



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: El Contrato Administrativo, Análisis de la Facultad  
Estatal para imponer Cláusulas Exorbitantes en la Contratación  
Pública**

**AUTOR:  
Carrera Vera Álvaro Luis**

**Trabajo de Titulación previo a la Obtención del Título de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPÚBLICA**

**TUTORA:  
Rivas Casaretto María Dolores**

**Guayaquil, Ecuador**

**11 de marzo del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Álvaro Luis Carrera Vera**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

**TUTORA**

---

**Rivas Casaretto María Dolores**

**DIRECTORA DE LA CARRERA**

---

**Briones Velasteguí Marena**

**Guayaquil, a los 11 del mes de marzo del año 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Carrera Vera Álvaro Luis**

### **DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación **El Contrato Administrativo, Análisis de la Facultad Estatal para Imponer Cláusulas Exorbitantes en la Contratación Pública** previo a la obtención del Título **de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 11 del mes de marzo del año 2016**

**EL AUTOR:**

---

**Carrera Vera Álvaro Luis**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

## **AUTORIZACIÓN**

Yo, **Carrera Vera Álvaro Luis**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **El Contrato Administrativo, Análisis de la facultad estatal para imponer cláusulas exorbitantes en la Contratación Pública**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 11 del mes de marzo del año 2016**

**EL AUTOR:**

---

**Carrera Vera Álvaro Luis**

# ÍNDICE

- a. Resumen**
- b. Introducción**
- c. Desarrollo**
  - 1. El Contrato Administrativo**
    - 1.1. Definición**
    - 1.2. Naturaleza del Contrato Administrativo como un Contrato de Adhesión**
  - 2. Sujetos del Contrato Administrativo**
    - 2.1. La Administración Pública**
    - 2.2. El Contratista**
  - 3. Las Prerrogativas en la Contratación Pública**
    - 3.1. Concepto de prerrogativas**
  - 4. La Cláusula Exorbitante**
  - 5. La Cláusula Exorbitante en la relación jurídica entre la Entidad Pública Contratante y el Contratista**
    - 5.1. La Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato**
    - 5.2. La Facultad de Usar el Ius Variandi**
    - 5.3. El Hecho del Príncipe**
  - 6. Legislación Comparada**
  - 7. El Uso de las Prerrogativas de la Administración Pública cuando incurren en abuso de poder**
- d. Conclusiones**
- e. Referencias/Bibliografía**

## **RESUMEN (ABSTRACT)**

La evolución de la sociedad hace que el Derecho Público regule y cumpla su papel fundamental de reglar los actos jurídicos dados entre las personas privadas llamadas “contratistas” y el Estado, que pasa a llamarse “contratante”, siendo el contrato administrativo una de las formas de proceder de la Administración Pública que contiene actos jurídicos pre contractuales y contractuales.

En este trabajo se pretende indagar cuál es la base de discrecionalidad y privilegios del Estado para imponerse sin acudir a una autoridad judicial, denotando que lo reviste de dicha potestad y llegando a su finalidad que es terminar con la relación contractual y sancionar con multa, teniendo en cuenta sobre qué principio legal tiene que fijar sus bases de actuar para que no violenten los derechos de los contratistas.

A lo largo del desarrollo de este tema, trataré las actividades de cada una de las partes que participan en este acuerdo de voluntades, como lo menciona la doctrina, y también las leyes y reglamentos aplicables a la regulación de este contrato administrativo en la legislación ecuatoriana. Estudiaré y analizaré las cláusulas exorbitantes más esenciales en los contratos públicos, investigando cuándo operan y cuál es su finalidad dentro del acuerdo jurídico llevado a cabo entre el contratante y el contratista.

Para terminar, abarcaré si la celebración de este contrato dado entre el Estado y el contratista es de adhesión y si es bilateral o unilateral, dado que este problema jurídico se suscita a lo largo del presente trabajo.

### **TÉRMINOS CLAVES**

❖ Contratación Pública- Administración Pública- contrato administrativo- contrato de adhesión- multas - discrecionalidad – Terminación de la relación contractual- clausula exorbitante- bilateralidad.

## INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad se viene originando la celebración del contrato administrativo, dándose entre el rey y una persona privada, pero estaban sometidos a las reglas impuestas por la monarquía y sin regulación, por lo cual era necesario una ley para precautelar los derechos y todo el proceso de contratación pública sea perfecto.

Es así que Ecuador cuando se convirtió en República evolucionó y tiene un avance jurídico en contratación pública, donde subyace la antigua disposición legal que viene a regular la esa materia, que es la Ley de Hacienda dada en el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, donde el encargado de velar y celebrar contratos públicos era el Poder Ejecutivo. Tras su reforma pasa a manos de la Contraloría General del Estado y de la Procuraduría General del Estado, teniendo que velar por un concurso de licitaciones que si fue permisivo y no tenían establecidas las bases.

Avanzando esta transformación, en 1964 nace la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, la misma que da las pautas necesarias para prestar servicios, adquirir bienes y contratar obras. Se debía contar con un fondo público porque así se aseguraba el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales que nace de este contrato administrativo. Es aquí donde nuestro país comienza a establecer lineamientos para garantizar el cumplimiento de dicho contrato, dando cabida a la cláusula exorbitante que debía tener todo contrato público.

Siguiendo el esquema de esta evolución y con el avance jurídico del país, se deroga dicha legislación y pasamos a Ley de Contratación Pública, que nació en 1990 dándonos una estructura jurídica mejor y comenzamos con los lineamientos precontractuales y contractuales, teniendo una visión de que la contratación pública debe tener muchas prerrogativas como garantía de seriedad de la propuesta que se daba

al momento de la adjudicación y la de fiel cumplimiento contra terceros que era el 5% del valor del contrato, y menciona que inhabilidades se imponen al suscribir el contrato.

Con la planificación y el debido estudio nace la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente desde el año 2008, que marca el verdadero cambio sustancial en las compras públicas, teniendo en cuenta que introduce y moderniza las debidas herramientas tecnológicas en los procedimientos de licitación y es así como nuestro país empieza a establecer normas sustanciales para las dos etapas de la contratación, llevando a cabo la terminación unilateral y anticipada del contrato y la determinación de multas que superan el monto de la garantía del fiel cumplimiento para los contratistas.

Este tema lo estudian ampliamente varias legislaciones de países iberos, como Colombia, Argentina y España, estableciéndose una somera similitud a nuestra legislación. Uno de los tantos tratadistas que se enfoca en este tema es el argentino José Roberto Dromi (2010) en su libro “La Licitación Pública”, donde analiza la desigualdad jurídica y las prerrogativas atentatorias, como es la cláusula exorbitante en el contrato público.

No podemos dejar de mencionar que varios autores administrativistas de nuestro país también explican y lo relacionan con nuestra legislación, uno de ellos es Efraín Pérez (2014) en su libro “Derecho Administrativo II” donde enfatiza que el Estado tiene superioridad jurídica en sus actos jurídicos realizados.

De este tema surge una duda, que es la breve necesidad de explicar si dicho contrato en consecuencia a la adhesión es bilateral o unilateral dado que dicha administración tiene la necesidad de imponer varias prerrogativas a favor de él y estableciendo bajo qué medida se justifica, teniendo la otra parte que aceptarlas,.

Una vez esbozado el cómo nace la regulación a la contratación pública en Ecuador y todas sus peculiaridades en la doctrina, establezco la necesidad de determinar conocimientos básicos sobre conceptos de



contrato público y los sujetos que intervienen, relación jurídica donde analizaré si en los contratos públicos hay una desigualdad entre los sujetos partícipes por causa de multas y cambios excesivos que desestabilizan al contrato, acarreando la vulneración al principio de proporcionalidad y al de la autonomía de la voluntad.

Dentro del presente trabajo abarcaré temas actuales donde el Estado haya cometido arbitrariedades hacia la otra parte por su poder de “Imperium” que nace de la Ley.

## DESARROLLO

### 1. CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### 1.1 Definición

La palabra contrato tiene sus orígenes en el Derecho Civil, pero debido a la necesidad de contratar de la Administración Pública, el Derecho Público entra a regular esta actividad, en el concepto de que contrato es la manifestación de voluntades entre dos personas, una siendo el Estado y la otra la persona privada, creando un vínculo jurídico para satisfacer una necesidad pública y que siempre lleva impuesta una obligación para las dos partes: un pago económico para la una y la obligación de retribución y satisfacción al colectivo para la otra.

Es menester saber que la Codificación del Código Civil es una norma supletoria de la LOSNCP, en cuyo artículo 1454 dice: *“contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*.

Este acto jurídico ha sido definido por muchos doctrinarios desde diversos puntos de vista, pero vale rescatar el concepto del jurista español Eduardo García de Enterría (García de Enterría, 2013, pág. 720) que lo define como *“Una institución jurídica general del derecho, que se califica de administrativo cuando se dan ciertas modulaciones que lo especifican y transforman en unidad dentro del género”*. Este tratadista nos explica que al hablar de ciertas modulaciones hay un objeto lícito diferente al privado, es decir, la finalidad o prestación prometida de una obligación con el pueblo, como el brindar un servicio público y con una causa lícita, esos son los motivos que perduran y son necesarios para satisfacer esa necesidad pública masiva; y, lo primordial, que debe tener un fin esencial. Otra diferencia con el contrato privado es la presencia de cláusulas exorbitante.

En nuestra legislación, la definición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante lo mencionaré por sus siglas: ERJAFE) en el artículo 75, determina que

para que sea un contrato administrativo, una parte debe estar en ejercicio de la función administrativa<sup>1</sup>, es decir que una parte de las parte constituye el Estado o sus instituciones (Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador) dando a entender que este contrato se regirá por el derecho público teniendo, como vía aplicable la sede administrativa que es resuelta por la misma administración.

Al contrato administrativo la doctrina lo reconoce de varias maneras, una de las tantas formas es como contrato público o contrato estatal. En nuestro país se enlaza de manera global como contratación pública, la que celebra la Administración Pública de alguna manera a través de sus órganos, contratando para una finalidad publica<sup>2</sup> con una o más personas privadas.

### **1.2. Naturaleza del contrato administrativo como un contrato de adhesión**

Uno de los puntos más controvertidos es que por su naturaleza este contrato nos lleva a tener varios planteamientos desde diferentes puntos de vista, por lo cual comenzaremos fundamentando que es un contrato de adhesión, una de las causas por las que voy a tratar este tema. Desde el nacimiento del contrato, el contratista tiene constreñida o limitada su libertad contractual, siendo la institución pública quien, unilateralmente, impone los lineamientos, cláusulas exorbitantes y los procedimientos que se debe llevar a cabo este contrato, siempre con revisión de la Ley, lo hace que se configure como un pleno contrato de adhesión.

Esto nos orienta a llegar a la confusión de que el contrato sea unilateral, lo cual no es así, para que él se perfeccione tienen que participar las dos voluntades (el contratista la manifiesta cuando tiene que adherirse). Una vez asignado este contrato es donde aparece la bilateralidad, tanto la administración tiene la obligación de cumplir con el

---

<sup>1</sup> ERJAFE Art. 75.- Da una definición de contrato administrativo, haciendo notar que la relación contractual puede ser multilateral, es decir, que participen contratista asociándose o agrupándose.

<sup>2</sup> Bercaitz, Miguel Ángel, (2009) este tratadista conceptualiza al contrato administrativo “como aquellos actos jurídicos que celebra la administración central con un fin público.”

pago y la otra parte el deber de cumplir lo pactado de dar o de hacer, obligaciones recíprocas que en latín se la llama “*pacta sunt servanda*”<sup>3</sup>

Con lo anteriormente expuesto, llegamos a determinar que en este contrato público se violenta totalmente la autonomía de la voluntad del contratista, porque lo único que le conceden en la fase precontractual de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC<sup>4</sup>), en su artículo 31 es una pregunta y una aclaración sobre un punto específico de los pliegos, pero no sobre un punto especial que son las cláusulas preestablecidas por la Administración Pública, las cuales se deberían discutir por ser un acuerdo de voluntades.

## **2. SUJETOS**

Son las personas concurrentes que intervienen en la celebración del contrato, teniendo en cuenta que en varias legislaciones, y en la doctrina, se ha determinado que este contrato público necesariamente debe estar participando la Administración Pública, ya sea como contratante (en la mayoría de los contratos administrativos) o como contratista, y la otra parte es el sujeto de Derecho Privado inmerso en el Derecho Público, a través de este contrato.

No obstante la bilateralidad del contrato administrativo, la Administración Pública goza de prerrogativas o privilegios frente a su contraparte, porque su función es velar por el buen uso de los recursos públicos y garantizar el buen vivir, lo que desequilibra la relación bilateral, porque deja desprotegido, generalmente, al contratista, quien es una persona de Derecho Privado.

Para formar parte de este acuerdo jurídico los sujetos deben cumplir requisitos legales estipulados en la Ley (como ser sujeto con

---

<sup>3</sup> En latín- lo pactado han de cumplirse

<sup>4</sup> LOSNCP ART.31.- Se basa que en la fase contractual le conceden un petitorio sobre qué punto se puede hacer una aclaración o pregunta “pliegos” por el contratista.

suficiente capacidad jurídica para contratar), y no tener impedimento o inhabilidad tanto general como especial, enumeradas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP. Además de estas inhabilidades especiales, el Reglamento de dicha Ley establece dos requisitos más, en su artículo 111, en especial sobre la o el cónyuge y la consanguinidad y afinidad que pesa sobre las autoridades por voto popular (GADs municipales, provinciales y parroquiales) y cuando las personas jurídicas con la entidad que va a contratar hayan sido socios o accionistas (funcionarios, servidores públicos o dignatarios), y así este acuerdo jurídico no llegue a la nulidad de dicho acto.

### **2.1 La Administración Pública**

Es un tema muy amplio pero trataremos de tener una gran precisión ya que por su complejidad lo podemos definir como un ente regulador con capacidad política, social y pública con personalidad jurídica que ejecuta actos administrativos y celebra contratos administrativos, dedicada a prestar servicios públicos a la sociedad (los administrados) de óptima calidad según el art. 52 de la CRE.

Para el tratadista M. Auby. (Rojas Franco, 2007, pág. 92)<sup>5</sup> La Administración Pública: *Es un conjunto de órganos que bajo la autoridad del gobierno es llamada a asegurar las múltiples tareas de interés general que son de incumbencia del Estado.*

En definitiva, concluyo como concepto de Administración Pública a la agrupación de entidades gubernamentales que ejecutan las decisiones del Estado, para llegar a su finalidad pública que es el bien común.

### **2.2 El contratista**

Debido a la complejidad de este término he llegado a crear una pequeña definición que nos ayudará en este campo, como una persona,

---

<sup>5</sup> Rojas Franco Enrique "Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo" define la Administración Pública tratándola como la organización en potestades y manejo de recursos para llegar a un fin de interés público

natural o jurídica, que coopera o se presta a la realización de los fines colectivos del Estado, a través de un contrato administrativo.

Refiriéndonos al artículo 6 de la LOSNCP se puede determinar que la Ley no engloba a la institución pública dentro de esta conceptualización, porque la palabra contratista no sólo lleva consigo a la persona privada (natural o jurídica), sino que también puede darse la celebración de un contrato administrativo entre dos entidades públicas, en el cual una parte pasa a ser contratista, en este caso la doctrina lo reconoce como contrato interadministrativo.

Como se puede apreciar en la definición legal del numeral 6 del artículo 6 de la LOSNCP, el contratista tiene un amplio concepto porque puede ser de distintas condiciones jurídicas (natural o corporación, nacional o foránea, individual o colectiva) que constituye la otra parte del contrato bilateral o multilateral administrativo, que no es estatal, sino que corresponde al Derecho Privado, pero se subsume en el Derecho Público por efecto de la contratación estatal. Su gestión en el contrato es ser constructor o proveedor de bienes o de servicios.

Otro punto importante que nos da esta Ley es permitir la participación en la celebración de contratos públicos a contratistas extranjeros, siempre que se adecuen y cumplan con nuestra actual legislación.

### **3. LAS PRERROGATIVAS ESTATALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA**

#### **3.1 Concepto de prerrogativas**

En este contexto, a la prerrogativa la estudiaré de manera general, como un privilegio o beneficio del que goza una persona, llegando a tener más facultades que la otra parte en la relación contractual, en esta ocasión sería el Estado y sus instituciones públicas contratantes las que

gozan de dicha potestad, llegándole a otorgar superioridad jurídica<sup>6</sup> y así llevar a la subordinación al co-contratante mediante la introducción de una cláusula exorbitante.

El fin de las prerrogativas no es precautelar el beneficio económico para el Estado, sino precautelar el cumplimiento efectivo del contrato y lograr la satisfacción del bien común, pero en diversos casos el mal uso de estas potestades quebrantan estos principios.

De todo lo expuesto en el texto anterior hago énfasis en que una prerrogativa pasa a ser una cláusula exorbitante pactada tácitamente en el contrato público, de tal suerte que las prerrogativas constituyen el género y las cláusulas exorbitantes la especie materializada dentro del contrato administrativo.

#### **4. Las Cláusulas Exorbitantes**

Se considera como el requisito “*sine qua non*”<sup>7</sup> que le da notoriedad y caracterización al contrato administrativo; y, debido a su privilegio, la Administración Pública, por su dotación de “*Imperium*” tiene la potestad de imponerlas unilateralmente en un contrato como medio coercitivo con el fin de ejercer y tener el control, dirección excepcional en esta relación. Así, podemos llegar a considerar que las cláusulas exorbitantes son aquellas que otorgan privilegios únicos a la Administración Pública en la relación contractual, con el fin de asegurar el objeto del contrato y la supremacía del interés público.

La imposición de estas cláusulas que se llevan a cabo en la contratación pública debe ir apegada rígidamente al principio de

---

<sup>6</sup> (Farrando, 2006, pág. 447) los contratos administrativos en versión crítica: en este capítulo se alude que las prerrogativas impuestas, disminuye la igualdad por los privilegios que el Estado tiene en el contrato y lo vuelve superior jurídicamente.

<sup>7</sup> En latín- Necesario.

legalidad<sup>8</sup> y competencia, teniendo en cuenta la debida motivación jurídica para imponerlas.

En cuanto a la diferencia que existe entre la cláusula exorbitante y la cláusula resolutoria, ella radica en que la primera se aplica en los contratos públicos y sólo puede hacer uso el contratante (el Estado) para imponer multas y dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato; y, la segunda se da en los contratos privados.

Hablar de cláusula exorbitante abarca una serie de potestades, mencionando las más importantes el hecho del príncipe, interpretación unilateral del contrato, terminación unilateral y anticipada del contrato, las cuales las trataremos desde diferentes puntos de vistas, separándolas para el debido estudio y su deber de estar, estipuladas en el contrato para que puedan invocarse.

## **5. LA CLÁUSULA EXORBITANTE EN LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE Y EL CONTRATISTA**

En la relación jurídica que se realiza en la contratación pública hay varios planteamientos, uno de ellos es la desigualdad jurídica que existe entre las dos partes desde diferentes punto de vista, como la subordinación jurídica que se da al aceptar dichas cláusulas porque no tiene otra opción, también se considera que esta desigualdad es formal porque todo contratista, sea persona privada, pública o semipública, va a recibir un pago económico lo cual forma parte de su patrimonio.

Analizando el párrafo anterior se puede formular una casuística, cuando al celebrarse un contrato interadministrativo, siendo el contratista una entidad semi-publica (las que tienen un porcentaje de

---

<sup>8</sup> Legalidad- su finalidad es regular el actuar del Estado, debiendo saber que debe desenvolverse conforme a la Ley y sus reglamentos previstos.



capital privado y público) como lo reconoce la Ley, se eliminan las cláusulas exorbitantes por la participación del Estado en ambas partes del contrato, pero la minoría del capital privado va a tener el beneficio económico como tiene el sector privado que alega el Estado en el contrato administrativo. Desde este punto de vista se llega como resultado a la vulneración del principio de proporcionalidad, porque no dan igual tratamiento para ambas partes.

La desigualdad jurídica también se presenta en los contratos interadministrativos, cuando se eliminan estas cláusulas exorbitantes, dejando suprimida la igualdad entre las partes porque todos son contratistas, y la potestad de imposición de multas recae únicamente en el Estado. La misma entidad pública puede incurrir en esta sanción, pero no tiene ningún perjuicio porque como la Ley la protege, no debe entregar las debidas garantías, en este contexto una empresa semi-pública donde participa capital privado se libra de dicha imposición de multas y garantías de cumplimiento, es la mejor forma de escapar de esta exigencia de la Ley. Aquí se sustenta la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes, por eso el Estado debe observar hasta donde puede sustentar y motivar en invocar el interés público para no vulnerar más principios a la parte subordinada.

Por prohibición expresa de la Ley y por favorecer al Estado se prohíbe la imposición de multas en contra de cualquier órgano público que participe en la celebración de un contrato, de todo esto aparece la eliminación del principio de equidad entre las partes de este acuerdo.

La Interpretación del contrato público es una potestad con la que cuenta la Administración Pública y se torna abusiva por el simple hecho de que ella es juez y parte de interpretar el contrato (esto proviene por el principio de Autotutela), pero tiene la capacidad de interpretar las cláusulas porque ella misma las elaboró y estableció, también la perfección y validez del contrato, una vez más la igualdad se ve soslayada porque el contratista para poder hacer uso de este derecho tiene que acudir ante una autoridad jurisdiccional competente.

Debemos mencionar que la Administración Pública en todos sus contratos celebrados para una adquisición de bienes, prestación de servicio y contratos de obra, son contratos públicos, un ejemplo que se deriva de las prerrogativas que tiene el Estado dándole facultades al Procurador General del Estado de acuerdo a la letra G del artículo 3 de Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo tanto del análisis e interpretación que hace de los contratos firmados por la institución pública, el Procurador puede pronunciarse como por ejemplo el problemático caso “Parque Samanes” donde se analizó los valores pagados versus los valores que constan en el avalúo catastral del predio por parte del Municipio de Guayaquil que es el competente no el Dinac<sup>9</sup> y expuso que el contrato debe ser reformado y que lleguen a un acuerdo, debido a la rebaja del precio ya acordado el 7 de diciembre del 2010 .

Desde el punto de vista civilista colige a una interpretación de llegar a ser una compraventa, debido a que negociaron y pactaron el precio entre las dos partes concurrentes a este acto.

En nuestro país el privilegio de interpretación no faculta al organismo estatal a atribuir otras cláusulas que no se hayan estipulado en el contrato (Art. 5 de la LOSNCP).

### **5.1 La Terminación Unilateral Y Anticipada Del Contrato**

Es una prerrogativa fundamental del Estado que está instaurada en la Ley y, por estar en ejercicio del poder público, se la impone al co-contratante (Art. 92 #4 de la LOSCNP) para llegar a la finalización del contrato por causas imputables al contratista, pues, el Estado ejerce su potestad mediante la rescisión expresándolo en un acto administrativo motivado y sin acudir para dicha terminación a la fase jurisdiccional.

Un país con suficientes avances jurídicos como Colombia diferencia el contexto de terminación unilateral, considerándola un

---

<sup>9</sup> Dirección nacional de avalúos y catastros

beneficio unilateral que tiene el Estado en los contratos y se fundamenta en razones de interés para la necesidad pública que impidan continuar con el acto jurídico contractual, por acontecimientos extraños a la voluntad del contratista.

En nuestro ordenamiento jurídico no sucede lo mismo porque la Administración contratante da varias estipulaciones para poder terminar unilateralmente el contrato y le adhiere más sanciones al contratista, como es el cobro de multas (sanciones pecuniarias por incumplir sus obligaciones estipuladas) y la ejecución de todas las garantías otorgadas, al finalizar la relación contractual por contravenir el fin público.

Hay que recordar dos situaciones jurídicas: la una es que la terminación unilateral por parte de la Administración Pública se debe a que los actos del Estado gozan de plena ejecutividad<sup>10</sup>, de tal suerte que ella no necesita ir ante la autoridad jurisdiccional para que haga efectiva su decisión; y, la otra es que la cláusula exorbitante puede operar sólo en los contratos de ejecución de obra porque solicitan que cuenten con un plazo estipulado y se la invoca desde el momento de la suscripción del contrato.

## **5.2 La Facultad De Usar el “*Ius Variandi*”**

La naturaleza jurídica de esta cláusula se basa en la facultad que tiene la Administración Pública para cambiar unilateral una parte del contenido del contrato, justificándose en que el Estado debe velar por el interés de los administrados que serán los beneficiarios de los efectos del contrato (de obra o de servicio), por esta razón, el Estado debe estar en mejor posición jurídica que su contratista.

---

<sup>10</sup> ERJAFE art. 124- Este artículo explica que todo acto administrativo emitido por la Administración Pública es ejecutivo, viéndose los administrados en cumplir obligatoriamente con lo emanado, lo más pronto posible.

Ese cambio contractual por parte de la voluntad de la entidad pública contratante se denomina "*ius variandi*", esto es, la atribución de adecuar el contrato a los fines colectivos o intereses públicos, cambiando sus condiciones por circunstancias que no son producto del caso fortuito o de la fuerza mayor, por ende, no da lugar al pago indemnizatorio a favor del contratista.

La noción de esta prerrogativa aparece en Francia (donde inicia el Derecho Administrativo), trayendo consigo la creación de la cláusula exorbitante en el Derecho Público, la cual suele ser estipulada en algunos contratos administrativos, especialmente en los de obra. En nuestro ordenamiento jurídico (Art. 88 de la LOSNCP) se permite la discrecionalidad a la entidad pública contratante para modificar las condiciones del contrato o su monto (desde un 10 % hasta el 70%, llegando del contrato público), pero nunca puede dicha cláusula alterar el objeto del contrato, porque de ser así se acabaría la razón del mismo.

La facultad conocida como "*potesta variandi*" del órgano estatal es contraria a los dos aforismos del Derecho Civil, que son: "el contrato es ley para las partes" o el "*pacta sunt servanda*" (lo pactado hay que cumplir), porque en el contrato administrativo se cambian las cláusulas de las obligaciones y el contratista debe estar a disposición de cumplir ese cambio por haber prestado su sometimiento a la voluntad del contratante.

Desde un punto de vista ontológico, el "*ius variandi*" atenta a los principios de inmutabilidad y de rigidez jurídica que debe seguir todo contrato civil y mercantil, porque, en la contratación pública, existe el sometimiento del contratista al interés público obtenido de la requerida flexibilidad del contrato administrativo, como es la modificación de las obligaciones, lo cual afecta a la forma del contrato, pero no a su sustancia. Es aquí donde surge el desequilibrio jurídico, pero no económico entre las partes.

Del texto anterior nace la pregunta ¿podrá el Estado, por una afectación económica como la crisis que en este momento estamos

pasando, cambiar las cláusulas de los contratos administrativos que lo requieran y así eximirse de responsabilidades? En mi opinión, el Estado, como contratante, no puede hacer uso del “*ius variandi*” justificando el interés público para atropellar los derechos del contratista. Si fuera positiva la respuesta, se estaría permitiendo el abuso de poder por parte del Estado contratante, creando los eximentes de responsabilidad solo porque el ordenamiento jurídico los protege.

El “*ius variandi*” que produce la cláusula exorbitante sólo se aplica para contratos públicos que tienen largo plazo y nunca puede irse expresamente contra la obligación de pago que tiene la Administración Pública.

### **5.3 Hecho Del Príncipe (*Factum Principis*)**

Esta figura histórica proviene del absolutismo (el poder del rey), pero tratada por la medida imperativa de ser el único ente con potestad de reconocer el daño causado a su dependiente, en este caso, al contratista.

Para que se pueda invocar esta teoría debe cumplirse con dos requisitos: uno, el contratista no debe estar en mora del cumplimiento de su deber contractual; y, dos, que le cause un daño económico esa acción imputable de la Administración Pública, siempre que haya sido dictada como autoridad y no como parte del contrato. El daño se produce cuando la Administración Pública, en uso de su “*ius imperium*”, produce un menoscabo real y cierto al contratista, causando una afectación de manera inconcebible, notable y extraordinaria al equilibrio económico que se persigue en el contrato público.

La única prerrogativa que el Estado reconoce el derecho a indemnizar en la totalidad al contratista por el daño causado obedece al principio de imprevisibilidad (caso fortuito o fuerza mayor) y se aplica a todo clase de contrato. Así mismo, por esta afectación se puede llegar a la terminación unilateral del contrato ocasionando al ente contratante

una responsabilidad extracontractual y su obligación de indemnizar al contratista por el daño emergente y por el lucro cesante.

Un ejemplo sería que con una nueva ley dictada como autoridad pública cree nuevo tributo, y así llegue a causar un menoscabo de forma directa a la cuantía (precio) del contrato por esta resolución, siendo la misma Administración Pública parte del contrato (tiene doble actuación, emite la resolución y es parte del contrato)

El hecho del príncipe no trata de alterar lo sustancial que es el “objeto del contrato” ni ese es su fin, sólo que este cambio hace más oneroso al contrato y su cumplimiento se dificulta, pero por el principio de continuidad no se puede paralizar la ejecución del mismo, a pesar del menoscabo para el contratista, porque en contratación pública no hay lugar a la cláusula resolutoria tácita que se aplica en los contratos civiles.

Aquí en nuestra legislación solo se reconoce la teoría de la imprevisión (caso fortuito y fuerza mayor) da una indemnización parcial para que continúe con la obra.

## **6. LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **Colombia, Ecuador, Costa Rica y Argentina respecto a las cláusulas exorbitantes.- Diferencia y semejanzas de manera superficial**

A continuación analizaré sobre dos puntos específicos para establecer como es el avance jurídico en las legislaciones colombiana, costarricense y argentina, comparada con nuestra legislación, y así establecer las diferentes aplicaciones de las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo.

En Ecuador, las cláusulas exorbitantes deben estar estipuladas en el contrato, mientras que en la legislación colombiana y argentina algunas cláusulas deben estar estipuladas y otras no se estipulan porque ya están exigidas por la ley, de tal suerte que se encuentran implícitas tácitamente en el contrato.

Dentro de la *postesta variandi*, en Argentina y en Colombia se puede modificar hasta un 20% del monto del contrato, mientras que en Costa Rica, en el artículo 12 de la LCA<sup>11</sup>, se puede cambiar un 50% del monto del contrato. En Ecuador se puede modificar hasta un 25% del monto del contrato, pero con aumento de contrato complementario, llegando a otorgarle totalmente un 70%.

La semejanza es que se manejan mediante un acuerdo que se formaliza en contrato y tienen una ley y un órgano especial para que vele y regule todo proceso de contratación pública y la revisión de los contratos, con sus cláusulas para que no afecte el interés de los dos participantes en el contrato. También coinciden en que los contratos llegan a la terminación unilateral por las mismas causas que son estipulas en nuestra ley.

## **7. EL USO DE LAS PREROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO INCURREN EN ABUSO DE PODER**

Basado en lo estudiado y analizado se concluye que si existe abuso de poder, se da en ciertos casos, cuando el contrato que debería de cubrir todas las condiciones contractuales, el mismo contrato le permita discrecionalidad para determinar el pago, es decir, sin ponerle limitación, de tal suerte que esa resolución es totalmente discrecional, ejemplo, el cambio de pago de las planillas trimestrales en el contrato y mediante acto administrativo se cambia para seis meses, por un interés público. Esto sucede en un contrato celebrado por la CELEC y la contratista Pacarsa S.A., así aprovecha para no pagar a los contratistas. En este caso el contratista tiene el derecho de impugnar ese acto administrativo, pero debido a la sustanciación del proceso, la impugnación demorará en manos del Tribunal Contencioso-Administrativo. También con la

---

<sup>11</sup> Las siglas LCA: significa Ley de la Contratación Administrativa de Costa Rica.

modificación de la cláusula exorbitante, el contratista se ve obligado a abandonar el contrato por no poder cumplir con la nueva modificación.

La solución es que el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) observe esas cláusulas remisivas de potestades discrecionales y que no permitan que en el mismo contrato administrativo la Administración Pública, a su discreción, incumpla con su obligación de pago u otras más.



## CONCLUSIONES

1. Las prerrogativas sí constituyen un abuso de poder en la contratación pública cuando el contrato administrativo le da facultad de discrecionalidad a la entidad contratante, para que modifique las condiciones y obligaciones por medio de una resolución o acto administrativo.

2. Se puede concluir que este contrato es de adhesión porque no se llega a ninguna negociación de las cláusulas entre las partes, previa a su celebración, dado a que su texto es elaborado por la entidad contratante, llegando, el contratista, a manifestar su voluntad con su sola aceptación y suscripción.

3. La entidad de control previo a la celebración del contrato, el SERCOP, debe detectar la existencia de cláusulas permisivas de discrecionalidad de la entidad contratante y ordenar su eliminación o limitación cuando se tornen abusivas, perjudicando al contratista.

4. El acuerdo de voluntades que se llega entre las dos personas no existe en la contratación pública porque prima el interés público sobre todos los principios y derechos que se le otorgan al contratista, de tal suerte que no hay lugar a la cláusula resolutoria tácita.

5. El hecho del Príncipe incurre sobre actos imputables al Estado, pero éste reconoce una indemnización al contratista en los casos de modificación contractual. Este hecho en nuestro país no ha tenido una total aplicación.

6. El mal uso de la cláusula exorbitante, que es la *potesta variandi* (cambiar las obligaciones del contrato), ha sido mal utilizado en el Derecho Público de nuestro país, haciendo uso de la discrecionalidad a

la Administración Pública contratante de poder variar entre el 25% hasta llegar a un 70% del monto del contrato original, reajustado. Por eso la contratante reconoce al contratista el pago de un 10% por contrato complementario, pero no por el 25 % restante.

De todo lo estudiado puedo concluir que en nuestro país varias actuaciones de la Administración Pública contratante que se han llevado a cabo en los contratos públicos han sido abusos de poder para beneficiar al Estado, en perjuicio de los derechos de los contratistas.

Finalizando el estudio de este tema hay que puntualizar que todas las cláusulas exorbitantes tienen su propio espacio, tiempo y finalidad; y, su aplicación depende del contrato público que se va a celebrar, pero la única prerrogativa que se aplica a todos los contratos es el hecho del príncipe porque afecta al desequilibrio financiero del acto jurídico ya mencionado.

El presente trabajo se lo elaboró procurando ser lo más prolijo en la investigación de situaciones fácticas dadas en la contratación pública de nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- Antonio José Pérez, Daniel López Suárez & José Luis Aguilar. (2011). *Manual de Contratación Pública* (1 ed.). Quito, Ecuador: CEP.
- Arévalo, W. L. (2011). *Tratado de Contratación Pública* (2 ed., Vol. I). Quito, Ecuador : Editorial Jurídica del Ecuador.
- Dromi , J. R. (1989). *La licitación pública* (4 ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Dromi, J. R. (2010). *la licitación pública*. Buenos Aires: Astrea.
- Farrando, I. (2006). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Lexisnexis.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y Control Jurisdiccional* (1 ed.). Madrid, España: Palestra Editores.
- García de Enterría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo I* (Decimotercera ed.). Pamplona: Aranzadi, SA.
- García de Enterría, E. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II* (Decimotercera ed.). Pamplona, España: Aranzadi, SA.
- Gómez Lee, I. D. (2015). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia* (2 ed.). Bogotá, Colombia: Legis.
- Gordillo, A. A. (s.f.). *Contrato Administrativo*. Obtenido de [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXI.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf)
- Gordillo, Agustin A. & Cassagne Juan. (1988). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Jaramillo Ordóñez, H. (1996). *Manual de Contratación Pública* . Loja : Universidad Nacional de Loja.
- Jaramillo Ordóñez, H. (2008). La Administración Pública. *Revista Judicial Derecho Ecuador*. Obtenido de <http://www.derechoEcuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2005/11/24/la-administracion-publica>
- Jinesta, E. (2010). Derechos y obligaciones de la administración contratante y del contratista. *Fuentes del derecho administrativo*, 29.

Obtenido de  
[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/DERECHOS%20Y%20OBLIGACIONES%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20C3%93N%20CONTRATANTE%20Y%20DEL%20CONTRATISTA.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/DERECHOS%20Y%20OBLIGACIONES%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20C3%93N%20CONTRATANTE%20Y%20DEL%20CONTRATISTA.PDF)

Moncayo Amores, L. (Febrero de 2014). *Repositorio de tesis de la PUCE*. Obtenido de  
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6980/13.J01.001663.pdf?sequence=4>

Montero Murgueytio, M. S. (2014). *Tesis del Repositorio de la UIDE*. Obtenido de  
<http://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/405/1/T-UIDE-0384.pdf>

Pachón Lucas, C. (2001). *Diccionario de la Administración Pública colombiana* (2 ed.). Bogotá, Colombia : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Pérez, E. (2014). *Derecho Administrativo II* (2014 ed., Vol. 2). Quito, Ecuador: CEP.

Rojas Franco, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho procesal Administrativo*. San José de Costa Rica, Costa Rica : Edilex. S.A.A.

Sayagués Laso, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo* (7 ed., Vol. 2). (D. H. Martins, Ed.) Montevideo: Editorial Jurídico Fundación de Cultura Universitaria.

Torres, G. C. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental* (decimonovena ed.). (G. C. Cuevas, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Heliasta.



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Carrera Vera Álvaro Luis**, con C.C: # 0928682970 autor del trabajo de titulación: **El Contrato Administrativo, Análisis de la Facultad Estatal para Imponer Cláusulas Exorbitantes en la Contratación Pública** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 11 de marzo del 2016

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Carrera Vera Álvaro Luis**

C.C: 0928682970



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	El Contrato Administrativo, Análisis de la Facultad Estatal para Imponer Cláusulas Exorbitantes en la Contratación Pública		
<b>AUTOR(ES) (apellidos/nombres):</b>	Álvaro Luis Carrera Vera		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):</b>	María Dolores Rivas Casaretto		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Carrera de Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	16 de marzo de 2016	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	28
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Público; Contratación pública; Derecho Administrativo.		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Contratación pública, contrato administrativo, contrato de adhesión, multas, discrecionalidad, Terminación de la relación contractual, Administración Pública, cláusula exorbitante, bilateralidad.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>			
<p>La evolución de la sociedad hace que el Derecho Público regule y cumpla su papel fundamental de reglar los actos jurídicos dados entre las personas privadas llamadas “contratistas” y el Estado, que pasa a llamarse “contratante”, siendo el contrato administrativo una de las formas de proceder de la Administración Pública que contiene actos jurídicos pre contractuales y contractuales.</p>			



En este trabajo se pretende indagar cuál es la base de discrecionalidad y privilegios del Estado para imponerse sin acudir a una autoridad judicial, denotando que lo reviste de dicha potestad y llegando a su finalidad que es terminar con la relación contractual y sancionar con multa, teniendo en cuenta sobre qué principio legal tiene que fijar sus bases de actuar para que no violenten los derechos de los contratistas.

A lo largo del desarrollo de este tema, trataré las actividades de cada una de las partes que participan en este acuerdo de voluntades, como lo menciona la doctrina, y también las leyes y reglamentos aplicables a la regulación de este contrato administrativo en la legislación ecuatoriana. Estudiaré y analizaré las cláusulas exorbitantes más esenciales en los contratos públicos, investigando cuándo operan y cuál es su finalidad dentro del acuerdo jurídico llevado a cabo entre el contratante y el contratista.

Para terminar, abarcaré si la celebración de este contrato dado entre el Estado y el contratista es de adhesión y si es bilateral o unilateral, dado que este problema jurídico se suscita a lo largo del presente trabajo.

<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono: +593-4-0939973794</b>	<b>E-mail: alvarocarrera1991@hotmail.com</b>
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre: Ab. Maritza Reynoso Gaute</b>	
	<b>Teléfono: +593-4-0994602774</b>	
	<b>E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec</b>	

<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>	
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>	
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>	