de Farmout También Constituyó una Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.

En el CFO estaba prevista la obtención de un título legal a favor de AEC. De acuerdo a las cláusulas y estipulaciones contenidas en el convenio mencionado, OEPC se mantendría en posesión del título, hasta –condicional- que se obtengan las autorizaciones gubernamentales pertinentes. A pesar de esta condición, AEC y OEPC se encontraban operando –exploración y explotación en el bloque 15- como si el título ya hubiese sido entregado.

4.3.4 Era una Obligación Correspondiente a OEPC, la Obtención de Autorización del MEM para la Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.

Los justificativos de la obligatoriedad de la autorización ya fueron citados al determinar el problema jurídico (cap. 4.3.1), y se resumen en las cláusulas 16.1 y 21.1.2 del CP.

Los fundamentos, como ya se anunció, también responden a disposiciones legales, contenidas en la LH en un capítulo titulado como: “Caducidad, Sanciones y Transferencias”, que en sus artículos puntuales establece:

Art. 74. El **Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista:**

[...]

11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, **sin la autorización del Ministerio;**

[...]

Art. 79. La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, **serán nulas y no tendrán valor alguno** si no precede autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente Ley.

[...] (Énfasis agregado).

Es necesario analizar, que de las solicitudes que OEPC realizó a los representantes de ECU mediante cartas, el Tribunal Arbitral advierte que los directivos y equipo de trabajo del contratista, no tenían un criterio definitivo sobre la necesidad de autorización gubernamental.

A decir del Tribunal, existían dos versiones:

Versión A.-

Esta versión seguramente era la propuesta y defendida por el bloque de asesores empresarios, administradores y economistas, quienes concebían al CFO como un negocio de petróleo por dinero, que permitía a OEPC afianzar su explotación en el bloque 15. En estas condiciones, AEC sería equivalente a una entidad financiera, y su garantía y beneficio sería su participación futura del 40%.

En esa lógica, las obligaciones del Contratista cedido [*farmee*], eran de “*earn in*”, es decir de inyección de capital, pago efectivo.

Según los expertos, como Andrew Rerman, quien presentó un informe detallado en el caso, en el que especificaba las particulares condiciones en las que se desenvolvía el CFO, arribando a la conclusión que: “(...) nunca existió transferencia o cesión de un título legal, OEPC podía disponer libremente de su petróleo, y AEC pagaba y recibía petróleo (...)”. Según el experto, la obtención del título estaba supeditada a un acontecimiento futuro incierto, que en caso de no acontecer, por falta de autorización, AEC tendría derecho a ser compensada.

Versión B.-

Esta versión, posiblemente estaba dirigida por el departamento legal de OEPC, quienes sostenían que, a la luz del CP y de las disposiciones vigentes del derecho ecuatoriano, se debía solicitar autorización ministerial para la celebración del farmout.

Claramente prevaleció la *Versión A*, lo que en definitiva fue una medida tomada por empresarios, que carecía de mala fe, pues, los últimos afirmaban que no se requería autorización alguna, puesto que sólo se iba a transferir un “interés económico”. Este particular, se comprueba de la forma de redacción de las cláusulas del CFO y COC, de los comunicados confusos, como la carta enviada el 25 de octubre por OEPC, en la que establecían que la autorización no era un requisito, pero al final de la misma solicitan autorización ministerial. Todo esto mostraba una conducta contradictoria, ya que OEPC requería una autorización para la fase inicial de ingresos, cuando en otros comunicados indicaba que no era necesaria. Estos actos muestran que, los representantes y equipo de trabajo tenían una confusión sobre la autorización requerida para el CFO, lo que confirma un error que no provenía de una conducta viciada por la mala fe.

A este acontecimiento se suman dos hechos, mismos que, mostraban que OEPC no tenía la intención de ocultar la celebración del CFO a ECU y sus autoridades. En primer lugar, el 01 de noviembre del 2000, OXY –compañía matriz- lanzó un comunicado por medio del cual transparenta todos los datos generales del CFO, esto rompe con la tesis de ECU que su celebración y contenido fueron reservados y realizados sin conocimiento alguno.

El segundo hecho corresponde a un memorándum interno de las representaciones de ECU, las que establecían que: AEC “tiene solvencia técnica” y que “no existiría ningún impedimento para la cesión”. En este memorándum se referían a una transferencia realizada en el pasado (primera fase del farmout) y hablaban de una cesión de derechos futuros, por lo que la confusión respecto del requisito de autorización también estaba presente en los representantes de ECU.

Incluso el representante del MEM, el 17 de enero del 2001, mantiene un criterio coherente con la *versión A*, pues del acta oficial de la reunión se determina que la autorización no era necesaria en ese momento, pues, no existió cesión aún. La autorización pertinente será solicitada por OEPC en el momento oportuno.

En conclusión, OEPC y AEC, fueron descuidadas y negligentes al momento de celebrar el CFO y el COC, pero no buscaron confundir ni ocultar estos actos a ECU, es más pensaban que estaban actuando de manera correcta.

OEPC incumplió la cláusula 16.1 del CP y el artículo 74.11 de la LH.

4.3.5 Proporcionalidad de la Sanción por la Transferencia de Derechos del Contrato de Participación.

Para el abordaje inicial de este capítulo, es necesario referirse nuevamente al informe de auditoría final presentado por MR en fecha 14 de julio del 2004, mediante este documento, se arribó a la conclusión, que el CFO contenía una cesión de derechos realizada de forma condicional a acontecimientos futuros, que podían verificarse o no. Entre sus recomendaciones, la firma auditora, sugirió se tramite en ese año, la autorización gubernamental, para que cuando llegue el tiempo y se cumpla la condición, la cesión fuese registrada adecuadamente.

El 15 de julio de 2004, OEPC requiere formalmente por petición dirigida al Ministro de Energía y Minas, la autorización para la cesión del título legal, referente al 40% de sus participaciones en el bloque 15; esta solicitud nunca obtuvo respuesta.

Lo más cercano a una respuesta, más una reacción, fue la expedición del DC a cargo del Ministro del MEM en fecha 15 de mayo de 2004, acto por el cual se daba por terminado el CP y los Convenios de Explotación.

Esa es la sanción materia de análisis, y las circunstancias en las que fue dictada. Correspondió al Tribunal Arbitral, determinar los justificativos del principio de proporcionalidad en la sanción.

4.3.5.1 Principio de Proporcionalidad en el Derecho Ecuatoriano.

La relevancia de la aplicación del derecho ecuatoriano al CP, parte de un supuesto expreso, pues, el artículo 2.1 del contrato mencionado, establecía que el mismo se encontraba regulado exclusivamente por el derecho de ECU.

Para este ejercicio, es importante referir el testimonio rendido por el perito presentado por OEPC, el doctor Pérez Loose -no fue objetado por la defensa técnica de ECU-. El experto inicia por referirse a una norma de rango constitucional [vigente la Constitución de la República del Ecuador del año 1998]:

Art. 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

[...]

3. Las leyes establecerán la **debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones**. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza en cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

A decir del perito, esta disposición, que recoge el principio de proporcionalidad, podría interpretarse de aplicación limitada únicamente al área penal y a ciertas instancias administrativas, sin embargo, su concepción es general y extensiva.

Corresponde al Estado generar un juicio de ponderación, entre el contenido y la finalidad de cada sanción, teniendo en consideración siempre, la conducta impugnada y la pérdida de derechos del sancionado.

El doctor Pérez Loose para asentar este razonamiento, cito también una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador respecto del artículo 24 numeral 3:

Con fundamento en el denominado principio de proporcionalidad de las penas, todo orden jurídico democrático dispone que las medidas o sanciones adoptadas dentro de **cualquier procedimiento judicial o administrativo** deben ser proporcionales con los hechos o actos establecidos como infracciones. De esta forma, la responsabilidad administrativa se gradúa de acuerdo con la falta cometida y no solo cumple una acción represiva, por lo coercitivo de la sanción, sino también preventiva, pues, conocida la consecuencia de la probable desviación, reduce la posibilidad de que otros funcionarios incurran en faltas. En este sentido, el referido principio de proporcionalidad constituye una exigencia para la Administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma [...]

Lo que demostró claramente el sentido de aplicación extensiva de la norma que se confirmaba por la jurisprudencia. A todo esto se sumaba el Decreto No. 3179 dictado el 19 de octubre de 2002, que contenía el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en ECU, cuerpo normativo del cual es preciso citar –como lo hizo el Perito- tres disposiciones:

Art. 2 – DE LOS ACTOS DISCRECIONALES. **La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas** [...]

[...]

168 - Art. 4 – DE LA MOTIVACIÓN. Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

[...]

Art 6. – INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD. El control a realizar deberá ser ejercido a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, **que incluye el más genérico de razonabilidad, que son los que se presentan como más idóneos para la tarea a realizar. No es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.**

[...]

Art. 11 – PROPORCIONALIDAD. **Las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.**

Estos tres conceptos sirven para determinar si, el Ministro del MEM, en ejercicio de una potestad discrecional, como fue su facultad de dictar o no el DC, quedo inmerso en una conducta desproporcional, o actuó de acuerdo a los requerimientos normativos constitucionales e infra constitucionales.

4.3.5.2 Principio de Proporcionalidad en el Contexto de Resolución de Diferencias Internacionales Relativas Inversiones.

La jurisprudencia internacional es otra fuente del derecho, que ha desarrollado el contenido del principio de proporcionalidad en las sanciones, y este razonamiento ha sido aplicado en varios casos, en resoluciones referentes a controversias que surgen con relación a inversiones.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Luxemburgo] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Estrasburgo] han establecido, que el principio de proporcionalidad es el mecanismo llamado a evitar, que, las medidas de coerción y sanción, no sean más drásticas de lo necesario para cumplir con su finalidad.

A su vez el TBI -vinculante para las partes en el tratamiento de sus inversiones- en su artículo II.3 (a) establece que ECU tiene la obligación positiva de otorgar a las inversiones:

- Trato Justo y Equitativo.
- Protección y Seguridad.
- Nunca un trato menos favorable al establecido por el Derecho Internacional.

4.3.5.2.1 Jurisprudencia Internacional en Casos de Inversiones: Paralelo entre el Trato Justo y la Proporcionalidad.

OEPC en su memorial de demanda, así como en las audiencias, ha referido y citado, algunos casos resueltos por el CIADI, referentes a la aplicación del principio de proporcionalidad en casos y circunstancias similares.

Los casos y sus aportes:

- i. MTD Equity SDN.BHD en contra de la República de Chile: Caso CIADI No. ARB/01/7 (25 de mayo de 2004).

El Tribunal Arbitral en ese caso, al referirse al trato justo y equitativo establece:

Las partes coinciden en que hay **obligación de tratar las inversiones en forma justa y equitativa**. Están asimismo de acuerdo con la afirmación del Juez Schwebel de que **“el significado de lo que es justo y equitativo se define cuando la norma se aplica a un conjunto de hechos específicos”**. De acuerdo con la definición del Juez Schwebel, el **“tratamiento justo y equitativo es una norma amplia y extensamente aceptada que abarca criterios fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad”** (énfasis agregado).

- ii. Tecmed en contra de los Estados Unidos Mexicanos: Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2 (29 de mayo de 2003).

Este caso fue utilizado en gran parte por las demandantes, ya que guardaba gran similitud con el caso sobre el que se resuelve. En ese entonces Tecmed tenía una licencia para operar mediante un cofinanciamiento, sin embargo, existía presión socio-política que argumentaba que la empresa había irrespetado los términos de su licencia, por supuestos actos de contaminación con residuos peligrosos. Cuando la contratista realiza el pedido de renovación de licencia, las autoridades gubernamentales lo niegan, a pesar de existir varias sanciones y multas alternativas frente a la conducta denunciada, pues esas

supuestas “(...) infracciones cometidas eran remediables, habían sido remediadas o bien estaban sujetas a sanciones menores (...).

Frente a esto el Tribunal Arbitral seleccionado para ese caso, establece que la aplicación del principio de proporcionalidad corresponde al rol administrador del Estado, y no sólo a su actividad legislativa.

Descartada la exclusión a priori del posible encuadramiento de actos o medidas de naturaleza regulatoria de la categoría de actos expropiatorios, además del impacto económico negativo causado por tales actos o medidas, el Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, **la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad.**

[...]

El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio (énfasis agregado).

Finalmente el Tribunal, una vez que descarto en el caso citado, la gravedad de la contaminación por residuos, y confirmó la actitud activa de Tecmed por remediar dichas inobservancias a su licencia, concluye:

Sería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del [TBI], y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla [...].

En esta medida, los Tribunales Arbitrales, encargados de resolver los casos citados, aplicaron la jurisprudencia referida en el subcapítulo anterior, justificando una vez más la aplicación de las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

[Luxemburgo] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Estrasburgo] a las controversias que se susciten por inversiones.

- iii. Azurix Corp. En contra de la República Argentina: Caso CIADI No. ARB/01/12 (14 de julio de 2006).

En este caso se aplican la misma jurisprudencia europea, y se propuso el canon de proporcionalidad de las medidas, en relación con la finalidad perseguida, concepto coincidente con el artículo 11 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en ECU.

4.3.5.3 Argumentos sobre la Proporcionalidad en el Caso.

ECU se mantuvo firme al argumentar que, tenía la facultad legal de dar por terminado anticipadamente el CP por medio de la expedición del DC, pues el artículo 74 de la LH así lo había previsto.

Lo que ECU no advertía, es que la disposición que citaban como habilitante para la DC, contenía un supuesto facultativo discrecional, pues establecía que el Ministro de Energía y Minas “podrá” declarar la caducidad. El artículo 2 del Reglamento de Control establece que acto discrecional es el que “(...) implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas (...)”, por tanto la facultad referida era potestativa y exclusiva del Ministro del MEM, pudiendo emitir el decreto o no, siendo válidas cualquiera de las dos opciones.

La importancia, que el problema surja frente a un acto discrecional, es que, en estos casos, aplica directamente el principio de proporcionalidad.

ECU tampoco demostró que la celebración del CFO y COC le causaron algún daño, requisito fundamental para justificar una relación proporcionada entre la violación y sus consecuencias.

El Tribunal Arbitral establece tres elementos necesarios para que el Estado pueda imponer una sanción:

(...) el Estado debe poder demostrar (i) que quien cometió la violación causó un daño lo suficientemente grave; y/o (ii) que había existido un incumplimiento manifiesto o recurrente del contrato o de la ley correspondiente que fue suficiente para asegurar la sanción impuesta; y/o (iii) que por razones de disuasión y buena

gestión es apropiado imponer una sanción significativa, incluso aunque el daño sufrido en esa instancia particular no haya sido grave.

El tercer requisito, bajo un razonamiento del Tribunal, es válido, pues justifica de manera ejemplificativa, la razón por la que, en una carretera en la que no han existido accidentes de tránsito, se impongan multas exorbitantes al exceso de velocidad. Esto asegura la seguridad vial y evita que los particulares aumenten el riesgo de accidentes, al irrespetar los límites de velocidad.

El Tribunal Arbitral establece un requisito adicional de gradación de la sanción, en las siguientes condiciones:

(...) es posible imaginar muchas situaciones en las que se impone un castigo por violaciones que no han causado directamente un daño, enseguida se repara en que tales castigos tienden a estar ubicados en el grado menor de la escala – están diseñados para educar y disuadir tanto a quien comete la infracción como a la población en general. Sin embargo, **los castigos más severos suelen reservarse para aquellos casos en los que se ha sufrido un verdadero daño y, por lo general, cuanto más grave es el daño, más severa es la pena** (énfasis agregado).

Este principio se encuentra reconocido en los ordenamientos jurídicos, por ejemplo en materia penal bajo el estándar y ejercicio de docimetría de la pena, y principios de reserva penal y favorabilidad. En el caso puntual, el artículo 77 de la LH se refiere a la “gravedad de la falta” de la siguiente manera:

“El incumplimiento del contrato que no produzca efectos de caducidad o la infracción de la Ley o de los Reglamentos se sancionará con una multa [...] según la gravedad de la falta, además de la indemnización de los perjuicios y la reparación de los daños producidos”. (Énfasis agregado).

Es importante destacar que ECU da por terminado el CP, en base a la LH y no a las disposiciones previstas en el CP, ya que el Ministro funda el Decreto en la normativa ecuatoriana. Este factor es determinante, pues si la sanción se construye en base al ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto admite la protección plena de OEPC por parte de las mismas normas.

OEPC acuerda y acepta las condiciones previstas en el CP al momento de su firma, entre ellas la terminación mediante DC, sin embargo, esto no supone, que las sanciones

puedan dictarse en contra de criterios de proporcionalidad, que aplican a los actos discrecionales.

4.3.5.3.1 Otra Opción al Decreto de Caducidad.

Una alegación formulada por las representaciones de ECU estableció que: Independientemente de la facultad discrecional del Ministro del MEM, no existían otras opciones frente a incumplimiento.

Esta afirmación se vio inmersa en dos contradicciones:

- a) La reconvención presentada por ECU en el proceso, establece como base de su pretensión, el reconocimiento de daños y perjuicios, por primas [pago por transferencia] no pagadas, lo que otorgaba la primera opción, no terminar el contrato y reclamar el pago efectivo, monto que, previo cálculo, alcanzaba los 11.8 millones de dólares americanos.
- b) En base a lo dispuesto por el artículo 70 de la LH, el contratista que se veía inmerso en un incumplimiento, podía celebrar un nuevo contrato con términos y condiciones más favorables para ECU [ejemplo: pactar el pago de la prima, mejores condiciones en el pago de impuestos, sanciones pecuniarias y multas reconocidas, etc.].
- c) Conforme al testimonio rendido por el PGE de ECU, existía la facultad discrecional de Ministro de negociar cual sería la sanción, es decir pactar un acuerdo que repare el incumplimiento, con la facultad de exigir compensaciones.

En resumen, conforme lo establece el Tribunal Arbitral, existían tres opciones alternativas al DC:

- i) Insistencia en el pago de una prima de transferencia que rondara los USD 11.8 millones; y/o
- ii) mejoramiento de los términos económicos del contrato original; y/o
- iii) un acuerdo negociado que podría haber abordado, por supuesto, todas las áreas que las partes desearan, incluido el pago de la prima de transferencia que no se había realizado, la renegociación del contrato y una compensación adicional.

De los hechos del caso, se infiere que el PGE presionó al Ministro del MEM para que dicte el DC, como una represalia en contra de OEPC por la emisión del Laudo del IVA [resolvía que ECU debía pagar 79 millones a OEPC], pues el representante del

Estado ecuatoriano acudió a los medios públicos y presentó la solicitud de la emisión del DC. Envío también cartas a Petroecuador y al Presidente de ECU con la finalidad de obtener el DC.

4.3.5.5 ¿Constituyó el Decreto de Caducidad una Sanción Proporcionalada?

- i. El CFO es una figura común en la industria del gas y petróleo, los contratos celebrados entre OEPC y AEC iban a resultar muy beneficiosos – económicamente- para ECU, y ello se comprueba del mismo testimonio del representante del MEM.
- ii. AEC ya era un operador autorizado en otras áreas y proyectos de explotación en ECU, aparte en cartas se estableció, por las autoridades ecuatorianas, que el *farmee* cumplía con los requerimientos de solvencia técnica y económica. Por esto, era altamente probable que se hubiera otorgado la autorización de la cesión.
- iii. De la información proporcionada por Petroecuador, se constata que “(...) no existió daño cuantificable (...)”, todo lo contrario, a mayor inversión, mayor porción de crecimiento económico porcentual para la empresa nacional.
- iv. La razón de ser de la disposición normativa, que establece como requisito de validez, la obtención de autorización ministerial, es que ECU pueda precautelar y controlar quién explota sus recursos, y que lo haga de manera eficaz. En el caso no existió un tercero inadecuado que causó daño.
- v. El incumplimiento de OEPC, al realizar la cesión de participaciones a AEC, sin obtener autorización ministerial previa, no causó detrimento a ECU. Sin embargo el Estado contratante se justificó, a decir de sus representantes legales, en una medida [DC] de disuasión para futuras infracciones.
- vi. El Tribunal Arbitral no está en desacuerdo en que se debe respetar el régimen regulatorio interno, pero, no justifica una sanción drástica, cuando existen medios de sanción menos lesivos para los intereses de las partes. La sanción y su objeto administrativo debían nacer de acuerdo a los derechos de OEPC [sancionada], y los efectos de la conducta que se reprime.
- vii. **El Decreto de Caducidad a decir del Tribunal Arbitral, no es una sanción proporcionalada**, en razón de las circunstancias particulares del caso [concreción a los hechos del caso], violación del derecho ecuatoriano [Constitución de la República del Ecuador del año 1998/ Reglamento para el

Control de la Discrecionalidad en Ecuador/ Gradación de las sanciones: Ley de Hidrocarburos] y el TBI [artículo II.3 (a)]. Irrespeto los criterios jurisprudenciales de proporcionalidad y trato más favorable de las inversiones. El DC constituyó una expropiación injustificada de la inversión de OEPC para la exploración y explotación en el bloque 15 en violación del artículo III.1 del TBI:

1. Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente.

Por estas consideraciones, y demás factores y argumentos expuestos [que no serán analizados en la presente investigación] el Tribunal Arbitral, mediante voto de mayoría, en la parte resolutive del laudo, luego de pericias, informes, cuantificación de daños e intereses, concluye:

Ecuador violó el Artículo II.3(a) del Tratado al no acordar trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes, y al no brindarle a las Demandantes el trato mínimo exigible conforme a derecho internacional;

(ii) **Ecuador violó el Artículo III.1 del Tratado al expropiar la inversión de la Demandantes en el Bloque 15 a través de una medida “equivalente a la expropiación”;**

(iii) **Ecuador dictó el Decreto de Caducidad en violación del derecho ecuatoriano y el derecho internacional consuetudinario;**

(iv) OEPC violó la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no obtener la autorización ministerial necesaria a los fines de la transferencia de derechos mediante el Acuerdo de Farmout; como resultado de esta violación, los daños otorgados a las Demandantes serán reducidos por un factor del 25% (ver subpárrafo (v));

(v) Se otorga a las Demandantes una indemnización de US\$1.769.625.000 (Mil setecientos sesenta y nueve millones, seiscientos veinticinco mil dólares estadounidenses), según el cálculo que se incluye en el párrafo 825 del presente Laudo, por los daños sufridos como resultado de los incumplimientos mencionados precedentemente en los subpárrafos (i), (ii) y (iii);

CAPITULO V: CONCLUSIONES.

5.1 El Contrato Administrativo es una Figura Autónoma, Con Contenido e Instituciones Propias.

El Contrato Administrativo es la figura objeto de análisis del primer capítulo de la presente investigación, misma que no ha sido desarrollada por la doctrina en proporción a los estudios del acto administrativo, o que ha provocado la construcción de conceptos y definiciones que parten de la figura del contrato civil y de su régimen jurídico.

Por medio de este trabajo se arribó a un concepto autónomo de contrato administrativo, que encaje y muestre características propias. El concepto contrato administrativo, en lo referente a la investigación, es el que se presenta en el régimen específico del proceso de contratación pública, en los casos en los que tenga que instrumentarse un contrato, pues, existen procedimientos estandarizados en el portal, para adquisición de bienes y servicios normalizados (LOSNNCP Y Reglamento).

La contratación pública es un proceso que responde a necesidades o dimensiones de índole económica, política y de derecho, ya que el gobierno de turno, por medio de sus representaciones, busca cumplir con políticas públicas o proyectos previstos en su agenda. La ejecución de estas políticas se traduce en obras o prestación efectiva de servicios, mismos que dan cabida al desarrollo de infraestructura y economía para la población. Para la ejecución eficaz y legítima de las aspiraciones y ofrecimientos de la administración, existen disposiciones de índole económica, así el destino de los recursos se lo hará –mediante el Ministerio pertinente- de acuerdo al Presupuesto General del Estado, y, la parte de esos recursos que sean destinados a contratación pública deberán constar en el Plan Anual de Contratación, registro que se encuentra a cargo de cada institución estatal.

Todo el procedimiento se encuentra sometido al respeto estricto de la Ley, pues a diferencia de la contratación en el sector privado, el componente público que caracteriza al contrato administrativo, conlleva la aplicación del principio de competencias positivas, juridicidad y el de interdicción de la arbitrariedad, reconocido en el artículo 226 de la Constitución del Ecuador (2008) y artículos 14 y 18 del Código Orgánico Administrativo (2017), y que confirma la regla que en derecho público solamente se puede hacer lo que la ley establece, y lo que no esté permitido se entenderá prohibido.

Luego de haberse esgrimido ciertas dimensiones que rodean el proceso de contratación pública, se definieron ciertos elementos esbozados por la doctrina, ya que en la celebración del contrato administrativo interviene un sujeto calificado, el Estado, que actúa mediante un órgano administrativo en ejercicio de una función administrativa.

Como elementos objetivos, esta relación contractual se desenvuelve al margen de principios de publicidad y procesos de licitación –distinto del proceso de licitación previsto en la LOSNCP-, que garantizan objetividad e imparcialidad en el proceso de selección de los contratistas, así como, también, eficacia en el uso de recursos económicos del que disponen las entidades del sector público.

Para la obtención de un concepto autónomo y claro, se realizó una breve referencia a la clasificación de los contratos administrativos (doctrinaria), tomando en consideración las escuelas que han desarrollado su contenido, partiendo desde la *Escuela Alemana* que plantea la *negación de la categoría de contrato administrativo*, la *Escuela de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos civiles*, para finalmente llegar a la *Escuela Norteamericana* que desarrolla el concepto de *contratos de gobierno*, siendo esta última la que más se adecua al objeto del primer capítulo.

En esta clasificación, se realizó una referencia al ordenamiento jurídico pertinente, para comprender cuales son las figuras contractuales de gobierno, previstas para el proceso de contratación pública en Ecuador:

(...) adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, artículo 6 numeral 5).

Resultó necesario, la determinación de los supuestos clásicos que se presentan en el concepto de contrato administrativo, entre los que se presentan, principalmente: Un principio de legalidad reforzado, el sometimiento de las partes a un régimen exorbitante al derecho común, y, la representación estatal del concepto indeterminado del interés general en sus actuaciones.

Partiendo de estas consideraciones, y por un proceso lógico constructivo, se llegó a la definición de un concepto propio del contrato administrativo, entendido como: **El acuerdo de voluntades limitado por condiciones pre-contractuales, del cual surgen derechos y obligaciones para las partes sin igualdad de condiciones, celebrado entre: Un órgano administrativo, público-estatal, en ejercicio de funciones administrativas y un particular subordinado a un régimen exorbitante al derecho común.**

5.2 El Estado, en los Procesos de Contratación Pública, tiene un Poder de Negociación Preponderante.

El segundo capítulo de la presente investigación partió por la clasificación de conductas y facultades previstas en el ordenamiento positivo material ecuatoriano, que determinan una posición de negociación preponderante del Estado en los procesos de contratación pública.

Partiendo de la condición necesaria, que las facultades exorbitantes son por naturaleza discrecionales, y que suponen una conducta facultativa del órgano administrativo, pues, en todos los casos *podrán, los representantes, decidir entre una alternativa “a” o “b”; o entre variables: “c”, “d”, “e”, etc.*

Con fines investigativos, las facultades referidas, contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pueden definirse en tres categorías.

En primer lugar, existen disposiciones normativas que eximen a la entidad pública contratante de su responsabilidad por daños, constituyéndose como una renuncia tácita que soporta el contratista privado. Un claro ejemplo es la falta de responsabilidad expresa de la Administración Pública, cuando declare desierto o cancele un procedimiento de contratación.

El segundo escenario responde a la facultad de redacción unilateral que dispone el Estado, frente al sometimiento involuntario del contratista a las condiciones impositivas. Como ejemplo, la Administración dispone de la facultad de redactar unilateralmente cláusulas penales, incluso al determinar supuestos propios para la imposición de multas.

Como última categoría, y como sanción drástica, se concibe la facultad que tiene el Estado de terminar unilateralmente la relación contractual de manera anticipada, por causales determinadas (cerrado) y por causas propias (abierto).

Frente a estas atribuciones discrecionales, los administrados, en este caso el contratista, tienen garantías que efectivizan el principio de interdicción de la arbitrariedad. Los actos que se dicten en ejercicio de una potestad exorbitante deben cumplir con una motivación adecuada, respetando cánones de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Finalmente, como referencia al justificante principal de las facultades exorbitantes de las que dispone la Administración, el concepto de interés general, utilidad pública o interés de la colectividad. Este principio y concepto debe ser entendido más allá de la concepción dirigida a ser un justificante para el régimen exorbitante; sino en su aplicación global en la actuación de la Administración, ya que la representación del interés general supone un requisito de validez y legalidad del accionar administrativo. La representación del interés de la colectividad, en el ejercicio de las funciones administrativas, es el fundamento y fin, lo que se aleja del mismo es desviación de poder.

Para la superposición del interés general sobre el particular, el Estado y sus representaciones, por medio de la motivación, deben aplicar los principios de concreción (aplicación coherente de la norma a los hechos del caso en específico) y mesurabilidad (menor invasión a los intereses particulares).

5.3 Factibilidad de Aplicación de las Teorías de la Excesiva Desproporción (Gross Disparity) y Onerosidad (Hardship) en la Contratación Pública.

El tercer capítulo, concibe, en esencia, el tema central del trabajo de investigación, pues, se centra en el desarrollo y comprobación de la aplicación de las teorías de la excesiva desproporción y onerosidad, en el escenario de la contratación pública.

Previo a la determinación de fórmulas y pasos de aplicación de las teorías, se desarrolló el principio de equilibrio contractual como consecuencia de la conmutatividad y onerosidad del contrato administrativo. En esta relación compleja, existen obligaciones

recíprocas de las partes, a pesar que no se desarrollen en un margen de igualdad en la negociación.

El equilibrio nace por la naturaleza misma del Contrato Administrativo, pues, la ecuación económico financiera es una característica intrínseca del mismo, y por la dinámica del proceso de contratación pública, ya que en él se presentan principios positivos de trato justo y equitativo.

Por esta razón, en las etapas iniciales, de preparación de la voluntad administrativa y precontractual, los principios de proporcionalidad y trato justo deben ser observados por la Administración Pública, ya que en estas fases surgen ya responsabilidades. En la segunda, se dan ya negociaciones, procesos de precalificación y planificación; la inobservancia y actividad irregular puede devenir en responsabilidad extra contractual.

Posteriormente, se presentan las etapas de contratación y ejecución, que son las más importantes para el desarrollo de las teorías que tutelan el correcto desenvolvimiento del equilibrio del contrato, así como la vigencia mantenida de su ecuación económico-financiera.

La fase de contratación inicia con la adjudicación –mediante acto administrativo– del contrato al contratista que ha cumplido con los requerimientos económicos y técnicos que busca la Administración Pública. Previo a la suscripción del contrato, el contratista debe rendir garantías, que dan seguridad y cobro preferencial, a la entidad contratante.

En estas etapas, el Estado por medio de sus representaciones, puede hacer uso de sus facultades legítimas y exorbitantes de sanción y rescisión (denominadas así en Doctrina). Las atribuciones antedichas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se resumen en: Redacción unilateral e imposición de multas, y, la terminación unilateral anticipada del contrato.

Las entidades de derecho público, disponen de estas prerrogativas, pues representan el interés general de sus administrados, sin embargo, esta actividad debería ser cerrada por el ejercicio legislativo, es decir, la normativa que regula las facultades de sanción y rescisión de la administración no supone un ejercicio liberalizado, todo lo contrario, supone un ejercicio supeditado a causales específicos que responden a circunstanciales de hecho. A este ejercicio, se le suma el deber positivo de la Administración respetar principios de mesurabilidad y concreción, mismos que deben estar contenidos en la

motivación adecuada de los actos que contienen la imposición de una multa o la terminación anticipada.

Frente a posibles desviaciones en el ejercicio de las facultades, se presentan las teorías de la excesiva desproporción (Gross Disparity) y onerosidad sobreviniente (Hardship). Estos remedios jurídicos llamados a restituir el equilibrio económico contractual, se verifican, la primera en la fase de contratación, por la redacción unilateral de las cláusulas del contrato administrativo; y la segunda, en la etapa de ejecución, por el advenimiento, ajeno a las partes, de circunstancias sobrevinientes que impongan cargas excesivamente onerosas a una parte.

i. Teoría de la Excesiva Desproporción.-

Para que se configure la Teoría de la Excesiva Desproporción en el ámbito de la Contratación Pública, es necesario que converjan ciertos elementos, entre ellos – desarrollados por la doctrina-, mayor poder de negociación de una de las partes contratantes, redacción unilateral y previa, y la presencia material de cláusulas abusivas y vejatorias.

En concreto, para que se justifique un escenario desproporcional en la etapa de contratación deben presentarse dos clases de elementos, objetivos y subjetivos.

El elemento objetivo supone una *ventaja excesiva* a cargo del Estado, un beneficio que sea injustificado de acuerdo a las circunstancias específicas de esa contratación. Los elementos subjetivos son dos, el primero corresponde a la existencia de un *aprovechamiento injustificado* de las facultades exorbitantes que el ordenamiento material otorga a la Administración, por ejemplo la redacción de multas que imponen sanciones fuera de su objeto, es decir no buscan coaccionar al contratista al cumplimiento eficaz y oportuno de sus obligaciones, sino sancionan otros supuestos; o como segundo ejemplo, la terminación unilateral y anticipada por causas injustificadas. El segundo elemento subjetivo comprende la verificación de un *factor de dependencia*, que se conforma por dos sub-elementos, *la inexperiencia o ligereza del contratista* y *una necesidad apremiante*. La inexperiencia deviene de la facultad de negociación preponderante del Estado, pues el contratista tiene posibilidades mínimas de establecer sus condiciones propias, incluso por la naturaleza concursal del procedimiento de contratación.

La necesidad apremiante se verifica del sometimiento del contratista a las condiciones impuestas por la Administración, ya que el primero soporta un riesgo mayor, pues tiene deudas para la obtención de garantías, puede ser sujeto de imposición de multas o terminación unilateral, y, se somete a un proceso de selección a cargo de la entidad contratante.

Los dos elementos subjetivos detallados responden a un nexo causal entre sí, es decir son relacionados y dependientes.

Estos elementos deberán ser probados en su totalidad por la parte perjudicada para brindar elementos suficientes al juzgador, quien, en base a criterios de razonabilidad, decidirá si es procedente la declaratoria de nulidad del contrato o cláusula que contenga una conducta vejatoria o abusiva, siendo así el último, un agente de restitución del equilibrio económico.

ii. Teoría de la Imprevisión.-

La teoría de la imprevisión supone una conducta cíclica de pasos, para llegar a la compensación de un desequilibrio, los mismos, en resumen, son: La presencia de un imprevisto sobreviniente, afección al equilibrio prestacional de las partes, debida atribución del riesgo a la parte que podía preverlo, y, procedencia de una compensación.

Respecto del *imprevisto sobreviniente*, el mismo debe cumplir con ciertos elementos, el primero responde a la *temporalidad*, pues, dicho imprevisto tiene que ser transitorio, caso contrario podría generarse un conflicto y confusión con los eximentes de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. El segundo elemento responde a la *inimputabilidad de las partes*, pues, si la alteración se da por culpa o dolo de las partes podrían verificarse los supuestos referentes al hecho del príncipe o al incumplimiento contractual. El tercer y cuarto elemento, directamente relaciones, suponen *consecuencias económicas imprevistas* que generen un *déficit importante* que supere las condiciones de pérdida del lucro cesante.

Luego de la primera verificación, el siguiente paso, la comprobación de una *alteración efectiva del equilibrio prestacional de las partes*. Esta afectación debe darse respecto del contrato, y es preciso que su medición responda a criterios relacionados con el “umbral de afectación” de acuerdo a la dimensión monetaria (perdida efectiva monetaria o frustración de utilidad futura). Para este ejercicio, los ordenamientos normativos deben contener un sistema puntual, de tarifa fija o de criterios razonables, el

primero se refiere a determinados porcentajes de afectación [tarifa fija], como se ha regulado, por ejemplo, la lesión enorme en el derecho civil (50% de afectación). El segundo criterio concibe una potestad discrecional del juez, lo razonable en cada caso, esta autoridad será la encargada, basándose en dictámenes periciales y las piezas probatorias, para establecer si ha existido o no una afectación al equilibrio contractual.

Posteriormente se debe realizar un examen de *atribución del riesgo*, es decir, formular los siguientes cuestionamientos: ¿El daño real pudo ser evitado por una de las partes de acuerdo al *factor de previsibilidad*?, y en su defecto, ¿cuál de los contratantes podía evitar la materialización de un imprevisto sobreviniente al menor costo?.

Finalmente, sólo cuando hayan concurrido la totalidad de elementos, el juzgador debe proceder a la determinación de la *compensación*, respetando límites que responden al *tiempo de duración de la alteración, cuantificación del déficit provocado, monto indemnizatorio vía compensación*.

Una vez restaurado el equilibrio, en caso de ser conveniente para las partes, pues ninguna de ellas provocó –bajo el régimen de dolo o culpa- el imprevisto sobreviniente, el juzgador podrá dictaminar la renegociación de las cláusulas del contrato.

5.4 Consideraciones Finales.

Las teorías de equilibrio contractual suponen un cambio legislativo que las legitime y constituya como un mecanismo de protección para la parte más débil de la relación, el contratista.

Quedan ciertos detalles puntuales que deben ser desarrollados con mayor precisión, como el sistema de causales tasado para los supuestos escenarios que alteren la ecuación económico financiera del contrato, o en su defecto, la atribución decisoria del juzgador de acuerdo al principio de razonabilidad, al resolver caso por caso, prueba por prueba, condición por condición. Qué sistema encaja y conviene al sistema normativo ecuatoriano para su adaptación.

Otros temas que deberán profundizarse: La importancia de la prueba pericial en los casos de afectación, desequilibrio y su posterior compensación, la relevancia en la atribución del riesgo de las partes para exigir y proponer un recurso que conlleve a la restauración de un equilibrio que se ha visto quebrado, la justificación de la buena fe de quien reclama.

Es fundamental para la aplicación de las teorías que, se individualice detalladamente y justificadamente la responsabilidad por la que se reclama, pues el problema se relaciona con el equilibrio prestacional del contrato, en esa línea de ideas, su restitución deberá ser diferenciada del régimen de responsabilidad por daños en la vía contractual o extracontractual, o el control que se realice de los actos administrativos que conforman el proceso de contratación pública.

Por temas de índole procesal, y por la complejidad del análisis de las figuras cuando acontezcan en procedimientos de contratación –por naturaleza complejos-, la figura tentativa de recurso judicial –en la realidad ecuatoriana-, que debería ser interpuesto ante el Tribunal Contencioso Administrativo, será el previsto para las reclamaciones referentes a temas de contratación, por medio del procedimiento de conocimiento ordinario, en el que los tiempos dan mayor facultad de defensa y preparación a las partes, así como también otorgan mayor posibilidades de acumular gran elementos que permitan al juzgador resolver eficientemente.

Fuentes Bibliográficas.

1.- FUENTES CARGADAS EN LA WEB.-

Abogados, I. (07 de Marzo de 2018). *ILP Abogados* . Recuperado el 22 de Marzo de 2019, de <https://www.ilpabogados.com/la-doctrina-los-actos-proprios/>

Álvarez, C. C. (2004). *Apuntes sobre la excesiva desproporción prestacional en el contrato. Una mirada a los Principios del UNIDROIT*. Bogotá: International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional.

Álvarez, C. C. (2009). *Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú*. España: Badajoz: Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 0213-988X, N° 27, 2009, págs. 411-441.

Antola, M. R. (2018). *Los principios del derecho como fuente del derecho*. Lima : Núm. 9: Lumen: Revista de la Facultad de Derecho.

Argentina, E. B. (1954). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires : Obras Magistrales de la Editorial Bibliográfica Argentina.

Bautista, L. J., & Mojica Leal, J. A. (2017). *Características de las Cláusulas Exorbitantes en el Contrato Estatal*. Hipotesis Libre.

Bazán, J. L., & Madrid , R. (1991). *Racioalidad y Razonabilidad en el Derecho*. Göttingen: Congreso Mundial de Filosofía del Derecho .

Bernal, F. J. (2008). *Derecho Administrativo* . Bogotá : Escuela de Administración Pública Superior Augusto Alvarez Collazos.

Caballero, V. M. (2008). *LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE CONDUCTA: UNA DOCTRINA EUROPEA EN CONSTRUCCIÓN*. Barranquilla : Universidad del Norte: Revista de Derecho, núm. 30, diciembre, 2008, pp. 30-74.

Canal-Silva, M. (2016). *La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado*. Bogotá : Revista Digital De Derecho Administrativo.

- Castro, A. M., & Zapata, A. C. (2005). *La Cláusula de Hardship en la contratación internacional*. Bogotá : Revista e-mercatoria, ISSN 1692-3960, Vol. 4, N°. 2, 2005, págs. 97-12.
- Castro, C. N. (24 de Noviembre de 2005). *DerechoEcuador.com*. Recuperado el 23 de Marzo de 2019, de <https://www.derechoecuador.com/la-rescision>
- Chen, J. (02 de Marzo de 2018). *Investopedia* . Recuperado el 10 de Junio de 2019, de <https://www.investopedia.com/terms/f/farmout.asp>
- Dromi, R. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : EDICIONES CIUDAD ARGENTINA .
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Ciudad Argentina, 9na. edición actualizada.
- Fontecilla, J. C. (2006). *Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho*. España : Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 8, N° 24, 2006, págs. 135-161.
- Fraga, K. H., & Guerra Cosme, D. (2012). *El Principio De Autonomía De La Voluntad Contractual Civil. Sus Límites Y Limitaciones*. Málaga: REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, pp. 27-46 (Universidad de Málaga).
- Gordillo, A. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 1 - Parte General: Clasificación de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires : Editores Argentinos .
- Layuno, J. J. (2014). *El Equilibrio Económico en los Contratos Públicos*. Santiago de Chile : Universidad Alberto Hurtado: Justice Studies Center of the Americas, JSCA, a Public Policy center of the Organization of American States.
- Muñoz, J. R.-A. (2012). *El Interes General en el Derecho Administrativo: Notas Introductorias*. Ciudad de México : Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurpídicas de la UNAM .
- Parra, A. M. (s.f.). *Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico* . Ciudad de México : UNAM 76 CIEN ANOS DE DERECHO CIVIL EN MÉXICO Homenale a la UNAM.

- Peña, E. L. (2014). *RELATIVIDAD DE CONTENIDO DEL INTERÉS GENERAL POR SU DEPENDENCIA AL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (A propósito del libro “con miras del Interés General” de los profesores ARANAMUÑOZ Y RIVERO YSERN)*. Guanajato : Ciencia Jurídica.
- Rivas, M. L. (2012). *LA IMPREVISIÓN EN LOS CONTRATOS: LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA*. Ciudad de México : UNAM: Revista de la Facultad de Derecho de México: ISSN 2448-8933 Vol 62, No 258 (2012).
- Rodríguez, A. A. (2001). *Tratado de las Obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.
- Rojo, M. B. (1994). *LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD SU ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN*. Madrid : Revista de Administración Pública Núm 133. Enero-abril 1994.
- Sandoval, C. N. (2010). *Anulabilidad y nulidad del acto jurídico*. Actualidad Empresarial, Nº 219 - Segunda Quincena de Noviembre 2010.
- Serrano, L. J. (2015). *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos*. Quito : Repositorio Institucional del Organismo de la Comunidad Andina, CAN -Universidad Andina Simón Bolívar .
- Uribe, R. M. (2010). *Teoría de la Imprevisión: La Necesidad de su Regulación Legal en Chile*. Santiago de Chile : Revista chilena de derecho privado: versión On-line ISSN 0718-8072.
- Villarreal, V. B. (2015). *La teoría de la imprevisión como garantía del equilibrio económico contractual*. Bogotá : La Universidad Santo Tomás.
- Yildirim, A. C. (2008). *Subjective Reasons of Gross Disparity and the Presumption of Professional Competence: A Contradiction in the Lex Mercatoria?* Istanbul : Istanbul Kemerburgaz University.
- Zegers, J. C. (1985). *Notas acerca de la teoría de la imprevisión*. Santiago de Chile : Revista Chilena de Derecho, Vol 12, No. 2.

2.- FUENTES CONSULTADAS DE LIBROS FÍSICOS

Anaya, Dante Cervantes. *Manual de Derecho Administrativo* . Buenos Aires : Editorial Rodhas SAC, 2016 .

Ávila, José Luis Castillo. *Proscripción de la Arbitrariedad* . Lima : Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2013.

Etería, Eduardo García de, y Tomás-Ramon Fernández . *Curso de Derecho Administrativo* . Bogotá-Lima : Editorial Temis S.A. Palestra, 2008.

Coello-García, Hernan. *Obligaciones* . Cuenca : Fundación Chico Peñaherrera, 2010.

Coello-García, Hernan. *Teoría General del Negocio Jurídico* . Cuenca : Imprenta de la Universidad del Azuay , 2006.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo III, El Acto Administrativo* . Buenos Aires: Primera Edición Colombiana, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, 2000.

Gordillo, Agustín, Daniela Aletti , Mercedes Aveldaño, Ana Pasqualini, y Leonardo Toia. *Doctrinas Esenciales* . Buenos Aires : Revista Jurídica Argentina la Ley: Director Jorge Horacio Alterini , 2010.

Ugarte, Gastón Salinas. *Responsabilidad Civil Contractual* . Santiago de Chile : Legal Publishing Chile , 2011.

3.- FUENTES DE LEGISLACIÓN.-

Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Código Orgánico Administrativo* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones , 2017.

Ecuador, A.N. (2005) *Código Tributario* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .

Ecuador, A.N. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones , 2018.

Ecuador, A. N. (2010). *Código Civil* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .

Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Montecristi : Corporación de Estudios y Publicaciones .

Ecuador, A. N. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* .
Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .

Ecuador, A. N. (2018). *LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN*. Quito : Corporación de
Estudios y Publicaciones .

Ecuador, A. N. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de
Contratación Pública*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .

International Institute for the Unification of Private Law. (2016). *UNIDROIT* . Roma :
Institut international pour l'unification du droit privé.

4.- FUENTES DE JURISPRUDENCIA.-

OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION, OCCIDENTAL EXPLORATION
AND PRODUCTION COMPANY, en contra de la República de ECUADOR,
Caso CIADI No. ARB/06/11 (CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES 05 de Octubre de 2012).

SENTENCIA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE LOS CANONES MÍNIMOS
DE MOTIVACIÓN, Sentencia No. 145-15-SEP-CC caso No. 2147-13-EP (Corte
Constitucional del Ecuador 29 de Abril de 2015).