

ARTÍCULO CIENTÍFICO

LA POTESTAD EXORBITANTE DEL ESTADO PARA TERMINAR DE MANERA UNILATERAL Y ANTICIPADA EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

THE EXORBITANT POWER OF THE STATE TO UNILATERALLY AND EARLY TERMINATE THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

García Guevara, María José ^I; Jácome Ordóñez, María del Carmen ^{II}

^I: majogague1988@yahoo.es. Consejo Nacional Electoral, Pichincha, Ecuador.

^{II}: macarmenjacom@gmail.com. Abogada en libre ejercicio, Ecuador.

Recibido: 23/08/2021

Aprobado: 08/12/2021

Como citar en normas APA el artículo:

García, M. J., y Jácome, M. C. (2022). La potestad exorbitante del Estado para terminar de manera unilateral y anticipada el contrato administrativo. *Debate Jurídico Ecuador*, 5(1), 22-38.

RESUMEN

El presente trabajo pretende determinar si el Estado cumple su más alto deber de respetar y hacer respetar el derecho a la igualdad cuando da por terminado un contrato administrativo de forma unilateral y anticipada; para lo cual se analizará lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al procedimiento a seguir para ser contratista del Estado; se analizará además las potestades exorbitantes que tiene el Estado bajo la doctrina del Derecho Administrativo. Del mismo modo, se identificarán los mecanismos de defensa de derechos que amparan al “contratista incumplido”; toda vez que las sanciones que impone la administración son rigurosas cuando llegan al punto de imponer la voluntad subjetiva de las máximas autoridades de las entidades contratantes, no obstante a ello la normativa respetando el régimen democrático del Ecuador, establece la facultad a favor del contratista de impugnar todo acto administrativo o acto de autoridad, cuando considere que sus derechos han sido afectados o vulnerados, haciendo uso de su derecho constitucional al “debido proceso”. Respecto a lo indicado en el párrafo anterior, la Carta Magna establece en su artículo 173: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”. En este sentido, los medios o instrumentos que permitan a las partes o a terceros hacer frente a resoluciones judiciales o diligencias procesales que no se adecuan a la

norma jurídica establecida en la propia ley, se conocerán jurídicamente como impugnación; la actividad de las partes no se agota con los diversos tipos de impugnación, al contrario, esta actividad continúa con la interposición de los medios de impugnación.

PALABRAS CLAVE: Estado; potestad exorbitante; contratista incumplido; derechos; debido proceso.

ABSTRACT

This paper seeks to determine whether the State fulfills its highest duty to respect and enforce the right to equality when it unilaterally and early terminates an administrative contract; to this end, it will analyze the provisions of the Organic Law of the National Public Contracting System regarding the procedure to be followed to become a State contractor; it will also analyze the exorbitant powers that the State has under the doctrine of Administrative Law. Likewise, the mechanisms for the defense of rights that protect the "unfulfilled contractor" will be identified; since the sanctions imposed by the administration are rigorous when they reach the point of imposing the subjective will of the highest authorities of the contracting entities. Nevertheless, the regulations, respecting the democratic regime of Ecuador, establish the power in favor of the contractor to challenge any administrative act or act of authority, when it considers that its rights have been affected or violated, making use of its constitutional right to "due process". With respect to the preceding paragraph, Article 173 of the Constitution states: "The administrative acts of any State authority may be challenged, both administratively and before the corresponding organs of the Judicial Branch. In this sense, the means or instruments that allow the parties or third parties to face judicial resolutions or procedural proceedings that do not conform to the legal norm established in the law itself, will be legally known as a challenge; the activity of the parties is not exhausted with the various types of challenges, on the contrary, this activity continues with the interposition of the means of challenge. Within the means of challenge, we have: administrative claim, appeal, and resource of reposition, extraordinary recourse of revision and finally the judicial way.

KEYWORDS: State; exorbitant power; defaulted contractor; rights; due process

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 3 establece que el deber primordial del Estado es garantizar sin discriminación el goce efectivo de los derechos constitucionales a todos los habitantes (Asamblea Nacional, 2008); deber que requiere entre otras acciones por parte del Estado, la interacción con particulares que son parte de su actividad estatal encaminada

a un solo fin: el bien común, atendiendo las normas del debido proceso. Los recursos públicos que el Estado emplea para cumplir su fin se visualizan en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, mismos que servirán como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas, para lo cual entra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como un instrumento para la materialización de los objetivos estatales, así como los requisitos de los actos jurídicos unilaterales estatales utilizando herramientas electrónicas como soporte y/o medio para la realización de transacciones con el sector público que permitan socializar los requerimientos de las entidades contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 60 define como contratos administrativos a aquellos celebrados por las entidades contratantes, analizaremos la extinción de los mismos logrando una visión general y sistemática de la teoría de los contratos de la administración pública (Gil, 1998, pág. 287), constituyéndose éstos en otro medio que emplea la Administración Pública para cumplir sus fines, toda vez que existe la necesidad permanente de celebrar convenios y contratos, a través de sus agentes o funcionarios “al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas” (Gordillo, 2013, p. 163) con lo cual se deja en evidencia el cumplimiento de sus deberes a través de la satisfacción de las necesidades colectivas.

La principal característica del contrato administrativo radica en su contenido de cláusulas exorbitantes que constituyen un criterio para identificar una prerrogativa estatal otorgada al funcionario público, para que en su función pueda ejercitar sus potestades en defensa y protección de los intereses del Estado cuando éstos puedan verse afectados en la ejecución de un proceso contractual. Dentro del contexto legal de la LOSNCP, poseen la denominación de “contratos administrativos”, aquellos que tienen por objeto, realizar cualquiera de los “procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios” que sean realizados por los sujetos contemplados en la propia LOSNCP.

En este sentido, Oscar Trelles de Belaunde considera que el contrato administrativo es uno de los medios más comunes por el cual la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración (Belaunde, 2002); por lo tanto, este contrato se origina debido a “la ineficiencia o imposibilidad de la Administración para desarrollar por sí misma una serie de actividades que competen a su función”, de tal forma que se denota una imperiosa necesidad de la colaboración de los particulares para llevarlas a cabo. Respecto a este enunciado, los especialistas peruanos Amado y Miranda sostienen que un contrato es administrativo por razón

de su objeto, por sus partes, por las prerrogativas, por contener cláusulas exorbitantes y además por el hecho de que un contrato administrativo conlleva a que la relación jurídico-patrimonial surgida de éste se encuentre normada por el Derecho Público, criterio compartido por Dromi quien señala que, en todo contrato en que participe la administración pública, se estará ante un contrato administrativo y se tendrá un régimen jurídico especial regido, en su mayor parte, por el Derecho Público. (Roberto, Derecho Administrativo, 2001, pág. 231).

El contrato administrativo obedece a un régimen jurídico propio sometido al derecho público, el cual brinda la seguridad jurídica a las partes, pues las normas que rigen son previas, claras, públicas y obligatorias, estipulaciones contractuales que no pueden contrariar el ordenamiento jurídico, de esta forma evitando el abuso de la administración frente al particular. El tratadista Jaime Ossa, manifiesta que el término potestad implica la atribución a los órganos del Estado de prerrogativas exorbitantes del derecho común y extrañas a los derechos reconocidos normalmente a los individuos; así, la potestad resulta inherente a la administración pública, pues no es concebible que ésta cumpla su cometido en bien de la comunidad si carece de un poder represor que haga viable el ejercicio racional de la función pública. De acuerdo a Ossa (Jaime, 2009, p. 376), es el poder político, poder monopolizador de la coerción material, poder soberano.

De otra parte, el Dr. Juan Carlos Benalcázar, manifiesta que el Estado es un ente que ostenta soberanía, implica autoridad, y se traduce en la potestad de decidir, en los asuntos que le son propios; el Estado constituye una persona jurídica, y por ende, un sujeto de derecho (Carlos, 2007, p. 33, 34). Para Roberto Dromi, existe la potestad administrativa como tal, que no es un aspecto del poder, pero se derivan del poder; el Estado el único dotado de poder que se subdivide en órganos de administración pública (2001, p. 248,322). En efecto, una de las cláusulas exorbitantes establecidas en el contrato administrativo es aquella que se refiere a la terminación del mismo, establecida en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo texto establece siete causales para dar por terminado el contrato administrativo. La terminación unilateral del contrato sería entonces una forma atípica de extinguir las obligaciones contractuales, toda vez que denota la falta de planificación (Administrativo, 2017) y de políticas de compras públicas adecuadas, que podrían generar un mal uso de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.

Para comprender de mejor manera la terminación unilateral, el tratadista Ranfer Molina, sostiene: la facultad de dar por terminado el contrato debe ser ejercitada; es decir, este tipo de cláusulas no operan de pleno derecho y por tanto no procede la terminación del vínculo contractual *ipso facto*; incluso cuando se verifiquen las causales de una cláusula de terminación unilateral con causales. Para que, la parte pueda dar por terminado el contrato de manera unilateral deberá realizar una manifestación de voluntad dirigida a la otra parte para que esta surta efectos. Como

regla general, entonces, se considera que debe existir una especie de notificación que exprese su voluntad inequívoca de hacerlo con la debida antelación. (Molina, 2016, p. 127).

En este sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia, en su Expediente 31-99 manifestó: “La terminación anticipada y unilateral del contrato es una institución propia del contrato administrativo, que sólo se explica en él y que es abiertamente contrario a la normatividad civil que establece como únicas posibilidades de la terminación anticipada del contrato o el convenio acordado entre ambas partes de mutuo acuerdo o la sentencia judicial que, por probados vicios, lo da por concluido”. Consciente de la importancia de esta figura de la terminación unilateral como prerrogativa estatal, el presente trabajo permitirá además conocer “los medios impugnatorios a los que puede acudir el contratista para dejar sin efecto esa terminación unilateral y anticipada del contrato” (Jaramillo, 2016).

De este modo, la autoridad deberá expresar la motivación del acto administrativo de terminación unilateral. Al respecto, la doctrina ha determinado que, si un particular resultare afectado por tal decisión, tiene el derecho constitucional de conocer cuáles fueron las causas que motivaron tal decisión, para poder hacer uso de las facultades que le concede la ley, o para ejercer su derecho a la defensa y tomar cualquier medida que le ampare de un arbitrio, a fin de poder impugnar este acto de ser necesario ante las instancias respectivas. La legislación ecuatoriana contempla la posibilidad que, ante una terminación anticipada y unilateral por incumplimiento del contratista en la obligación contractual, se pueda contratar directamente con cualquier proveedor el cumplimiento del objeto inconcluso del contrato.

Al respecto, el artículo enumerado primero del RGLOSNCNP prescribe “luego de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, iniciará un proceso de contratación directa”; la palabra “iniciará” constituye un hecho que para mi criterio se contrapone a la prerrogativa descrita en el párrafo anterior, relacionado con el artículo 94 de la LOSNCNP, por cuanto el citado artículo enumerado establece un mandato, mas no una posibilidad. En el presente trabajo se analizará la principal consecuencia jurídica de la terminación unilateral y anticipada del contrato, tomando como punto de partida el deber primordial del trato justo e igualdad en la contratación; analizando también que la terminación unilateral podría dar lugar al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar en favor del contratista.

MÉTODOS

Con la finalidad de abordar y desarrollar teóricamente el tema planteado, se ha empleado métodos eficientes tales como: análisis – síntesis, cuyo ejercicio me ha permitido realizar un desglose del tema, para profundizarlo y evaluar los resultados obtenidos, creando criterios de

confiabilidad y comprobación; para lo cual fue indispensable realizar investigación cualitativa que incluye la revisión de documentos, toda vez que la fuente principal de la presente investigación son los libros de autores de trascendencia destacada, artículos de páginas web, leyes y reglamentos.

Así mismo, fue vital el desarrollo y análisis de Derecho comparado, puesto que la Contratación Pública en nuestro país es una fiel copia del derecho chileno, país de América del Sur que ha ido implementado diversas herramientas y estrategias para aumentar su eficacia y rentabilidad; así mismo se recopiló valiosos aportes de tratadistas españoles, argentinos, y se revisó leyes colombianas; cuyos contenidos facilitaron el proceso de aprendizaje y retroalimentación del presente artículo científico.

De la misma manera, las discusiones en grupo llevadas a cabo por los tutores y los maestrantes de la Uniandes, le dieron realce y profundidad a la investigación, puesto que se evidenció el conocimiento y la experticia de los diversos criterios expuestos con respecto a la existencia o no de la vulneración de los derechos a causa de la terminación unilateral de los contratos derivada de la potestad exorbitante del Estado.

RESULTADOS

Desde tiempos remotos, el acuerdo representa mantener concordancia, acuerdo, compromiso y unión entre dos o más partes; una sociedad para crecer y desarrollarse como tal tiene implícito y hasta tácitamente se aceptan acuerdos o contratos muchas veces sin una firma, sino con el hecho simple de saberse de acuerdo dentro de la convivencia normal del desarrollo mundial, es algo intrínseco que otorga integridad a las partes intervinientes. Así pues, se habla de contratos administrativos cuando la administración pública establece una relación negocial con un particular, con el objeto de satisfacer las necesidades colectivas; dentro de esta relación, actúa el Estado a través de sus funcionarios públicos, en ejercicio de sus potestades públicas legalmente determinadas.

Ahora con el devenir de las sociedades, para la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorías, ya no solamente interviene la palabra para ejecutarse este acuerdo; sino que todo se apoya en documentación con indeterminada cantidad de cláusulas que la parte contratante exige, a fin de que se cumpla a detalle con lo que se requiere; es decir que la administración seguirá evolucionando y manteniendo su jerarquía sobre el contratista.

En este sentido, los seres humanos al acordar un contrato social pierden ciertos derechos y por supuesto abandonan la libertad de la que disponían antes de suscribir el acuerdo, pues el Estado es la entidad creada para hacer cumplir el contrato, mientras que el particular es el llamado a cumplir las cláusulas contractuales establecidas, mismas que lo hacen sujetarse a

obligaciones contempladas a favor del Estado. Tácitamente estamos hablando de un contrato de adhesión, toda vez que su contenido es impuesto y redactado previamente por uno de los contratantes facultado para regular las relaciones convencionales. El tratadista francés Saleilles, manifiesta que el contrato de adhesión se refiere a aquel negocio en cuya celebración las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas por la otra, que no tiene la posibilidad de introducir modificaciones; si no quiere aceptarlas debe abstenerse de celebrar el contrato, pues las propias circunstancias y las características de éste impiden cualquier negociación (Saleilles, 1912)".

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 60 define como contratos administrativos a aquellos celebrados por las entidades contratantes; de modo más general, Guillermo Cabanellas manifiesta que un contrato es: "el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones" (Torres, 1983); más allá de ello, existen varios conceptos de contrato administrativo. La participación voluntaria de un particular (persona natural o jurídica, nacional o extranjera), que se instrumentaliza a través de una declaración bilateral que produce efectos jurídicos, para el doctrinario argentino Roberto Dromi, se lo realiza a través de un contrato administrativo; pues él no hace distinción alguna entre "contratos públicos", "contratos estatales", "contratos de la administración" o "contratos en la función administrativa"; indica que tampoco existe una distinción entre contratos administrativos y contratos privados suscritos por la administración, ya que el Estado, al poseer una personalidad que se rige por el derecho público, la naturaleza de sus contratos será siempre administrativa (Dromi, p. 248,322).

Es decir, para el señalado autor todos los contratos suscritos por la administración pública son contratos administrativos. Por su parte, Sayagués Laso, manifiesta que "Quizá sea más acertado prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado y referirse en cambio, a los contratos de la administración" (Laso, 1965).

De otra parte, el jurista Patricio Secaira Durango define a los contratos administrativos como "aquellos acuerdos de voluntades en los cuales al menos una de las partes es la administración pública", sin hacer ninguna diferenciación especial respecto a otra clase de contratos (Durango, 2004, p. 201,202). La suscripción de los contratos administrativos constituye el medio para que el Estado cumpla sus fines; entonces la normativa no debería contraponerse al cumplimiento de los fines estatales, sino más bien guardar armonía entre sí, promoviendo la seguridad jurídica del proveedor al querer participar en los procedimientos de adquisición de obras, bienes, servicios y consultorías. La contratación administrativa en el Ecuador generó un gran avance el 22 de julio del 2008, cuando la Asamblea Constituyente, aprobó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, misma que se publicó en el Registro Oficial N° 395

de 04 de agosto del mismo año; la creación de esta Ley, derogó la Codificación de la Ley de Contratación Pública del 2001 y la Ley de Consultoría del 2004.

La referida Ley determina en su articulado los principios y normas para regular los procedimientos para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; propende a establecer los procedimientos precontractuales mediante mecanismos tecnológicos y dinámicos de selección a través de la creación de un registro único de proveedores, cuyo fin es la participación y concurrencia de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; es decir, recopila políticas públicas de desarrollo e innovación, pero principalmente establece un sistema de planificación anual; todo se halla regularizado por el órgano técnico rector de la Contratación Pública: Servicio Nacional de Contratación Pública.

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado utiliza como camino la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual establece: “Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”. Derivados de estos principios se obtienen diversos procedimientos para seleccionar a los proveedores, en virtud de su presupuesto referencial y objeto contractual. Estos tipos de procedimientos son: compras por catálogo, ínfima cuantía, subasta inversa electrónica, consultoría (contratación directa, contratación mediante lista corta y contratación mediante concurso público), licitación, cotización, menor cuantía, contratación integral por precio fijo; y, régimen especial.

A pesar de existir trece tipos de procedimientos, cada uno de ellos tiene sus particularidades establecidas en la normativa; sin duda una de las más relevantes es que no todos requieren la suscripción de un contrato, toda vez que, en el caso de las compras por catálogo, y en la ínfima cuantía bastará con formalizar la adquisición con la orden de compra, que surtirá efectos jurídicos similares a los de un contrato. El contrato administrativo se caracteriza principalmente por sus cláusulas exorbitantes, es decir, aquella disposición contractual que otorga prerrogativas a las administraciones públicas para que puedan aplicar variaciones a los contenidos del contrato, o darlo por terminado sin previa autorización del contratista (Garnica, 1992, p. 92, 93).

Al respecto, Efraín Pérez, indica: “La cláusula exorbitante por excelencia es la de la caducidad administrativa, que consiste en la terminación unilateral del contrato” (Pérez, 2006, p. 765, 875). No obstante, la jurisprudencia francesa consideraba contrato administrativo solamente a aquel que incluía cláusulas exorbitantes; en este sentido Waline señala que estas cláusulas “de incorporarse a un contrato de derecho privado, serían ilícitas” (Waline, 1963); así mismo Vedel manifiesta que “las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho

privado" (1961); por su parte Rivero destaca que "éstas resultan ilícitas como a las inusuales en el ámbito del derecho civil o comercial" (Jean Rivero, 1977, p. 79).

En este sentido, no puede quedar de lado el análisis de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, es decir, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones pactadas contractualmente; más aún en los contratos administrativos, cuyo fin es satisfacer las necesidades públicas, facultando por supuesto a la administración pública a exigir al contratista la ejecución contractual sin interrupción alguna. Por otra parte, el contrato administrativo se rige por el principio de la buena fe, establecido en el artículo 17 del Código Orgánico Administrativo; lo cual debería significar que se cumplirán a cabalidad todas las obligaciones contractuales; lo cual, las excepciones existentes obedecerían a situaciones imprevistas que no son posibles de resistir, tales como la fuerza mayor o caso fortuito, que volverían al objeto inejecutable, por tanto, razonablemente la administración tiene la obligación de valorar la continuidad de la ejecución del contrato, o en su efecto, resciliar el instrumento contractual de común acuerdo, atendiendo el interés público, pero también aplicando criterio jurídico en las decisiones que tome la administración que podrían afectar en la vía jurisdiccional.

En el marco de los principios de una buena administración pública destacan, entre otros, los de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En concreto este principio significa que las expectativas que la Administración pública ha generado con sus actuaciones deben ser respetadas en el futuro de acuerdo con los principios de congruencia y coherencia salvo que se justifique en concreto, con argumentos razonables, la necesidad de proceder de otra forma. (Arana, 2013, p. 59).

En contraste a lo indicado, el llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más relevante de las singularidades del contrato administrativo por cuanto se enfrenta directamente al *pacta sunt servanda*, lo cual supone una garantía para el contratista, impidiendo un abuso por parte de la administración al imponer modificaciones ilimitadas. (Coaguilla, 2011, p. 17). En mi criterio el *ius variandi*, ubica al contratista en una posición de subordinación frente a la administración pública, en razón que debe cumplir las órdenes que ésta última disponga para el cumplimiento cabal del objeto contractual, estas potestades exorbitantes surgen del ordenamiento jurídico, se encuentran debidamente reglamentadas, objetivadas, por ende, no cabe discrecionalidad por parte de la administración, sino que simplemente es el ejercicio de sus facultades o prerrogativas.

La doctrina define como potestades exorbitantes de la administración a las estipulaciones legales del contrato del Estado que rompen con la igualdad dentro de un acuerdo de voluntad entre éste y un particular, para establecer una prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante; en el caso de la terminación unilateral, quien declara la terminación del contrato es el mismo órgano contratante que participa en la relación contractual (contratante-contratista). Al efecto, el tratadista Julio Comadira manifiesta que el contrato en

rigor es una especie de acto que durante su desarrollo precontractual, contractual y post-contractual, genera una actividad unilateral traducida en actos administrativos incluidos dentro de la actividad contractual del Estado, para el cumplimiento de sus fines (Comadira, 2003, pág. 3).

Otra prerrogativa es la potestad de control y dirección que tiene la administración pública frente al contratista, cuyo objetivo es asegurar el fiel cumplimiento de la ejecución contractual, pues la satisfacción de la necesidad pública es obligación del Estado, hecho del que nace el poder de vigilar a los particulares que actúan contractualmente como colaboradores suyos en el cumplimiento de sus objetivos institucionales; esta potestad permite a la administración exigir al contratista el cumplimiento de lo convenido coadyuvando para que el objeto contractual se lo realice de manera satisfactoria. Para el ejercicio de esta potestad exorbitante, el Estado designará funcionarios en calidad de administrador del contrato; quien gozando de sus atribuciones legales establecidas, deberá velar por el cumplimiento del objeto contractual dentro del cronograma y/o plazos establecidos, emitiendo las comunicaciones que sean necesarias a fin de evitar retrasos o incumplimientos por parte del contratista, el administrador del contrato en el desempeño de sus funciones deberá actuar en apego absoluto a la normativa legal y reglamentaria vigente establecida para el efecto, entendiéndose además que el contrato constituye ley para las partes.

La administración de contratos es de exclusiva responsabilidad de los servidores o funcionarios designados para el efecto por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, por lo que, el ejercicio de sus funciones se realizará con la debida celeridad, eficiencia, eficacia y diligencia que el caso amerite, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, resoluciones del SERCOP, y demás normativa aplicable. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece cinco causales para dar por terminado un contrato: 1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica (2018, Art.92).

De lo anteriormente expuesto en el numeral 4, se conceptualiza la declaración como acción o efecto de declarar. Manifestación, comunicación, explicación de lo ignorado, oculto o dudoso; y define a la unilateralidad como relativo a una sola cosa o aspecto de la misma, que causa obligaciones para una sola de las partes (Cuevas, 1993). Significa entonces que una sola de las partes goza de potestad para terminar el contrato administrativo suscrito supuestamente en

acuerdo de ambas partes, y lógicamente la parte revestida de esta potestad es la administración pública, es decir, el Estado, a través de sus potestades exorbitantes.

Continuando con el análisis a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 94 establece siete causales para dar por terminado unilateralmente el contrato administrativo, estas son: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato (2018, Art. 94).

En mi criterio, este artículo, más allá de garantizar el ejercicio de los principios de la contratación pública, resalta el estado de desigualdad entre las partes intervinientes – contratante y contratista –, y la subordinación del contratante al Estado en busca de cumplir con el bien colectivo o el interés general, ocasionando que los proveedores de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría, sean declarados como contratistas incumplidos, imposibilitándolos de contratar con el Estado por 5 años. El estado de desigualdad referido en el párrafo anterior, podría dar lugar a que se vea afectado el equilibrio contractual, reconocido con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, con fundamento en las normas sobre reajustes de precio en el contrato de obra pública, las disposiciones del Código Civil acerca de la equivalencia de prestaciones en el contrato conmutativo y la figura de revisión por circunstancias imprevistas; es así que la consagración positiva del derecho al equilibrio en la ecuación económica en el contrato estatal se configuró en la Ley 80 de 1993. (Ley 100, art. 4).

El desequilibrio contractual ha sido definido como el poder que impone una voluntad unilateral a la contraparte que no se halla de hecho en estado de discutir y, por el contrario, se halla constreñido a aceptar las condiciones contractuales desventajosas. La parte que no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes que su contraparte no está en condiciones de apreciar el contenido del contrato ni el alcance del compromiso que se apresta a conformar. El poder desequilibrante es de naturaleza jurídica desde que encuentra su origen en el contrato mismo (Stiglitz R. , 2012, págs. 13,16,27).

Lo que se propende es el contenido armonioso del contrato apreciado en su globalidad y desde un punto de vista justo y dinámico, con una posición de estabilidad respecto del contenido que podría ser frágil, dicha armonía contractual existirá cuando pueda constatarse la existencia de prestaciones cualitativamente recíprocas o conmutativas y que sean, a la vez, cuantitativamente equivalentes o proporcionadas; sin dar lugar a interrupciones. El tratadista

argentino Dromi, manifiesta: la continuidad en la ejecución habilita, por principio, a la Administración Pública para exigir a su contratista la no interrupción de la ejecución del contrato, de modo que, en principio, no se vea ella interrumpida o suspendida por causa alguna (Dromi R. , Derecho Administrativo, 2004, pág. 573).

En concordancia con lo expuesto, si la entidad contratante pretende dar por terminado unilateralmente, un contrato previo a emitir la resolución correspondiente, deberá publicar la notificación efectuada al contratista concediéndole el término de 10 días para que justifique la mora o remedie el incumplimiento, junto con los informes económico y técnico referente al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

De no justificar o remediar el incumplimiento, la Entidad contratante publicará a través del portal de compras públicas la resolución de terminación unilateral del contrato, así como la declaratoria de Contratista incumplido. Causa preocupación el estado de indefensión en que se encuentra el “contratista incumplido” toda vez que 10 días pueden resultarle cortos para emitir las justificaciones; sin embargo es un tiempo suficiente para haber perdido sus posibilidades laborales y haber incumplido sus responsabilidades a favor de terceros, esto en razón que el tiempo otorgado por la ley no busca una solución adecuada dentro de la ejecución del contrato incumplido, sino un tiempo contra reloj que seguramente derivará en una sanción al contratista; es decir, los 10 días establecidos, son a mi modo de ver un formalismo que hace concluir que si no se cumplió el objeto contractual en el plazo establecido, menos se iba a poder explicar razones técnicas y/o económicas en tan pocos días.

En el año 2013, el artículo 22 de Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicado en Segundo Suplemento del Registro Oficial 100, del 14 de octubre de 2013, estableció la incorporación de la restricción de interposición de “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” en el inciso segundo de su artículo 95, lo que en un Estado constitucional de derechos y justicia es inconcebible, dado que una norma secundaria no puede romper la supremacía constitucional ni obstaculizar el acceso a los mecanismos jurisdiccionales.

Dentro del análisis surge una preocupación inminente y es que el legislador ha dejado de lado la regulación de la etapa de ejecución de los contratos administrativos, cuando es en esta fase que surgen los inconvenientes ya sean de carácter técnico, médico, informático, jurídico, según el objeto del contrato. En este sentido, se evidencia un atentado contra la igualdad jurídica, principio del derecho que sostiene que las estipulaciones contractuales son ley para las partes; no obstante, junto a la *lex contractus* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general; y es aquí que denota el régimen jurídico propio de la administración, buscando conseguir el bien común, por medio de estipulaciones previas, claras, públicas y

obligatorias, no con ello se propende a instaurar una defensoría a favor de los contratistas incumplidos, sino extender una brecha, que se amplíe a favor de quienes a pesar de haber incumplido un contrato administrativo, tiene justificaciones legales, técnicas, económicas, y sustentables en toda su extensión para haber llegado a la insatisfacción por parte del Estado. Queda claro que el contrato es norma jurídica válida que constituye ley entre las partes contratantes, ante lo cual el tratadista argentino Benjamín Moisés manifiesta que quienes celebran un contrato se *autovinculan* recíprocamente estableciendo de tal modo para su relación recíproca una norma: la *lex contractus* (Sierra, 2005, págs. 127, 162).

DISCUSIÓN

Análisis profesional, discusiones en grupo, debates estudiantiles, son algunos de los escenarios que han destacado en el presente artículo científico, gracias a la participación de dos tratadistas catedráticos así como un profesional que fue funcionario público, quienes han brindado realce al presente trabajo, cuyos criterios se ven sintetizados de la siguiente manera: La prerrogativa del Estado le permite abusar de este poder y terminar los contratos unilateralmente sin que medien en muchos casos causas justificables; vulnerando principalmente el derecho a la defensa.

No se considera necesaria una reforma legal propiamente para evitar que se terminen los contratos unilateralmente por incumplimiento del contratista, lo que sería adecuado es reformar el artículo 95 que regula el procedimiento, a fin de garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa de los contratistas, procurando evitar que sea la misma Entidad la que debe terminar unilateralmente el contrato.

Tampoco sería indispensable una separación o clasificación por tipo de contratación (bienes, servicios, obras, consultorías) para determinar si procede o no la terminación unilateral y anticipada; puesto que al existir un solo proceso unificado y específico para la terminación unilateral se propende a que la legislación sea más garantista de derechos.

Es necesario tomar en consideración que las cláusulas exorbitantes no necesariamente convierten a un contrato en contrato administrativo; lo que lo hace es que una de las partes sea una Entidad Pública; toda vez que las cláusulas exorbitantes lo que hacen es que la entidad ejerza su potestad pública pensando en el beneficio de los ciudadanos. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cumple parcialmente su función de ser el “camino o medio” para que el Estado cumpla sus fines, el cumplimiento de los fines de la ley no son cumplidas no solo por la falta de aplicación de las Entidades Públicas al realizar los procesos de contratación, sino por el SERCOP al no controlar de manera adecuada los procesos, al establecer a través de resoluciones procesos que no son adecuados ya que tratan de facilitar

los procesos pero al contrario los hacen más complejos; no solo para el oferente sino también para los servidores públicos que son sujetos de control posterior.

En cuanto a los medios impugnatorios en vía administrativa que pueda emplear un “contratista incumplido” para evitar que su derecho a la defensa se vea afectado, lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es insuficiente, sin embargo, son aplicables las acciones en sede administrativa. Debería implementarse en este caso la suspensión del acto respecto de los efectos que produce frente al contratista, mientras dure el trámite administrativo, esto con la finalidad de no vulnerar su derecho al trabajo en caso de error por parte de la Administración Pública.

La Entidad Pública es juez y parte al momento de resolver la terminación unilateral, este constituye el principal problema a resolver.

CONCLUSIONES

Luego de realizar un análisis profundo y sistematizado, concluyo que cuando se da una terminación unilateral de un contrato administrativo, las consecuencias son asumidas por el ciudadano o administrado que no llegó a hacer uso de esa obra o bien inconcluso, hecho que desencadena en un impacto social generado por el desperdicio de los recursos del Estado, recursos que fueron destinados al cumplimiento de la actividad estatal en favor de la población; y que pudieron coadyuvar para que el Ecuador se constituya un país más productivo y sustentable.

La terminación unilateral de contratos involucra derechos reconocidos por la Constitución y tanto la norma sectorial como el procedimiento contencioso administrativo por su temporalidad y requisitos pueden perjudicar a los contratistas y no prestarle la atención y prioridad requerida, en especial, cuando la falta de pago oportuna y las consecuencias que genera la Terminación pueden desembocar en la quiebra de empresa y el perjuicio de los hogares que dependían de este contrato interrumpido; y no solo eso, sino que ve afectado el interés público, también consagrado en la Constitución.

La legislación ecuatoriana aplica de manera mínima el derecho al defensa consagrado en la Constitución. En lo que respecta a la contratación pública, la potestad exorbitante del Estado para dar por terminado unilateral y anticipadamente los contratos administrativos limita la posibilidad de asegurar un proceso de defensa justo y equitativo, toda vez que el “contratista incumplido” se encuentra en un estado de desventaja ante el Estado; lo cual disminuye la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones.

El derecho de defensa, en el ámbito administrativo al igual que en el constitucional y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, obliga a que nadie sea

privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, con base en la igualdad de condiciones.

En este sentido, la ley debería estar encaminada a la tutela y protección del ciudadano, fortaleciendo la aplicación de sus principios y ejerciendo sus derechos, desde luego sin descuidar las prerrogativas estatales que tengan como objetivo el bien común, que se traduce en la satisfacción de las necesidades colectivas, para lo cual es indispensable la participación de personas particulares que oferten sus bienes, obras, servicios y consultorías.

Con la finalidad de evitar que se vulnere el derecho a la defensa del contratista "incumplido" el Tribunal Contencioso Administrativo cumpliendo su misión de impartir justicia en materia administrativa podría implementar en sus competencias una que permita distinguir un incumplimiento injustificado de uno que tiene justificación, a través de la creación de jurisprudencia reiterada frente a las demandas presentadas a fin de guiar el criterio de la administración y evitar la vulneración de derechos.

REFERENCIAS

Arana, J. R. (2013). *El principio general del Derecho de Confianza Legítima*.

Belaunde, O. T. (2002). *El Contrato Administrativo, el Contrato-ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos*. Piura.

Carlos, Benalcázar Guerrón (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Andrade & Asociados.

Coaguilla, C. A. (2011). *El Pacta Sunt Servanda y la revisión del contrato*. Bogotá: Temis.

Cuevas, G. C. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L.

Cuvillo, A. Á. (2008). *Apuntes de Derecho Procesal Laboral, Tema 12 Medios de impugnación*.
https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1271/mod_resource/content/1.

Dromi, Roberto. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires.

Secaira Durango Patricio (2004). *Curso breve de derecho administrativo*. Ibarra: Editorial Universitaria.

García, D. B. (2008). *Régimen Jurídico de los actos unilaterales de los Estados*. Barcelona: J.M. Bosch editor.

Garnica, E. G.-T. (1992). *La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo*.
Recuperado el septiembre de 2020, de
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17118.pdf>

Gil, R. E. (1998). Obtenido de <file:///C:/Users/Trabajo/Downloads/Dialnet-TeoriaGeneralDeLosContratosDeLaAdministracionPubli-2117025.pdf>

- Gordillo, A. (2013). *gordillo.com*. Obtenido de https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo5.pdf
- Hernández, R. (s.f.). *Las prerrogativas de las Administración*. San José, Universidad de Costa Rica.
<http://gobiernoabierto.quito.gob.ec/Archivos/Transparencia/2017/07julio/A2/ANEXOS/PROCU>
- Jaime, O. A. (2009). *Derecho administrativo sancionador*. Bogotá: Legis, 2 Edición.
- Jaramillo, M. G. (ABRIL de 2016). *dspace.ucuenca.edu.ec*. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/24405/1/tesis.pdf>
- Jean Rivero, D. a. (1977). *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo Francés Contemporáneo*, París.
- Laso, E. S. (1965). *Derecho administrativo (2.º curso)*. Montevideo: Edición mimeografiada por el Centro de Estudiantes de Derecho.
- Molina, R. (2006). *“La terminación unilateral del contrato ad nutum”*. Bogotá.
- Rico, M. N. (2015). Obtenido de <http://blascoibanezabogados.com/web/desequilibrio-contractual/#:~:text=%E2%80%9CEn%20estricto%20rigor%20hay%20lugar,debe%20responder%20ante%20su%20co%2D>
- Rivero, Jean. (1965). *Derecho Administrativo*. Dalloz, Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo Francés Contemporáneo París.
- Roberto, Dromi. (2001). *Derecho Administrativo*. Argentina.
- Saleilles, R. (1912). *La lucha por el derecho comparado*. ISBN: 978-84-690-7714-6; Dipòsit legal: GI-568-2007. París: Beaune, Côte-d'Or.
- Torres, G. C. (1983). Melilla, Buenos Aires.
- Vedel, G. (1961). *Derecho Administrativo*. París.
- Waline, M. (1963). *Derecho Administrativo*. Sirey, París.
- Administrativo, C. O. (2017). *Gobiernoabierto.quito.gob.ec*. Recuperado el septiembre de 2020, de http://gobiernoabierto.quito.gob.ec/Archivos/Transparencia/2017/07julio/A2/ANEXOS/PROCU_CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO.pdf
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO.pdf*. (09 de 2017). Obtenido de http://gobiernoabierto.quito.gob.ec/Archivos/Transparencia/2017/07julio/A2/ANEXOS/PROCU_CODIGO_ORGANICO_ADMINISTRATIVO.pdf
- Ley 100, d. 1. (Octubre de 2020). *Diario Oficial No. 41.148*. Obtenido de artículo 14, num. 1º, inc. 2º.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (21 de AGO de 2018). Obtenido de <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Org%C3%A1nica-de-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>