



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y  
SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados  
de la República.

Profesor Guía

Dr. José Dionicio Suing Nagua

Autora

Alexandra Elvia Novillo Alcívar

Año

2016

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

---

José Dionicio Suing Nagua  
Doctor en Jurisprudencia  
C.C.1706860440

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente”

---

Elvia Alexandra Novillo Alcívar  
C.C.1712994977

## **AGRADECIMIENTOS**

Gracias de corazón, a mi Tutor Dr. José Suing, por su paciencia, dedicación, motivación, criterio y aliento.

Gracias a cada maestro que hizo parte de este proceso de formación profesional.

Gracias a todos aquellos, que han sabido estar y comprender cada momento en el largo camino de esta investigación. ¡Gracias por ser y estar!

**DEDICATORIA**

A mis padres, por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad; muchos de mis logros se los debo a ustedes entre los que se incluye éste.

En especial a mi abuelo y a toda mi familia en general por el apoyo que siempre me brindaron día a día. Son lo más valioso que me ha regalado la vida.

## RESUMEN

El ensayo académico aborda principalmente el tema de cláusulas exorbitantes dentro del contrato administrativo, y su incidencia en el principio de igualdad jurídica. Estudiando varios conceptos otorgados por doctrinarios en relación al contrato administrativo y los sujetos que lo involucran. Consecuentemente se analiza los principios que deben reinar y no contravenirse en un contrato administrativo. Se señala la importancia de saber distinguir entre un contrato administrativo y un contrato del derecho privado, explicando las características principales que rigen a cada uno. Posteriormente, se hace alusión al concepto de cláusulas exorbitantes. Seguido, del estudio de los varios tipos de cláusulas exorbitantes. Por otra parte, se procede a analizar el concepto de igualdad jurídica, visto desde varios puntos. Finalizando con el estudio del interés público prevaleciente.

## **ABSTRACT**

The academic essay deals mainly with the issue of exorbitant clauses in the contract, and its impact on the principle of legal equality. Studying various concepts provided by doctrinaire in relation to the contract and subjects involving him. Consequently the principles that must prevail and not breached a contract is analyzed. The importance of knowing how to distinguish between a contract and a contract of private law, explaining the main features that govern each stated. Subsequently, referring to the concept of exorbitant clauses is made. Next, the study of the various types of exorbitant clauses. Moreover, we proceed to analyze the concept of legal equality, seen from various points. Ending with the study of prevailing public interest.

## ÍNDICE

INTRODUCCION .....	1
1. LINEAMIENTOS Y DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	3
1.1 Definición de Contrato Administrativo. ....	3
1.2 Sujetos intervinientes en el contrato administrativo. ....	5
1.3 Principios que rigen el contrato administrativo.....	7
1.4 Diferencias entre contrato administrativo y contrato civil.....	12
2. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO AL CONTRATISTA .....	17
2.1 Concepto de Cláusulas Exorbitantes.....	17
2.2 Tipos de cláusulas exorbitantes. ....	18
3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA FRENTE A LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	26
3.1 Concepto de Igualdad Jurídica. ....	26
3.2 Interés Público Prevaliente.....	30
4. CONCLUSIONES.....	35
REFERENCIAS .....	38



## INTRODUCCION

El tema de este trabajo de investigación consiste en las cláusulas exorbitantes dentro del contrato administrativo, y su incidencia en el principio de igualdad jurídica. El ensayo aborda el problema jurídico con base en el artículo 11 de la Constitución de la República en su numeral 2, que establece que el ejercicio de los derechos se rige por el principio de igualdad, en el sentido de que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

La investigación tiene como objetivo general demostrar que las cláusulas exorbitantes subordinan jurídicamente al contratista con respecto a la entidad contratante, vulnerando el principio de igualdad jurídica. Con respecto al objetivo general, cabe plantearse los siguientes objetivos específicos: Determinar el contenido y cláusulas que se utilizan en el contrato administrativo; identificar los distintos tipos de cláusulas exorbitantes que se establecen en el contrato administrativo; analizar la incidencia de las cláusulas exorbitantes en el principio de igualdad jurídica del contrato administrativo.

Los beneficios del presente ensayo, serán dirigidos para el sector académico, donde se podrá conocer detalladamente las prerrogativas que le otorga la ley a las entidades públicas, para adaptar cláusulas y condiciones a su favor.

La investigación hace un análisis exegético y dogmático de la norma legal (o filosófico o sociológico), pues se tomará en cuenta cuerpos normativos de nuestra legislación, ya que se extraerá el contenido de normas jurídicas positivas, para poder llegar a darle una interpretación al sentido de la norma jurídica. El estudio de literatura especializada y doctrina sirve como un medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica, en base a varios documentos creados por renombrados doctrinarios especialistas en la materia, para llegar a comprender el fondo y de manera detallada el tema de investigación.

El primer capítulo del ensayo académico, desarrolla los lineamientos y descripción del contrato administrativo, el cual define lo que involucra el

contrato administrativo, tales como los sujetos que intervienen, así como los principios que lo rigen. El segundo capítulo demuestra las prerrogativas de la Administración Pública con respecto al contratista, mediante el estudio del concepto de cláusulas exorbitantes y sus diferentes tipos. Y el tercer tema permite conocer la vulneración del principio de igualdad jurídica dentro del contrato administrativo, mediante el cual el contratista al aceptar las cláusulas exorbitantes interpuestas unilateralmente por una de las partes, rompe con el principio de igualdad jurídica, donde la entidad contratante justificara sus acciones a nombre del interés público prevaleciente.

## CAPÍTULO I

### 1. LINEAMIENTOS Y DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### 1.1 Definición de Contrato Administrativo.

El contrato administrativo es una forma jurídica en la que el Estado exterioriza su actividad administrativa, cuyo contenido tiene ciertas singularidades que lo diferencian de otras actuaciones. Dentro del derecho privado existen actos jurídicos y contratos privados, mientras que en el ámbito de derecho público se encuentran actos administrativos que son una manifestación unilateral de voluntad de la autoridad administrativa, y los contratos que son celebrados por el Estado, es decir, los contratos administrativos.

Cuando se habla de contrato se supone que es un acuerdo de voluntades, crecido dentro de un plano de igualdad, mientras que en un contrato administrativo, sucede todo lo contrario ya que una de las partes dentro de la relación contractual es superior a otra, el Estado o sus instituciones, frente al contratista, sea persona natural o jurídica. García de Enterría y Fernández (2013, p. 727) mencionan al respecto: “Existe una contradicción en el término *contrato de derecho administrativo*, ya que el contrato, crece sólo sobre el suelo de la igualdad, en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente”.

Esta figura contractual, se encuentra con algunos obstáculos, ya que la ausencia de una verdadera autonomía de voluntad por parte del administrado conlleva a una desigualdad, con respecto a la Administración. En los contratos administrativos existe el principio de libertad de autonomía, es decir, la libertad que tiene el administrado de poder aceptar o rechazar las cláusulas que se encuentran en un contrato administrativo, sin embargo, existe una suerte de coerción por parte de la Administración Pública hacia el Administrado.

“La no aceptación implica una opción a favor de la aplicación imperativa por la Administración del sistema legal objetivo; lo cual es

cierto que constituye una coerción no común en la vida privada, que conlleva a una desigualdad de las partes con respecto a su posición, afectando el propio vínculo constituido” (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 728).

Esteban (2011, p. 10) define el contrato administrativo como: “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, 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 necesidades públicas”.

Dromi (2015, p. 33) define contrato administrativo como: “Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

García de Enterría y Fernández (2013, p. 733) completan estas definiciones de contrato administrativo al mencionar que: “El contrato administrativo sería un contrato en el que están presentes cláusulas exorbitantes o contenidos contractuales de esa naturaleza, no explicables desde el Derecho común de obligaciones”.

Cabe mencionar que el Estado puede llevar a cabo el cumplimiento de sus fines públicos, por medio de dos formas, realizando un contrato por medio del cual, él mismo como Estado u órgano estatal ejerce sus funciones por sí mismo, o utilizando al administrado particular para contratar con la entidad, como por ejemplo las concesiones.

La definición de contrato administrativo en la legislación ecuatoriana se encuentra en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2015, art. 75) el que dispone: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, art. 60) conceptualiza al contrato administrativo: “Carácter de los Contratos.- Los

contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

Por lo cual podemos entender que, un contrato administrativo es aquel celebrado entre un órgano de la Administración Pública (Entidad contratante) y un particular (contratista) u otro órgano del sector público, el cual genera derechos y obligaciones para las partes. Lo que persigue un contrato administrativo es satisfacer el interés público, construir una obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas.

## **1.2 Sujetos intervinientes en el contrato administrativo.**

Todo contrato administrativo se encuentra incompleto sin los sujetos que lo celebran, sin restar importancia a la competencia del órgano estatal, y a la capacidad de las personas particulares contratantes. Sayagués (1963, p. 541) menciona al respecto que: “En la contratación administrativa, una de las partes es siempre la Administración Pública, es decir, órgano estatal actuando en función administrativa, el cual debe mantenerse dentro de su competencia, pues de lo contrario incurriría en vicios”.

### **a) Entidad Contratante**

Por una parte, se encuentra el Estado que tiene bajo su cargo la realización de determinadas actividades mediante el ejercicio de sus potestades que le son propias, son ejercidas a través de sus diferentes órganos estatales. El Estado puede proceder unilateralmente imponiendo su voluntad a los particulares, cuando se ve en la necesidad de actuar de esa manera, por ejemplo, mediante expropiaciones. El Estado, sin embargo, puede llegar a un arreglo consensual con la otra parte, en la cual se origina un contrato administrativo.

“el Estado procura llegar a un entendimiento con los particulares, obteniendo la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos, por medio de un arreglo consensual, la contratación de bienes y/o servicios. Es decir, debe existir un acuerdo mutuo con los particulares,

pues el Estado no puede obligarlo a contratar” (Hamdan, Franco y Ramírez, 2013, p. 249).

La Entidad contratante es esencial dentro de un contrato administrativo, ya que sin ésta el contrato perdería su esencia, es decir, podría ser cualquier tipo de contrato, menos uno administrativo.

“En los contratos administrativos, por lo menos una de las partes, que pueden ser dos o más, ha de ser un órgano del poder público, en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto será un particular o, en el caso del llamado, contrato interadministrativo, otro órgano del poder público” (Dromi, 2015, p. 640).

Siempre y cuando estos sujetos, parte de la función administrativa tengan competencia, y capacidad al momento de contratar. Todo contrato celebrado por la Administración Pública es un contrato administrativo, y consecuentemente, el régimen jurídico aplicable es básicamente el derecho público.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, art. 6, num. 12) dispone: “Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el art. 1 de esta Ley”. Dentro de la presente Ley, dispone que las entidades contratantes son:

“Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado. 2. Los organismos Electorales. 3. Los Organismos de Control y Regulación. 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo. 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles. 8. Las compañías mercantiles” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 1).

Se entenderá que las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, o compañías mercantiles se encontraran dentro de este grupo, siempre y cuando, su capital o recursos estén integrados con el 50% de participación estatal, y en toda contratación en que se utilice recursos públicos en más del 50% del costo del respectivo contrato.

### **b) Contratista**

Por otra parte, se encuentran los particulares, quienes desarrollan dentro de la Ley el papel de contratistas, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, art. 6, num. 6) confirma lo dicho en la definición de contratista: “Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada para proveer servicios de consultoría, de conformidad con esta ley”. Dromi (2015, p. 591) señala que los contratistas de la Administración Pública pueden ser: “personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales”.

El Estado también puede llegar a celebrar contratos con otros órganos administrativos, pertenecientes al Estado mismo, es decir, los contratos interadministrativos, los cuales constituyen otro posible sujeto contractual. Sayagués (1963, p. 542) aclara lo antes mencionado, al decir que: “La otra parte en la contratación administrativa es una persona privada, física o jurídica, o una persona pública no estatal. Y si fuese otra administración estaríamos en presencia de un contrato interadministrativo”.

### **1.3 Principios que rigen el contrato administrativo.**

La Administración Pública al momento de contratar debe sujetarse a los principios de transparencia, igualdad, desigualdad jurídica, legalidad, mutabilidad del contrato, libre concurrencia y publicidad, principios nombrados por algunos doctrinarios tales como Dromi (2015), Ramírez (2014), García de Enterría y Fernández (2013), Balbin (2011) y Rojas (2007), los cuales sirven de

ayuda para regular procedimientos internos de contratación, asegurando una eficiente utilización de los fondos destinados a la ejecución de obras, contratación de servicios, etc. De tal forma que quede garantizado que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta más económica y ventajosa, permitiendo que exista una armonización en materia contractual entre la Entidad contratante y el contratista.

En nuestra legislación, La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, art. 4) dispone los principios que rigen la mencionada Ley y a los contratos, los cuales son: “principio de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

#### **a) Principio de transparencia**

Es aquel que no oculta acciones dudosas, es decir que todas las actividades y las contrataciones que realice la Administración sean públicas, siguiendo los procedimientos que señala la ley. Dromi (2015, p. 631) al respecto opina que la transparencia consiste en: “Aquel que permite ver con claridad el actuar de los órganos de la Administración en la disposición y el uso que se dan a los fondos públicos destinados a la contratación administrativa”. Este principio supone la publicidad, pero además el acceso de cualquier persona a los respectivos expedientes.

Balbin (2011, p. 493) menciona al respecto que: “El principio de transparencia hace referencia a la apertura de las ofertas siempre y cuando éstas se realicen en acto público”.

#### **b) Principio de igualdad**

El principio mencionado consiste en una actuación imparcial por parte de la Administración Pública. Aunque el particular deba someterse a un régimen preestablecido, ya que al particular no le sería permitido discutir los términos de la contratación, se podría decir incluso que, el contrato se lo entendería como un contrato de adhesión, ya que determinadas cláusulas y disposiciones se encuentran prefijadas de antemano por parte del Estado. El principio de igualdad consiste en:

“garantizar a los administrados la protección de sus intereses y derechos como contratista, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta” (Rojas, 2007, p. 260).

Es decir, todos los postores deben tener la oportunidad de contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, prerrogativas o ventajas. El procedimiento debe ser igualitario respecto de los oferentes. Balbin (2011, p. 491) manifiesta que: “se comprende fácilmente que solo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros”.

### **c) Principio de Legalidad**

Rojas (2007, p. 260) con relación a este principio menciona que: “Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción”. Al momento de contratar, las partes deben guiarse por lo que manifiesta el ordenamiento jurídico. A pesar de que la Administración Pública en el momento de contratar lo haga con el fin de satisfacer el bienestar público, debe actuar conforme a lo que dispone la ley, respetando los límites que ésta señala.

El principio de legalidad ha sido recogido dentro de nuestra legislación:

“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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y

hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (Constitución de la República, 2008, art. 226).

Este principio manifiesta que la entidad contratante al tiempo de establecer el contenido del contrato o sus condiciones, bajo las cuales va a convenir con el contratista, va a tener que respetar las normas que regulan la materia. Adaptándose el contrato a lo que estipula el ordenamiento jurídico.

#### **d) Principio de la mutabilidad del contrato**

Con respecto a este principio, Dromi (2015, p. 601) opina que: “los contratos administrativos cede ante el “iusvariandi” que tiene la Administración Pública al introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorios, dentro de los límites de razonabilidad, para el contratista”. Concuera con lo dicho el doctrinario Rojas (2007, p. 261) al manifestar que: “Puesto que la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar”.

De lo expuesto se puede concluir que, la entidad contratante tiene determinados privilegios de los que carece el contratista, ya que el Estado puede realizar algunas variaciones en los términos o condiciones en el contrato, las cuales se transforman en las prerrogativas exorbitantes que tiene la entidad contratante. Siempre y cuando esta inalterabilidad o modificaciones fueran objetivamente necesarias. Al respecto Ramírez (2014, p. 254) menciona que: “la mutabilidad del contrato, manifestada en la circunstancia de que si el interés público lo justifica, podrá adaptarlo o modificarlo; dicho de otro modo, su flexibilidad, frente a la rigidez de los contratos de Derecho Privado.”

#### **e) Principio de la libre concurrencia**

Principio que hace referencia a que toda persona que tenga interés en poder participar, se encuentre en igualdad de condiciones dentro de una contratación administrativa, creando una participación más objetiva y transparente. Dromi (2015, p. 628) dice al respecto que: “la Administración no puede elegir individualmente a sus proponentes; si así lo hiciera, la concurrencia no sería

libre. Por tanto, la publicidad es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre competencia”. Es decir, que todo proceso de contratación incluirá regulaciones, o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial competencia, pluralidad y participación de postores.

Coincide con este criterio Balbin (2011, p. 490) al decir que: “El principio de competencia impone a la Administración el deber de garantizar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. De este modo, se persigue que el Estado contrate en las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer”.

Este principio prácticamente se concentra en una serie de sistemas destinados a seleccionar al contratista entre todos los posibles aspirantes. Garantizando la participación del mayor número posible de oferentes con el objeto de competir entre sí, en condiciones igualitarias.

“La libertad de competencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los entes públicos y persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de los mismos suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con ellos” (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 758).

#### **f) Principio de Publicidad**

Dromi (2015, p. 630) estipula: “la publicidad significa la posibilidad que el mayor número de interesados tomen conocimiento del pedido de oferta de la administración, ampliando así su competencia y competencia en un contexto de transparencia”.

Es decir, que cuando se trata de procedimientos, actos procesales, estos deben ser conocidos incluso por aquellas personas que no sean partícipes del proceso. Es deber de la Administración divulgar el proceso de contratación estatal de modo que éste se haga manifiesto y público.

La contratación pública, debe desarrollarse dentro de un sistema de transparencia, el cual se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones de la Administración, hoy por hoy es importante mencionar que la tecnología permite aumentar la eficiencia de los procesos y permite a la sociedad acceder a la información relativa a las gestiones del Estado en materia de contrataciones y en la participación que realizan los contratistas, generando un mayor control sobre las contrataciones públicas.

“Busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel divulgación, acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate” (Rojas, 2007, p. 260).

Los principios nombrados son esenciales para los procedimientos licitatorios de la Administración, permitiendo a los contratistas acceder a procesos ajustados al ordenamiento jurídico, que brinden seguridad jurídica a éstos; y a la Administración la satisfacción del interés público a través de la elección del contratista que ofertó en las mejores condiciones.

#### **1.4 Diferencias entre contrato administrativo y contrato civil.**

La distinción entre contratos administrativos y contratos del derecho privado nació en Francia a mediados del siglo XX, lo cual pudo ofrecer algunas pautas y ciertas características, que ayudan a identificar si un contrato es civil o administrativo. Existe una clara distinción entre estos dos conceptos jurídicos, aunque en ambos casos se configure un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas, los dos contienen un régimen jurídico diferente.

“Debe aceptarse las diferencias que existen entre estos dos tipos de contrato, porque las reglas son distintas en un caso o en el otro y ello

es así por razones conceptuales y no simplemente por creencias dogmáticas o por el arbitrio del Legislador” (Balbin, 2011, p. 447).

Es así, que los contratos civiles, son regidos por el Derecho Privado, y los contratos administrativos están bajo las leyes del Derecho Público. Cassagne (2006, p. 51) al respecto dice: “El Derecho Público es aquel que tienen por objeto la realización de intereses generales colectivos o sociales, y el Derecho Privado, en cambio, es el que se basa en la regulación de intereses particulares o privados”.

Cuando un contrato es celebrado entre particulares, estos se encuentran en un estado de igualdad de condiciones, como lo es en los contratos civiles; mientras que un contrato administrativo existen ciertas cláusulas que ubican a la Entidad contratante en una situación de superioridad. En relación a lo mencionado, Ramírez (2014, p. 253) menciona que: “Los contratos que se celebren con el Estado y contengan cláusulas exorbitantes, entendiéndose por estas aquellas cláusulas que no son usualmente pactadas entre los particulares, o de pactarse, contravendrían las disposiciones del Derecho Común”.

Cassagne (2006, p. 52) apoya lo antes mencionado diciendo que: “Los contratos de la Administración serían aquellos caracterizados por regir relaciones de subordinación que traducen una desigualdad entre las partes, mientras en los Contratos Privados ellos serían de coordinación, estando los sujetos en una relación de igualdad”.

En un contrato administrativo, van a existir ciertas prerrogativas de interpretación, modificación y resolución unilateral del contrato, las cuales solo se aplicarán a los contratos de carácter administrativo y el tema jurisdiccional se lo hará en función de la calificación del contrato como administrativo o privado.

Cuando se celebra un contrato administrativo, se lo hace con un fin, el bienestar público, a diferencia de un contrato civil que se guía por intereses particulares. Ramírez (2014, p. 253) apoya lo dicho al decir que: “los contratos administrativos tienen como finalidad satisfacer una necesidad colectiva, prestar un servicio público o que se destinen a una utilidad general”.

Con respecto al régimen jurídico:

“Una parte de los contratos de la Administración se califican, en efecto, de privados y se atribuye a su conocimiento a la jurisdicción ordinaria; la otra, en cambio, queda adscrita a la jurisdicción contencioso-administrativa, de donde va concluirse derivativamente que su regulación es objeto del Derecho Administrativo sustantivo y no del Derecho Civil; son los llamados contratos administrativos” (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 730).

Es así que, los contratos administrativos, se encuentran sujetos a las normas de derecho público, y a una jurisdicción de Tribunales Contencioso Administrativos que son los competentes para el conocimiento de las controversias relativas a la preparación, efectos, cumplimiento, adjudicación, y extinción de los contratos administrativos. Dentro de nuestra legislación se menciona las atribuciones y deberes que corresponden a los jueces de las salas de lo contencioso administrativo, en el ámbito de contratación, al decir:

“Conocer y resolver las demandas que se propusieren por contratos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, art. 217, num. 4).

Mientras que los contratos civiles, se encuentran sujetos a las normas de derecho privado, y por lo tanto están sujetos a los Tribunales ordinarios. La distinción entre estos dos, es estrictamente procesal.

Sin embargo, Dromi (2015) manifiesta que el contrato como una institución jurídica general, siempre va a tener los mismos caracteres y va a producir los mismos efectos, cualquiera que sea el Tribunal competente, y que el contrato permanece idéntico por más que exista una vinculación a un servicio público y éste determine la competencia de la jurisdicción administrativa. Con lo que discrepamos, ya que después de lo analizado se puede concluir que evidentemente los Tribunales Contencioso Administrativos son los competentes para conocer de los contratos administrativos ya que serán los encargados de aplicar un régimen especial. La diferencia entre estos dos contratos, en la mayoría de los casos, es evidente.

“Si comparamos entre los contratos del derecho privado por un lado, y los del derecho público por el otro, advertimos que estos últimos contienen cláusulas que en el marco de un contrato privado resultan, según el criterio doctrinario mayoritario inusuales o inválidas. Es decir, estas disposiciones constituyen un exceso notable respecto del derecho privado en términos de habitualidad o legalidad” (Balbin, 2011, p. 443).

Por lo expuesto, podemos mencionar que en el marco de un contrato estatal existen cláusulas exorbitantes y exageradas, ajenas o extrañas al derecho privado, que marcan un elemento diferenciador importante entre estos dos tipos de contrato.

Es esencial saber distinguir entre un contrato administrativo y un contrato celebrado entre privados, ya que cada uno tiene sus particularidades. En el primero una de las partes justifica su posición de superioridad mediante sus prerrogativas, mientras que en un contrato del derecho privado, las partes intervinientes persiguen intereses meramente particulares y se mantienen en

una relación de igualdad respecto a los derechos y obligaciones recíprocas que nacen del contrato.

## CAPÍTULO II

### 2. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON RESPECTO AL CONTRATISTA

#### 2.1 Concepto de Cláusulas Exorbitantes

Las cláusulas contractuales, son aquellas que ayudan a definir aspectos concretos dentro de un contrato. En nuestro caso, dentro de los contratos administrativos existen cláusulas exorbitantes, las cuales son llamadas de esa manera porque al momento de estipularlas, rompen el equilibrio de la relación contractual y colocan a una de las partes, al Estado o a sus instituciones, en una situación de privilegio con respecto a la otra parte contratante. Las cláusulas exorbitantes benefician a la entidad estatal, en desmedro del particular, quien no tiene otra alternativa que adherirse a las mismas.

“Se llaman así porque son evidentemente diferentes del Derecho Común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el Principio de Igualdad de las partes y el de la libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de Derecho Privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual” (Hamdan, Franco, y Ramírez, 2014, p. 256).

Es así que los contratos que se celebran con el Estado o sus instituciones, contienen cláusulas exorbitantes, las cuales no son usualmente pactadas en los contratos celebrados entre particulares, porque son ajenas al principio de igualdad y libertad de contratación.

“Se identifican los contratos administrativos, dada las cláusulas exorbitantes que la Administración Pública incluye en los contratos que se consideran inusuales y hasta inadmisibles en un contrato civil, debido a la colocación en ventaja de uno de los contratantes (el Estado), toda vez que la legislación le otorga facultades exorbitantes,

por una causa de interés público, y que se entiende, dada la naturaleza del contrato, que son consecuencia del mismo” (Béjar, 2012, p. 306).

Las cláusulas exorbitantes, son una característica esencial que identifica al contrato administrativo, las cuales se traducen a prerrogativas del Estado, fijadas como condiciones por la Administración y a los cuales el contratista no tiene otra opción que adherirse.

Ejemplos claros de prerrogativas del Estado, es una expropiación, una alteración legislativa, o que altere las bases del contrato. El poder de dirección y control del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones por parte de la entidad contratante. A la Administración Pública, le interesa, ante todo, la correcta ejecución de la obra y la correcta prestación del servicio público que se pueda derivar del contrato.

Es así, que se puede concluir que cuando se celebra un contrato administrativo, las prerrogativas que tiene la Administración con respecto al contratista, se traducen en desigualdad jurídica entre las partes, como consecuencia de las cláusulas exorbitantes, las cuales ubican a la Administración Pública en una situación de superioridad. Las cláusulas exorbitantes, son un elemento esencial en este tipo de contrato, ya que sin éstas, carecería de una de sus características principales, que lo distinguen de un contrato de derecho privado.

## **2.2 Tipos de cláusulas exorbitantes.**

### **a) Potestad unilateral de la autoridad contratante de dar por terminados anticipadamente los contratos administrativos por causas de interés público, o incumplimiento contractual.**

La resolución unilateral contractual procede cuando ha existido un incumplimiento imputable al contratista, es decir la Administración Pública llega a dejar sin efectos directa y unilateralmente el contrato, en caso de que el contratante llegue a incumplir con alguna disposición, o cuando el caso amerite a adaptarlo a necesidades públicas o la colectividad lo exija, la Ley Orgánica

del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, art. 94) sobre la terminación unilateral del contrato, establece que: “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”.

“Las Entidades Contratantes, tienen competencia para dar por terminado unilateralmente el contrato, frente a un incumplimiento que sea motivo de terminación unilateral, ya que es una prerrogativa de la Entidad Contratante hacerlo y buscar a otro contratista para ser finalizado el objeto del contrato” (Moncayo, 2014, p. 35).

La potestad de la Administración de dar por terminado el contrato de una manera anticipada, es una condición propia de los contratos administrativos. La finalidad de estos contratos es de interés público y constituye razón suficiente para que la Administración ejerza dicho poder sobre el contratista.

“La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 95).

Es así, que en caso de incumplimiento por parte del contratista cualquiera sea la cláusula estipulada en el contrato, significa la resolución por parte de la Entidad contratante a forzar el cumplimiento de lo pactado, utilizando medidas como sanciones o estableciendo acuerdos, como por ejemplo acordando la resolución con pérdida de la fianza prestada al contratista, opción que la Administración podría tomarla, tomando en cuenta la posición contractual en la que se encuentra.

Sobre la Terminación de los contratos, nuestra legislación establece que:

“Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 95).

Puede llegar la situación de imposibilidad del contratista a negarse de cumplir con las obligaciones estipuladas en el contrato, en caso de que la Administración no haya cumplido con las disposiciones que le corresponde a ella como entidad. Teniendo la presencia de una decisión unilateral y ejecutiva, por parte de la Administración, previa al conocimiento judicial, que impone la orden al contratista de cumplir con su obligación de inmediato, mientras que la Administración evade responsabilidad alguna

“La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar

inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 95).

Puede llegar la situación de imposibilidad del contratista a negarse de cumplir con las obligaciones estipuladas en el contrato, en caso de que la Administración no haya cumplido con las disposiciones que le corresponde a ella como entidad. Teniendo la presencia de una decisión unilateral y ejecutiva, por parte de la Administración, previa al conocimiento judicial, que impone el orden al contratista de cumplir con su obligación de inmediato, mientras que la Administración evade responsabilidad alguna. Nuestra legislación al respecto menciona que:

“La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 95).

**b) Derecho de rescindir unilateralmente en los contratos administrativos por incumplimiento del contratista.**

Uno de los poderes de la Administración, dentro de esta relación contractual, se encuentra con la posibilidad de rescindir el contrato, no viéndolo como un tipo de sanción, sino más bien, por razones de interés público, casos fortuitos o de fuerza mayor. Tomando en cuenta que la rescisión del contrato implica la potestad que tiene la Administración para poder dejar sin efecto un contrato,

ante determinadas situaciones, como los antes mencionados, caso de fuerza mayor, casos fortuitos o por índoles de interés público.

Rojas (2007, p. 293) menciona al respecto, sustentando que: “Ante una rescisión unilateral del contrato acordada por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, el acuerdo de rescisión debe estar precedido de los estudios e informes técnicos que acrediten fehacientemente las causales de la rescisión”.

“Las cláusulas exorbitantes, rompen principios fundamentales de la contratación entre particulares, pues estamos en presencia de proteger el interés público, pues a toda la sociedad le interesa que tales contratos, que implican la realización de obras, prestación de servicios, etc., sean de la mejor calidad, se realicen con eficacia y eficiencia y a costos y precios razonables, pues es indiscutible que los recursos que se destinan al cumplimiento de los contratos administrativos provienen de nuestros impuestos” (Hamdan, Franco, y Ramírez, 2014, p. 260).

Es decir, dentro del tema de contratación administrativa, se está hablando de construcción de carreteras, puertos, presas, en fin todo lo que se puede constituir como obra pública, no restando importancia a la adquisición de bienes, arrendamientos, prestaciones de servicios, y resulta en términos económicos un asunto importante para el país entero. Es así que, que estamos en presencia de contratos del derecho público, por lo que no puede estar sujeto a principios, normativa, reglas, que rigen a las relaciones contractuales entre particulares.

La Entidad contratante se encuentra obligada a seguir los procedimientos de contratación, establecidos por la ley, pero el contratista se encuentra más limitado aun, ya que por una parte debe seguir lo que establece la legislación, y por otro lado las bases que son impuestas dentro del contrato por la Administración, nuestra ley al respecto dispone que:

“La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 4, num. 7).

Es decir, la situación derivada del incumplimiento del contratista, hace que la Administración Pública por sí misma, de forma directa, ejecute la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado.

**c) La mutabilidad del contrato, traducido en que si el interés público lo amerita, podrá adaptarlo o modificarlo.**

Es decir, su flexibilidad, frente a la rigidez de los contratos de derecho privado. El Estado puede modificar unilateralmente el contrato, dentro de ciertos límites, pero lo va a realizar, a diferencia de la impotencia del contratista, que no puede hacerlo. La mutabilidad del contrato, se va a traducir en la adaptación de éste a las necesidades públicas colectivas, variando dentro de ciertos límites, condiciones, circunstancias, obligaciones a cargo del contratante, las cuales se encuentran establecidas dentro del contrato, teniendo la Administración el poder de llegar a modificar la prestación u objeto del contrato. Con respecto a lo mencionado, nuestra legislación establece que:

“En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan

los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 85).

Es decir, el contratante tiene derecho al pago del precio que se encuentra estipulado en el contrato, exigiendo a la Administración el cumplimiento de las diversas obligaciones acordadas. El precio no podrá ser modificado de manera unilateral por parte de la Administración Pública.

“El contratante tienen derecho a que se revise el precio pactado. Puede ser que por acontecimientos externos a las partes pueda producirse una modificación en el precio del contrato. El precio no puede ser variado en perjuicio de las partes, pero si en su beneficio” (Rojas, 2007, p. 302).

Es decir el interés público, conlleva a que la Administración Pública realice cambios que no hayan sido previstos desde el origen de la contratación. Es así que el Estado, jamás podría renunciar a una cláusula que haga referencia a la renuncia de una cláusula de mutabilidad del contrato, ya que en caso de aceptar esa disposición, la misma sería nula.

“El ejemplo típico de modificación unilateral operada por la Administración, lo constituye la extensión de una obra pública, a lo ancho o a lo largo, por ejemplo, si se ha convenido que la carretera fuera de dos vías y posteriormente decide la Administración que sea de cuatro, el particular debe cumplir con la modificación, previo pago por los trabajos adicionales” (Rojas, 2007, p. 295).

**d) La facultad de la Administración Pública, de imponer sanciones al contratista en caso de incumplimiento, las cuales no se encuentran previstas expresamente y específicamente en el contrato.**

La Administración Pública, en el caso de haber incumplimiento de obligaciones contractuales, impone ciertas sanciones al contratista.

“En el contrato de derecho privado el acreedor debe pedir la aplicación de las penas ante el juez, es decir, la imposición de la multa y, en su caso, su ejecución. En el ámbito del derecho público no es así porque el Estado dicta el acto de imposición de las multas por sí, e incluso éste goza de fuerza ejecutoria” (Balbin, 2011, p. 576).

Nuestra legislación al respecto menciona que:

“En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 71).

“La principal característica de estas sanciones es que ellas pueden ser pronunciadas unilateralmente por la Administración, es decir no está obligada previamente a recurrir a un juez para que aquel se pronuncie respecto de su motivo o contenido. Al contrario, el contratante podría atacar la decisión administrativa por medio de los recursos jurisdiccionales correspondientes, constitucionales, administrativos y contencioso administrativos” (Rojas, 2007, p. 293).

Los diferentes tipos de cláusulas exorbitantes antes expuestas, son de gran ayuda para poder identificar cuando nos encontramos frente a un contrato administrativo, ya que éstas serían inadmisibles en un contrato entre particulares. También para entender las prerrogativas que tiene la Administración a través de las cláusulas exorbitantes, a pesar de que éstas constituyen su esencia y tienen como objeto otorgar a las partes derechos y generar obligaciones.

### CAPÍTULO III

## 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA FRENTE A LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 3.1 Concepto de Igualdad Jurídica.

Dentro de nuestra legislación, encontramos señalado el principio de igualdad:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República, 2008, art. 11, num. 2).

Este artículo, con respecto al principio de igualdad hace mención a que no debe existir una distinción de raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social, es decir, no se podrán conceder prerrogativas, ni se impondrán obligaciones que hagan a unas personas de mejor o peor condición que otras.

“El concepto de igualdad jurídica puede ser definido como la capacidad y posibilidad de que varias personas (indeterminadas en número) adquieran los derechos y contraigan obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran. El criterio que sirve de base para constatar si existe o no igualdad desde el punto de vista jurídico es la situación de derecho determinada en que dos o más personas se hallen” (Brito, 1968, p. 139).

El interés público, en cierto modo constituirá en aquello que es relevante para la mayoría de una comunidad específica, en un tiempo económico, político y social determinado, y que por lo tanto, es susceptible de ser protegido por el Estado.

“Las actuaciones de la Administración Pública se deben regir en todo momento de conformidad con tres principios básicos: el de igualdad, el de proporcionalidad y el de respeto a la libertad individual. El de igualdad debe entenderse ante todo como igualdad de trato, esto es, la ausencia de discriminación o de concesión de privilegios arbitrarios. La discrecionalidad y libertad de la Administración Pública, le permite elaborar balances de la conveniencia del ejercicio de un derecho o de su limitación, pero de ninguna manera debe configurarse como un poder arbitrario” (Huerta, 2008, p. 138).

El principio de igualdad jurídica consiste en una igualdad ante la ley, en la que no existen privilegios ni prerrogativas. Es un principio esencial de la democracia.

“La igualdad ante la ley no significa gozo actual de los mismos derechos, sino capacidad general para adquirirlos, iguales garantías, y seguridad de que no se excluya a nadie arbitrariamente, pero la adquisición y ejercicio de los derechos supone de todas maneras el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no se pueden hacer efectivos” (Larrea y Tobar, 1995, p. 207).

De lo expuesto podemos entender que el principio de igualdad supone eliminar todo privilegio, así como los fueros personales e incluso dignidades hereditarias. Sin embargo dentro de nuestra legislación, existen ciertas prerrogativas que tienen determinados funcionarios, y por lo tanto esto deriva en privilegios especiales para estos, tal es el caso del presidente de la República, ya que por las funciones que desempeña, no es posible que esté sujeto a la jurisdicción de un juez de inferior jerarquía, por lo tanto las prerrogativas que le pertenecen no serán las mismas que las de un juez de inferior jerarquía.

Es así que por ejemplo, en las relaciones contractuales entre particulares el principio de igualdad jurídica se encuentra presente, mientras que en los contratos administrativos, este principio desaparece.

“Las relaciones de los particulares están fundadas sobre la igualdad jurídica, ninguna voluntad privada es, por esencia, superior a otra, de tal manera que ella pueda imponérsele contra su voluntad; es por ello que el acto que caracteriza las relaciones privadas es el contrato, es decir, el acuerdo de voluntades. La Administración en cambio, debe satisfacer el interés general. Ella no lo podría hacer, si estuviera, con los particulares, en pie de igualdad” (Rivero, 1984, p. 10).

La existencia de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, significa poner al Estado en una posición de supremacía con respecto al contratista, violentando de esa manera la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Hay que tomar en cuenta que es un principio que no sólo es aplicable hacia los particulares, sino a toda persona, natural o jurídica, de derecho público o privado. Frente a las potestades que invoca el interés público para otorgar al Estado la potestad de modificar o terminar unilateralmente los contratos por ejemplo, muchas veces tales facultades no son realizadas en función del interés público, sino debido a un interés particular de las actividades estatales, haciendo que el contratista sufra las consecuencias que conlleva las prerrogativas del Estado.

“Queda por mejorar las costumbres sociales, los hábitos y prácticas administrativas, creando una mentalidad más abierta hacia el gran principio de la igualdad, como lo pide el verdadero sentido democrático del país. Quedan también algunos puntos de la legislación que deberán reformarse para actuar de modo más perfecto y pleno el precepto constitucional de la igualdad. Ha de entenderse este fecundo principio no como una regla insólita, aislada o nueva, sino en el contexto de todo el desarrollo constitucional en el Ecuador, y lejos de admitir ningún retroceso en la materia, hay que actuar decididamente para lograr la plena eficacia de una norma tan razonable” (Larrea y Tobar, 1995, p. 219).

Se habla incluso, que el principio de igualdad jurídica, se encuentra averiado, al momento en el que el conflicto llega a Tribunales o a instancias mayores,

donde se podría decir que es juez y parte, el Estado en sí, ya que al momento de dictar una decisión, el Estado la estaría dictando a favor de sí misma

“Es un valor compartido por la cultura jurídica contemporánea, la inconveniencia de que un mismo sujeto sea simultáneamente juez y parte en un conflicto jurídico determinado. Pero ocurre que quien juzga acerca de la entidad no será un tercero imparcial y ajeno al conflicto como sería lógico que ocurriera, sino justamente una de las partes contratantes; lo cual no hace falta decirlo, constituye una verdadera vía libre a la arbitrariedad y vulneración al principio de igualdad de las partes” (De Cores y Cal, 2007, p. 137).

Es decir, resulta de manera evidente que la autoridad se encuentra en una situación de ventaja, frente al individuo, por ende cualquier interés que tenga el Estado será tomado como interés público. Para evitar estos abusos por parte de la autoridad pública, deberían estar obligados a fundamentar y motivar los argumentos y decisiones que vayan a tomar.

“La libertad otorgada a la autoridad administrativa para determinar el alcance de interés público ha sobrepasado los límites del concepto, se ha abusado de potestad de la autoridad para decidir sobre estos límites. Lo anterior es resultado de la falta de parámetros expresamente establecidos para el estudio del concepto y así saber si la autoridad ha realizado este, de manera correcta y apegada a Derecho. Lo que afecta la seguridad jurídica del particular ya que no tiene la certeza respecto de la manera de proceder de la autoridad” (Picasso, 2011, p. 2).

Podemos concluir que el principio de igualdad, consiste en imponer leyes para todo habitante de un Estado, es decir, ante la ley nadie tiene diferencias de ningún tipo. Sin embargo, existen prerrogativas que le son propias a la Administración Pública, y que por lo tanto sus funcionarios y sus instituciones, se encontraran en una situación de ventaja, y será el Estado quien impone reglas para usarlas a su favor.

### 3.2 Interés Público Prevaliente

Hay que partir del concepto de interés público, el cual dice:

“Puede ser considerado como un concepto de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado ya sea a través de prohibiciones, permisos, o estableciendo modos de gestión” (Huerta, 2008, p. 132).

Sin embargo, los conceptos de “bien común” e “interés público” son considerados conceptos jurídicos indeterminados, ya que si nos fijamos en los dos términos, se podría entender que tienen un mismo significado, no obstante, su concepto es diferente. Con respecto a los conceptos jurídicos indeterminados:

“Con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado. Es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que admite ser precisado en el momento de la aplicación de tales conceptos o la calificación de ciertas circunstancias concretas, no admite más que una solución” (Rendón, 2012, p. 31).

La valoración de estos conceptos jurídicos indeterminados o conocidos también como conceptos flexibles, podrán ser entendidos de acuerdo a determinadas circunstancias de modo, lugar, o tiempo. Dichos conceptos tienen un contenido abierto de los cuales surgen conflictos, tal es el tema de la interpretación. Cabe mencionar que parte de la solución a estos problemas jurídicos, es la autoridad administrativa ya que en ella se encuentra la última decisión.

“Cuando una cuestión del derecho, no tiene una «única» respuesta correcta. Solo entonces hay indeterminación jurídica. Y esto ocurre, entre otras causas, cuando la indeterminación se debe a la inclusión de

un término jurídico que no es concretado por el derecho y, por tanto, admite un «marco de posibilidades» de sentido a la hora de ser aplicado y/o interpretado” (Núñez, 2013, p. 17).

Es así que podemos entender que el **bien común** es de todos y para todos. No promueve la ventaja de un grupo o clase alguna, sino el beneficio de todos, cualquiera que sea el carácter o la función que las comunidades realicen en la sociedad. No puede excluirse a nadie de los beneficios del bien común argumentando pertenencia a Nación, religión, sexo, creencia política, o posición social.

El bien común de un grupo social es pues el fin común por el cual los integrantes de una sociedad se han constituido y relacionado en ella.

Mientras que el **interés público**, concepto que atañe a nuestro tema de investigación, supone una suma o forma del conjunto de los intereses particulares, la cual no podrá abandonar intereses públicos para satisfacer intereses privados, ya sean de sus funcionarios o de otros ciudadanos. Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado.

El interés público origina beneficios para todos los integrantes de una colectividad. Estas últimas pretensiones son garantizadas mediante la actividad constante de los órganos del Estado. Es el derecho al beneficio de la comunidad sobre un derecho o beneficio de un particular o de un solo sector de la población, por eso algunas leyes señalan que son de orden público, es decir, que sus disposiciones atañen a todos sin distinción alguna.

“En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa” (Cassagne, 2008, p. 1).

El interés público debe ser comprendido como el interés genuino de toda la comunidad y no como el interés simulado de una élite o minoría movida por objetivos de utilidad propia.

“El interés público se refiere a intereses que se consideran muy necesarios e importantes para la supervivencia o el bienestar de la sociedad como tal. El interés público es un fin fundamental de todo ordenamiento jurídico, porque dar a la sociedad “lo suyo” es un precepto de justicia elemental” (López, 2010, p. 128).

“El término interés público al parecer cumple la función de ser el instrumento de referencia para ponderar o limitar los derechos de cada individuo ; de ahí entonces que en ocasiones sea la justificación para la intervención de la Administración Pública en casos de la vida privada” (Picasso, 2011, p. 2).

Lo que se busca con los contratos administrativos, es resguardar y satisfacer el interés público de la mejor manera posible.

“Se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la Administración las cosas muebles que ha menester” (García de Enterría y Fernández, 2013, p. 784).

Es por eso que de cierta manera, el contrato administrativo se encuentra por ejemplo, sujeto al principio de mutabilidad. Es decir, realizar las modificaciones posibles, al contrato para que así éste se pueda adaptar a las condiciones que exijan las necesidades públicas, incluso si la inalterabilidad del contrato se prohibiera, podría haber un retardo en la obra. Necesariamente este tipo de contrato, exige principalmente la satisfacción del interés general. Ramírez (2014, p. 253) al respecto también opina que: “los contratos administrativos se celebran con la finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, prestar un servicio público o que se destinen a una utilidad general”.

“Sin embargo, comúnmente cuando se habla de “interés público” se está haciendo referencia en principio a un interés participado por una mayoría de ciudadanos y que afecta a la sociedad como tal. Para constituir un interés público no importa la naturaleza estricta del interés. Puede ser la construcción de una autovía que implica la expropiación de unos terrenos privados” (López, 2010, p. 128).

Estas potestades administrativas se traducirían a un poder que no es emanado del contrato en sí, sino a un poder que es propio de la Administración, del papel que desarrolla como tal.

“El principal argumento esgrimido para otorgar a la Administración la potestad bajo análisis consiste en que, en los contratos que ella celebra, habría implícita una cláusula exorbitante del derecho común, cuya existencia se justificaría por el interés público que en ellos hay en juego” (De Cores y Cal, 2007, p. 135).

“El interés público actúa como justificante de determinadas acciones por parte del Estado, opera como clausula general habilitante de la actuación pública en nombre de un bien jurídico protegido por el ordenamiento. El interés público puede identificarse como uno de los fines del Estado y es la pauta de actuación a la que la Administración Pública ha de sujetarse. El interés público no puede convertirse en un pretexto para la arbitrariedad estatal” (Huerta, 2008, p. 134).

El interés público prevalece, ya que de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Ya que carecería de sentido obligar a la comunidad a utilizar una carretera o un puerto mal construido.

“El contrato administrativo es un medio de cumplir el funcionamiento de los servicios públicos, se debe aceptar la consecuencia de ese principio. La ejecución del contrato administrativo además de comportar para el contratista la realización de las obligaciones estipuladas por las

partes, convierte también a ese contratista en un medio más o menos directo del funcionamiento de un servicio público” (Pérez, 2014, p. 356).

Ya que el Estado contrata para la colectividad, para el público, para los usuarios del servicio público, para el interés colectivo y general.

“Las potestades administrativas son de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque todas ellas están encaminadas a satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico. Dentro de ellas se pueden destacar las potestades reglamentarias, de ejecución, de revisión de sus actos y sancionatoria, por nombrar las más relevantes, todas potestades exorbitantes de la Administración del Estado y que implica una posición privilegiada de ésta dentro del ordenamiento jurídico justificado en los intereses públicos puestos bajo su cargo” (Ferrada, 2007, p. 78).

“Las prerrogativas de la Administración, permiten hacer prevaleciente el interés general, cuando se halle en conflicto con los intereses particulares. El recurso a estos procedimientos autoritarios no es siempre necesario; cuando, en la búsqueda del interés general, la voluntad de la Administración concuerda con la de los particulares, ella puede utilizar la técnica del contrato. Pero la decisión unilateral permanece como el procedimiento más característico de la acción administrativa, y el más frecuente” (Rivero, 1984, p. 14).

Podemos entender que toda actividad realizada por los sujetos pertenecientes a las entidades estatales, se encuentran tendientes a la satisfacción de las necesidades de interés general, y de cierta manera se traduciría en una justificación por parte de la Administración el realizar cambios en la comunidad, sosteniendo que las modificaciones realizadas son para producir efectos positivos en bien de la comunidad, fijándose si los cambios que realizan son justos y permitentes para el particular que es el que sufre las consecuencias, a nombre de un interés general prevaleciente.

#### 4. CONCLUSIONES

En el derecho administrativo ecuatoriano, existen un conjunto de potestades y prerrogativas de la Administración Pública, cuyo fundamento y contenido está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico, conforme al principio de legalidad.

Ante todo lo expuesto, podemos concluir que un contrato administrativo es aquel celebrado entre el Estado o cualquiera de sus entidades con un particular, sin descartar la posibilidad de que sea celebrado entre órganos estatales; el cual produce derechos y obligaciones para las partes que lo celebran.

Un contrato administrativo sería imposible celebrarlo sin los sujetos esenciales que lo componen, tales como la entidad contratante, entendiéndolo a este como un órgano estatal, cumpliendo funciones administrativas y un particular. De tal forma que se consideran contratos administrativos todos aquellos donde intervenga como parte contratante la Administración Pública. Es decir, resulta indispensable, la participación de una entidad pública para estar ante la posibilidad de discutir su naturaleza contractual

Los principios esenciales que conlleva un contrato administrativo son transparencia, igualdad, legalidad, mutabilidad del contrato, libre concurrencia y publicidad, los cuales son de gran ayuda para el desarrollo de procedimientos internos de contratación, generando una relación pacífica entre las partes contratantes.

Existe una clara distinción entre un contrato administrativo y un contrato del derecho privado, estos dos contratos comprenden distintos conceptos jurídicos, aunque en ambos casos se configure un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas los dos contienen ciertas características que les son propias. Un contrato de derecho administrativo tiene por objeto satisfacer intereses generales, las partes se encuentran en una situación de desigualdad jurídica en base de cláusulas exorbitantes a favor de la Entidad Contratante.

Los contratos administrativos dan origen al abuso de ciertas cláusulas exorbitantes que en ocasiones causan lesiones a derechos, y para evitar los mismos, por medio de los tribunales de lo contencioso administrativo existe un control de legalidad y solución de controversias entre las partes. Mientras que un contrato del Derecho Privado, es aquel que satisface los intereses de particulares o privados, en el cual las partes mantienen una relación contractual en pie de igualdad, los sujetos intervinientes en la celebración contractual son dos particulares, y el conocimiento de este tipo de contratos se lo encarga a la jurisdicción ordinaria.

Dentro de los contratos administrativos se estipulan cláusulas exorbitantes, las cuales son llamadas de esa manera porque al momento de incluirlas en el contrato, rompen el equilibrio de la relación contractual y colocan a una de las partes, al Estado o a sus instituciones, en una situación de privilegio con respecto a la otra parte contratante.

Existen varios tipos de cláusulas exorbitantes, las cuales son el derecho unilateral de la autoridad contratante de dar por terminados anticipadamente los contratos administrativos, el derecho de rescindir unilateralmente los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, la mutabilidad del contrato, la facultad de la Administración de imponer sanciones al contratista en caso de incumplimiento. Todos estos tipos de cláusulas se traducen en prerrogativas que le otorga la ley a las entidades públicas, para adaptar condiciones a su favor.

Se puede concluir que el principio de igualdad jurídica, es aquel que debe entenderse como igualdad de trato, es decir, la ausencia de discriminación o de concesión de privilegios, ya que al momento de celebrar un contrato administrativo, el Estado se encuentra en una posición de ventaja ante un particular, violentando de esa manera la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

El interés público prevaleciente es una manera de justificar las prerrogativas que tiene la Administración Pública para adaptar el contrato a las necesidades colectivas de los ciudadanos, a través de diversas formas de intervención.

En síntesis, la actividad administrativa debe entenderse como un servicio a los administrados, que brinda igualdad, garantía, tutela y seguridad de derechos; y no como una estructura que utiliza sus prerrogativas a través de cláusulas exorbitantes para actuar de manera arbitraria.

## REFERENCIAS

- Balbin, C. (2011). Tratado de Derecho Administrativo IV, Buenos Aires, Argentina: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Bèjar, L. (2012). Curso de Derecho Administrativo, México D.F.: Editorial Liber Iuris Novum.
- Brito, R. (1968). El principio de Igualdad en el Derecho Constitucional Comparado. Recuperado el 18 de Mayo del 2016 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/9.pdf>
- Cassagne, J. (2006). Derecho Administrativo I (8.<sup>a</sup> ed.) Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Argentina S.A.
- Cassagne, J. (2008). Características Principales del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. *Revista Derecho Administrativo*. (49). 1-8. Recuperado el 20 de Mayo del 2016 de [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_caracterizacion\\_legal\\_de\\_las\\_contrataciones\\_de\\_la\\_Administracion\\_nacional.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_caracterizacion_legal_de_las_contrataciones_de_la_Administracion_nacional.pdf)
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- De Cores, C. Cal, J. (2007). El Concepto de Interés Público y su Incidencia en la Contratación Administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. (11). 135-137. Recuperado el 20 de Mayo del 2016 de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>
- Dromi, R. (2015). *Contrato Administrativo I* (13.<sup>a</sup> ed.) Buenos Aires, Argentina: Hispana Libros.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (2015). Registro Oficial 536 de 08 de abril de 2015.
- Esteban, C. (2011). *La teoría de los contratos administrativos*. Recuperado el 16 de abril del 2016. [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011\\_-\\_04\\_-](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-)

*\_03\_Esteban.pdf*

- Ferrada, J. (2007). Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Revista de Derecho Valdivia*. (21). 76-78. Recuperado el 13 de Mayo de 2016 de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>
- García de Enterría, E. Fernández, T. (2013). *Curso de Derecho Administrativo I* (16.ª ed.) España: Editorial Aranzadi S.A.
- Hamdan, F. Franco, J. Ramírez, J. (2014). *Contratación pública y el exceso de poder*, México: Porrúa.
- Huerta, C. (2008). El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional. Recuperado el 22 de Mayo del 2016 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2375/8.pdf>
- Larrea, J. Tobar, J. (1995). *Derecho Constitucional Ecuatoriano* (4.ª ed.) Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública*. (2008). *Registro Oficial* Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.
- López, N. (2010). El Interés Público entre la Ideología y el Derecho. *Revista de Filosofía Jurídica y Política*. (44). 124-128. Recuperado el 26 de Mayo del 2016 de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/502/592>
- Moncayo, L. (2014). Procesos Administrativos Previos a la Ejecución de Garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Recuperado el 22 de Mayo del 2016 de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6980/13.J01.001663.pdf?sequence=4>
- Núñez, M. (2013). Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería, controversias y soluciones. Recuperado el 9 de Agosto del 2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4038/1/SM132-Nu%C3%B1ez-Los%20conceptos.pdf>
- Pérez, E. (2014). *Derecho Administrativo II* (4.ª ed.) Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Picasso, N. (2011). La Utilización del Concepto de Interés Público en el Derecho Administrativo. Recuperado el 18 de Abril del 2016 de [http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la\\_utilizacin\\_del\\_conc](http://www.angelesabogados.com/apps/site/files/la_utilizacin_del_conc)

epto\_de\_ip\_en\_el\_derecho\_administrativo.pdf

Rendón, T. (2012). Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo, Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Rivero, J. (1984). Derecho Administrativo I (12.<sup>a</sup> ed.) Caracas, Venezuela: Editorial Taurus.

Rojas, E. (2007). Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, Guayaquil, Ecuador: Editorial Edilex S.A.

Sayagués, E. (1963). Tratado de Derecho Administrativo I (3.<sup>a</sup> ed.) Montevideo, Uruguay: Editorial Dorantes.