

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

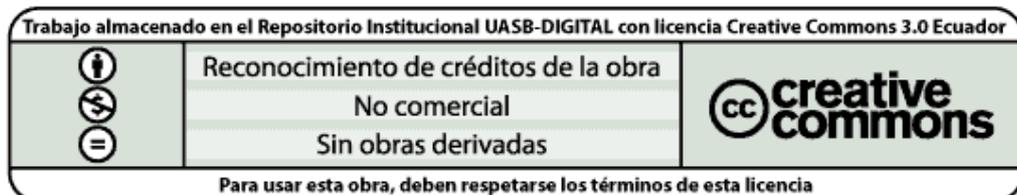
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral

Nelson Oswaldo López Vargas

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Nelson Oswaldo López Vargas, autor de la tesis titulada “Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador, originados como consecuencia de una terminación unilateral”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, abril del 2016.

Nelson Oswaldo López Vargas.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho
Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Problemas jurídicos en torno a la contratación directa en el Ecuador,
originados como consecuencia de una terminación unilateral**

Autor: Nelson Oswaldo López Vargas
Tutora: Dra. Inés María Baldeón Barriga PhD.

Quito, 2016

Resumen

El capítulo IX de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, trata sobre la terminación de los contratos y faculta a las entidades contratantes a que puedan dar por terminados los contratos celebrados con los proveedores, en forma unilateral y anticipada, siempre y cuando se presenten algunas de las circunstancias descritas en las causales prescritas en la misma ley. Como es evidente, una vez declarada esta terminación, el objeto contractual queda incompleto; razón por la cual, la normativa permite a la entidad contratante realizar una nueva contratación directa con otro proveedor para que concluya con el objeto contractual.

La declaratoria de terminación unilateral y anticipada de los contratos ocasiona 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.

Si bien es cierto, la contratación directa resulta una opción que brinda una mayor celeridad al proceso para ejecutar completamente las obligaciones contractuales, no se debe dejar de analizar, otros efectos generados en este tipo de contratación directa; pues algunos doctrinarios consideran, que podrían generarse desventajas que afectarían al derecho de libre competencia económica, además de facilitar acuerdos colusorios verticales y horizontales, con lo cual se afectaría los intereses económicos del Estado y el interés común.

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a mi hijo, mis padres y Delia, por brindarme todo el amor, la comprensión y el apoyo en cada momento de mi vida, quienes son el motivo y la razón para superarme día a día.

Agradecimiento

A Dios por sus infinitas bendiciones y ser el mejor ejemplo de amor en este mundo.

A mi tutora, Dra. Inés María Baldeón Barriga, por sus valiosos conocimientos y paciencia, infundiendo en mí un sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico, sin los cuales no habría sido posible realizar este trabajo.

Mi gratitud y admiración hacia ella, como ejemplo y referente de nuestro país, así como mi deuda personal por todo lo recibido durante este periodo de investigación y por todos los años que tengo el honor de conocerla, a quien considero mi segunda madre.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	8
Capítulo I: Los contratos públicos, su naturaleza y finalidad	10
1.1 Naturaleza jurídica de los contratos públicos	10
1.2 La motivación como eje transversal en la toma de decisiones de la administración.....	18
1.3 Cláusulas exorbitantes.....	24
Capítulo II: Terminación unilateral y anticipada de los contratos públicos	30
2.1 Definición y alcance de la terminación unilateral.....	30
2.2. Características de la terminación unilateral	38
2.3. Causales de la terminación unilateral en la normativa ecuatoriana	43
2.3.1. Incumplimiento de obligaciones contractuales	43
2.3.2. Insolvencia o quiebra del contratista.....	44
2.3.3. Multas que superen el 5% del contrato	45
2.3.4. Suspensión por más de 60 días dispuesta por la entidad contratante.	46
2.3.5. Celebración de contratos contra expresa prohibición de la ley.....	47
2.3.6. Por las demás causales previstas en el contrato	48
2.3.7. Por no haberse aceptado una terminación de mutuo acuerdo.	48
2.4. Procedimiento y principios a observar para que la terminación unilateral sea válida.....	48
Capítulo III: Análisis de las fortalezas y/o debilidades de la contratación directa producida como consecuencia de una terminación unilateral	52
3.1 Fortalezas	54
3.2 Debilidades.....	61
Conclusiones	71
Bibliografía	76

Introducción

La Constitución de la República dispone como deber primordial del Estado ecuatoriano “garantizar sin discriminación el goce efectivo de los derechos constitucionales a todos los pobladores”; objetivo que requiere de una serie de acciones por parte del Estado a fin de ser cumplido. De este modo, el Estado se ve en la necesidad de interactuar con personas particulares para que le coadyuven en la realización de ciertas actividades que le son necesarias ejecutar. Para tales fines el Estado requiere de la Contratación Pública como un medio o instrumento para la materialización sus objetivos.

El deber primordial de este sistema, consiste en articular y armonizar todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos, a fin de transparentar las actuaciones realizadas por el Estado en la inversión de los mencionados recursos; disponiendo para ello, distintos procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Una vez realizado un proceso de contratación pública y verificado que un contratista cumplió con el objeto contractual, se logra también cumplir con los fines estatales y se satisfacen las necesidades colectivas; sin embargo, existe la posibilidad de que por alguna circunstancia, no se concluya con tal objeto; ante lo cual, la administración debe intervenir, con el propósito de salvaguardar los intereses del Estado y garantizar el bien común.

En la actualidad, la normativa ecuatoriana contempla la posibilidad que ante una terminación anticipada y unilateral por incumplimiento del proveedor en la obligación contractual, se pueda contratar directamente con cualquier proveedor el cumplimiento del objeto inconcluso del contrato.

Considerando que fue precisamente la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas adecuadas, las que derivaron en un abuso de la discrecionalidad en la selección de contratistas responsables y el desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado, es preciso analizar si el procedimiento actual en caso de terminación anticipada y unilateral de un contrato, obedece a una lógica coherente, adecuada y afín a los intereses del Estado y del bien común.

Por tal motivo, dentro del Capítulo primero se estudiará en forma breve pero profunda, la naturaleza jurídica y los fines que tienen los contratos públicos, también llamados administrativos, pues tal naturaleza es distinta a la de cualquier contrato de derecho privado; y precisamente dentro de esta naturaleza se originan, algunas de las prerrogativas que tiene la administración, en virtud del interés público que debe garantizar.

En el capítulo segundo se abordará la terminación unilateral y anticipada de los contratos, desde el punto de vista de la doctrina, desde la cual se la considera – mayoritariamente- como una cláusula exorbitante de la administración; además se analizarán las causales para poder dar por terminada la relación contractual en tal forma y el procedimiento que debe cumplirse.

Finalmente en el Capítulo Tercero, se analizará la principal consecuencia jurídica que es motivo primordial de la presente investigación: la contratación directa como mecanismo dispuesto por el legislador, para la terminación del objeto contractual que quedó inconcluso una vez producida una terminación del contrato; para lo cual se analizarán tanto las fortalezas como las debilidades de tal procedimiento, para poder obtener algunas conclusiones importantes que brinden un aporte académico.

Capítulo I

Los contratos públicos, su naturaleza y finalidad

1.1 Naturaleza jurídica de los contratos públicos

Tanto el contrato privado como el contrato administrativo o público¹ son acuerdos de voluntades entre dos o más partes. La diferencia radica en que en los contratos privados prima la igualdad jurídica de las partes y la autonomía de la voluntad constituyéndose el contrato en “ley para las partes”, no así en los contratos administrativos en los que al menos una de las partes está en ejercicio de la función administrativa con todas las prebendas que ello conlleva, es decir, que el objeto del contrato debe atender el cumplimiento de los intereses estatales o de los cometidos de la Administración; no hay una igualdad jurídica en sentido estricto en tanto el Estado actúa con los poderes de imperio que lleva implícitos y que le habilitan a que bajo determinadas circunstancias pueda ejercer “*actos o hechos de príncipe*”; que el contrato eventualmente pueda incurrir en mutabilidad si las condiciones iniciales a la contratación varían perjudicando de alguna manera a los intereses estatales; y que la autonomía de la voluntad del contratante queda supeditada a las condiciones previstas por la Administración en los pliegos contractuales, pareciéndose más bien a un contrato de adhesión.

La definición normativa más cercana al concepto dado por la doctrina es la contenida en el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que prevé que: “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. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”

Respecto de la competencia específica del contrato administrativo objeto del presente trabajo de investigación, considero pertinente señalar lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en el numeral quinto del artículo 6, que prescribe que la Contratación Pública “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”; así se

¹ Aunque doctrinariamente se diferencian los contratos públicos de los administrativos, en la presente investigación se los denominará de una u otra forma indistintamente para referirse a los contratos donde al menos una de las partes pertenece al aparataje estatal.

evidencia, que el objeto del contrato público, según lo refiere la LOSNCP, tiene un interés general, pues la administración busca la colaboración de los particulares con la finalidad de satisfacer las necesidades sociales.

De igual forma la LOSNCP, en el artículo 60, prescribe que “los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”, es decir que la contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría realizados por las Instituciones que son parte del sector público son contratos administrativos, materia de análisis de la presente investigación, en base a lo definido en el artículo anterior, a mi criterio considero que el Sistema Nacional de Contratación Pública tiene como finalidad articular y armonizar a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.

Una de las consecuencias de la naturaleza jurídica del contrato público es la posibilidad de que pueda ser terminado unilateralmente a través de un acto que la doctrina denomina “acto de príncipe”, y que en los Estados constitucionales se denominan “actos de imperio”², en razón de que la Administración aplica sanciones debido a su mayor cantidad de facultades respecto al administrado que posee facultades limitadas, sin que exista una visión de equilibrio entre una entidad contratante y el contratista quien actúa como un colaborador de la Administración en el cumplimiento de sus fines y de la satisfacción del interés común, que actúa de buena fe, confiando en que los insumos y especificaciones técnicas entregadas por parte de la Administración para la ejecución de un contrato son completos, lo que le permitirá el cumplimiento de sus obligaciones.

El contrato administrativo surge de la necesidad del Estado por lograr determinados fines, y del hecho de que la administración no se encuentra facultada para desarrollar por sí misma la totalidad de las actividades industriales y mercantiles que requiere para cumplir con tales fines; y, para ello busca el acuerdo con personas naturales o jurídicas públicas o privadas con la finalidad de desarrollar funciones que les son propias, considerando que las Instituciones del Estado por su naturaleza y las

² Para profundizar sobre este concepto, se sugiere ver Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, (Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961), 83 y 84.

funciones que realizan les resulta imposible atender sus propias necesidades, obligándose de esta forma a emplear y aprovechar eficientemente los recursos públicos inmersos en la celebración de un contrato público.

En este sentido, Oscar Trelles de Belaunde³ 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; 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 deviene una imperativa necesidad de lograr la colaboración de los particulares para llevarlas a cabo.

La doctrina ha desarrollado una serie de posturas respecto de la naturaleza jurídica del contrato administrativo o contrato público; eso sí, diferenciando las distintas formas de actuación del Estado con los particulares en las relaciones contractuales y el régimen aplicable a éstos; y, sobre todo, estableciendo las notables diferencias que existen entre el contrato público y el contrato civil de naturaleza privada.

Dromi por su parte, define al contrato administrativo o público como un "acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración".⁴ A mi criterio la definición del autor hace referencia a uno de los elementos que caracteriza al contrato administrativo, que son las prerrogativas de carácter exorbitante que tiene el Estado con respecto del particular, dentro de las cuales se encuentra considerada la facultad que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato público, justificada en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y eficiente de los servicios públicos, prevaleciendo de esta forma el interés general, ocasionando que la relación contractual de cierto modo sea desigual debido a que el contratista se encuentra sometido a la decisión que tome la Administración, que en todo caso y en cualquier circunstancia debe ser fundamentada.

Dromi en su definición destaca la naturaleza distinta del objeto del contrato administrativo como principal elemento, sin embargo también destaca las prerrogativas especiales de la Administración en orden a la interpretación,

³ Oscar Trelles de Belaunde, *“El Contrato Administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos”* (Bogotá: Themis, 2012), 237.

⁴ José Roberto Dromi, *“Derecho Administrativo Tomo 1”* (Buenos Aires: Astrea, 1992), 312.

modificación y resolución de las condiciones del contrato, al punto de señalar que el contrato administrativo resulta un contrato de adhesión para los particulares que contratan con el Estado⁵.

La definición otorgada por el tratadista Dromi se sustenta en las bases de la teoría del hecho del príncipe, relativa al poder de imperio del estado, entendiéndose por hechos del soberano (o del príncipe), los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos"; y que en definitiva constituye, según lo señala André de Laubadere, toda intervención del poder público que tiene por resultado una afectación de las condiciones jurídicas o de hecho de acuerdo a las cuales un contratante de la administración ejecuta su contrato.⁶

Por su parte, los tratadistas 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 rija por el Derecho Público⁷, criterio compartido por Dromi quien señala que, en todo contrato en que participe la Administración se estará ante un contrato administrativo y se tendrá un régimen jurídico especial regido, en su mayor parte, por el Derecho Público.⁸

En relación a lo mencionado, en mi criterio, la confianza entre las partes que suscriben un contrato público es el fundamento principal que permite al Estado considerar que el contratista cumplirá las obligaciones y responsabilidades asignadas, pero de igual forma las cláusulas exorbitantes se convierten de alguna manera en un especie de "coacción" para el contratista en caso de incumplimientos o inconvenientes en la ejecución del contrato público. En esta lógica, lo que habría que cuidar es que no suceda que dichas cláusulas permitan sancionar incumplimientos no vinculados con la responsabilidad del contratista sino originados por acciones u

⁵ De la Quadra y Fernández señalan "la libertad de las empresas y particulares que contratan con la Administración se encuentra fuertemente limitada. Estos no pueden negociar libremente el contenido de lo que se contrata ya que eso viene definido prácticamente, en todo o en su mayor parte, por la propia Administración. Por tanto, los contratos son, en buena parte, contratos de adhesión con poco margen para el acuerdo de voluntades en la definición de lo que se quiere".

⁶ André de Laubadere, "Manual de Derecho Administrativo" (Bogotá: Temis, 1984), 94

⁷ José Daniel Amado y Luis Miranda, "Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público" (Lima: Revista de Derecho, Publicación Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 40), 258.

⁸ Dromi. "Derecho Administrativo", 313.

omisiones de la misma entidad contratante, pues a veces se han producido terminaciones unilaterales como consecuencia por ejemplo de no tener estudios y diseños completos definitivos y actualizados o que los pliegos sean demasiados genéricos y no concretos (que son requisitos previos con los que debe contar la entidad contratante para iniciar un proceso de contratación) lo que ocasiona a su vez que un contratista incumpla sus obligaciones y responsabilidades correlativas.

Juan Carlos Cassagne⁹, aclara que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, a saber:

Los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o comercial. Los contratos administrativos, según esta clasificación, son aquellos en que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.).

En concordancia, el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado prevé que “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. (...)”

De acuerdo a lo mencionado se evidencia que la legislación ecuatoriana aplica el criterio de la “jurisdicción del contrato”, pues según este criterio, un contrato es administrativo cuando los conflictos que deriven del mismo, deberán ser resueltos en jurisdicción administrativa y no ordinaria.

Oscar Trelles de Belaunde, al respecto de la naturaleza del contrato administrativo concluye que:

Un contrato será administrativo cuando su objeto, la materia que regule, sea administrativa y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. La materia será administrativa cuando se esté ante temas de interés público, bienes de dominio público, la ley expresamente establezca una reserva en ese sentido o, en general, cuando la Administración contrate con un fin público. Así, creemos que el criterio determinante para establecer la naturaleza de un contrato celebrado por la Administración debe ser el contenido del mismo.¹⁰

13. ⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*” (Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1999),

¹⁰ Trelles, “El Contrato Administrativo”, 240.

En mi criterio, lo mencionado evidencia que en los temas de interés público, es decir cuando el Estado procura satisfacer las necesidades de la población, la Administración se encuentra revestida de ciertas prerrogativas que en mi opinión reflejan privilegios, que los considero necesarios, porque están orientados a la protección del bien común, pero que no siempre se aplican adecuadamente, sin embargo aun así por ser actos de la Administración gozan de la presunción de legitimidad, lo cual en algunas ocasiones podría afectar derechos de terceros.

Para resolver la interrogante de que si los contratos celebrados entre personas de derecho privado cuyos recursos económicos asignados proviniesen de fondos públicos, tendrían o no naturaleza administrativa o pública, en mi criterio debería realizarse un análisis desde dos criterios; el primero el de la jurisdicción del contrato y el segundo desde la clasificación legal.

Jorge Dussán¹¹ señala que, desde el criterio de la jurisdicción del contrato, “un contrato es administrativo cuando debe ser juzgado por los jueces administrativos y es privado cuando los conflictos son resueltos por la jurisdicción ordinaria”; de esta forma, si un contrato tiene mayoritariamente fondos públicos, poseería igual naturaleza; pues estos recursos están sometidos a una vigilancia y control por parte del Estado; de tal modo que su jurisdicción es especial; y por lo tanto, el contrato tendría naturaleza administrativa.

Del mismo modo, aplicando el criterio legalista, un contrato se consideraría de naturaleza administrativa cuando conste de forma expresa en una norma jurídica. El mismo Dussán señala que “si por mandato de la ley un determinado contrato se considera administrativo, no se podrá acudir a razones como el objeto, el fin perseguido, o la ausencia de algún requisito o cláusula para sustraerlo de la aplicación del régimen excepcional del derecho público”.¹²

Un ejemplo de este caso en la legislación ecuatoriana, lo encontramos en la propia LOSNCP, que en su artículo primero prevé como ámbito de esta norma: “la regulación de los procedimientos de contratación pública”; y seguidamente señala, qué organismos y funciones se encuentran en la obligación legal de someterse a este régimen.

¹¹ Jorge Dussán, “Elementos del contrato estatal”. (Bogotá: Universidad de Bogotá José Tadeo Lozano, 2005), 26.

¹² *Ibíd.*, 28.

Desde este criterio legalista, enmarcados dentro del contexto legal de la LOSNCP, poseen el carácter 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 misma LOSNCP; pues la misma norma, prescribe que instituciones y organismos tienen la obligación legal de realizar procedimientos de contratación y compras públicas.

De este modo, todos contratos que realicen los organismos y dependencias de las Funciones del Estado; los organismos electorales; los organismos de control y regulación; las entidades que integran el régimen seccional autónomo; 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; y por las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, tiene el carácter de contratos administrativos.

En este punto es necesario aclarar que, no todos los contratos celebrados por estas instituciones están regulados por la LOSNCP, sino exclusivamente aquellos cuyo objeto contractual se refiriere a la “contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios”; esto sin embargo no quiere decir que el resto de contratos que realicen estas instituciones no posea el mismo carácter; sino que tales contratos serán administrativos en virtud de los sujetos intervinientes, en virtud de su objeto, o inclusive en virtud de una normativa distinta a la LOSNCP, pero que se encuentre dentro de la esfera administrativa pública.

Sin embargo, no únicamente los contratos realizados por las instituciones que de modo general, se las podría considerar como “parte del Estado” tienen el carácter público, sino que, aplicando la tesis del criterio legalista, se incluyen dentro de estos contratos a los que la LOSNCP ha previsto en forma expresa como contratos públicos, mismos que se encuentra prescritos dentro de los numeral 7 y 8 del artículo primero de dicha norma.

Así, la norma prescribe que además de los organismos y funciones públicas, deben someterse a este régimen algunas instituciones de derecho privado: como “las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles y compañías mercantiles”; siempre y cuando estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los

organismos estatales; o “que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones”; o siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta” por ciento (50%) del costo del respectivo contrato”¹³ de tal forma que, todo contrato realizado por estas instituciones, que tenga por objeto la contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, tiene el carácter de administrativo en virtud del mandato legal establecido en la LOSNCP.

Es necesario además distinguir las denominaciones de contrato de derecho público, contrato administrativo e interadministrativo. Según el tratadista Forsthoff, contratos de derecho público:

“Son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos etc., todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”¹⁴

Según señala el autor, los contratos administrativos constituyen una categoría más amplia, y contemplan, tanto los contratos administrativos, que se realizan con sujetos distintos a la administración, es decir con particulares; como aquellos convenios y acuerdos que son realizados por una entidad estatal con una de la misma naturaleza jurídica; pero sin duda, en los dos casos lo que se destaca como elemento central, es el interés público del objeto del contrato

Es así que la autora Celia Lira Ubidi señala:

El contrato administrativo cobra así vida real, porque comporta no sólo la decisión de la Administración, a través de un acto administrativo, sino que hay una expresión de voluntad del contratante, sin cuyo elemento no se generaría el acto bilateral que es el contrato. Por tal expresión de voluntad, por la necesaria subordinación (en vez de la coordinación del contrato privado), por el fin público

¹³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 04 de agosto de 2008), art. 1. En adelante se cita como LOSNCP.

¹⁴ Ernst Forsthoff en Celia Ubidia Lira, “Teoría de los contratos públicos y administrativos” (2003, octubre 20). Recuperado de <http://www.gestiopolis.com/teoria-de-los-contratos-publicos-y-administrativos/>

predominante, por el sentido de la colaboración (algunas veces de mayor grado como en el suministro prolongado), por las garantías especiales internas y prejudiciales¹⁵

Según expone la autora, el contrato administrativo se distingue en forma esencial, por la expresión de la voluntad de una persona particular que no pertenece a la administración; mientras que el contrato interadministrativo no posee este elemento; en este mismo sentido el autor Jorge Enrique Santos Rodríguez señala:

“El convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales”¹⁶

1.2 La motivación como eje transversal en la toma de decisiones de la administración

Para que un acto administrativo tenga validez es necesario que la Administración, representada por su máxima autoridad o por quien tenga delegación o facultad para ello, haya actuado con un motivo suficiente, que se encuentre considerado en la normativa jurídica, o en un hecho previsto en la misma norma, por lo que la motivación consiste en que la autoridad pueda apreciar el motivo y ligarlo - de forma consistente- con la disposición legal de tal modo que el acto se justifique.

Considero importante diferenciar lo que significa el motivo, como el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la norma jurídica como una condición necesaria y respaldo para la actuación administrativa; y, lo que significa la motivación, que a mi criterio es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y relacionarlo con la disposición de la norma aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad.

Este mismo criterio mantiene Iván Aróstica Maldonado, quien explica:

“Entendemos por motivo las condiciones y circunstancias de hecho y de derecho que posibilitan y justifican la emisión de un acto administrativo en conformidad con el Ordenamiento Jurídico y por motivación la expresión de estos motivos en el acto administrativo mismo, en otras palabras, la consignación expresa

¹⁵ Ubidia, Teoría de los contratos públicos

¹⁶ Jorge Enrique Santos, “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos” (Bogotá: Dialnet, 2008), 10.

y suficiente explícita de motivos en los " vistos" y "considerandos" de la decisión adoptada”¹⁷

Patricio Secaira en su obra “Curso Breve de Derecho Administrativo” dice sobre la motivación que: “Es la exposición de razones que debe relatar el administrador público para tomar una decisión. Es la explicación que hace sobre el caso materia del acto administrativo. En ella debe analizarse los fundamentos fácticos, es decir el hecho que genera la emisión del acto administrativo, haciendo la vinculación jurídica con la norma positiva aplicable al caso, lo cual le permite asumir un juicio de valor y una resolución sobre el tema”.¹⁸

José García Falconí, cita como fuente histórica de la motivación a la Revolución Francesa, pues en el Derecho Romano, los jueces y en general las autoridades, nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento para realizar un acto o pronunciar sentencia; fue a partir de esta época que se estableció como obligación de la autoridad, el explicar claramente los motivos de su decisión, con un objetivo determinado: “evitar el exceso discrecional por la arbitrariedad”.¹⁹

Por ello es importante reiterar la necesidad de que las decisiones que tome la Administración obligatoriamente deben contener fundamentos de hecho y de derecho que sustenten esa decisión o que de su aplicación surge, por lo que motivar un acto obliga a determinar los hechos de los cuales se parte y a incluir tales hechos en relación a las normas jurídicas invocadas.

Agustín Gordillo señala que la motivación constituye “la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada”²⁰; de tal forma que la motivación constituye un deber obligatorio de la autoridad, pues en cualquier momento, los organismos de control podrán fiscalizar si los actos realizados tienen un fundamento de hecho y de derecho; y de no ser así, y tal acto no se puede sostener en forma legítima y oportuna, existirán consecuencias prescritas en la normativa relacionadas con la competencia que ejercen los mencionados organismos de control.

¹⁷ Iván Aróstica Maldonado, “La Motivación en los Actos Administrativos en el Derecho Chileno” (Santiago: Universidad de Chile, 1986), 499.

¹⁸ Patricio Secaira Durango, “Curso Breve de Derecho Administrativo” (Quito, Editorial Universitaria, 2004) p. 185 a 187

¹⁹ José García Falconí, “La Motivación” (Quito: Revista Judicial derecho Ecuador, 2013) versión digital disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/03/la-motivacion>.

²⁰ Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo Tomo II” (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001), 172.

A mi criterio, resulta oportuno mencionar la garantía de la Motivación analizada por Alberto Ramón Real²¹ quien considera que el acto administrativo no es una cuestión secundaria, prescindible o subsanable, y la compara con una sentencia, al referirse que no es tal si no está fundada en los hechos y en el derecho, por esta razón considero que una decisión administrativa inmotivada como lo he mencionado en párrafos anteriores, devendría en un posible abuso de poder o una arbitrariedad y sería el reflejo de un sistema autoritario de gobierno, en este escenario se podría ubicar al contratista como parte débil de la relación contractual debido a que por la falta de motivación en un acto administrativo estaría en desventaja, situación que por la naturaleza del contrato administrativo siempre podrá estar presente debido a que la Administración emplea su poder de Imperio sobre sus administrados.

De igual forma, Alberto Ramón Real realiza una importante diferenciación, entre motivación y fundamentación, considerando que el término “motivación” sería débil, y no aportaría lo suficiente a la cultura jurídica; y en su lugar sugiere que se utilice el término “fundamentación”, debido a que constituiría una expresión más lógica y razonable para referirse a los hechos y a la normativa jurídica que inciden al momento de adoptar una decisión o emitir un acto administrativo.

Considero que la motivación no debería tomarse de ninguna forma como un aspecto secundario; sino al contrario, como imprescindible al momento de que la Administración tome una decisión; tampoco sería subsanable, de tal forma que cuando una autoridad haya omitido tal, no podría intentar remediar este hecho de ninguna forma a posteridad, y más bien condenaría al acto administrativo inmotivado a una causal de nulidad del mismo.

Por su parte, la Constitución de la República, en su artículo 76, numeral 7, literal 1, dispone que: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”, determinando a su vez que “no habrá motivación si en una resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. De esta forma el derecho constitucional al debido proceso al que tiene asegurado su acceso toda persona se podría ver afectado cuando las resoluciones de los poderes públicos no se encuentren debidamente motivadas, considerándose como una garantía básica que los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados

²¹ Alberto Ramón Real, “La fundamentación del acto administrativo” (Bogotá: Ediciones Rosarinas, 1980), 433.

se consideraran nulos; y, que las servidoras o servidores públicos responsables de emitir estos actos serán sancionados.

La motivación, aplicada en la forma contemplada por los artículos 76, número 7 letra l) y 66 número 23 de la Constitución de la República del Ecuador, 31 de la Ley de Modernización del Estado, 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y 4 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, es la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstos y aquellas, indicando los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo; en concreto, son las razones que justifican el acto.

A su vez, el texto constitucional prescribe la importancia y el sentido que tiene la motivación del acto, no solo consagrándolo como un derecho²², sino como una obligación sujeta a un control y una sanción, pues como señala Sayagues Laso y Martins “la motivación constituye, además de un justificativo de la acción administrativa, un medio para permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.”²³

De acuerdo a lo mencionado, no únicamente la actuación judicial estaría sometida a un control de la motivación, sino que en lo referente a todos los actos administrativos, e inclusive los de simple administración, una decisión inmotivada, constituirían a toda vista, un autoritarismo por parte del Estado, un arbitrio y abuso de poder.

De esta forma se evidencia que, según dicta el mandato constitucional, “la motivación es un medio de control de la causa del acto; de allí que no sea un requisito meramente formal, sino de fondo”, o en palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “la motivación es interna *corporis*, no externa”²⁴.

²² La Constitución de la República, consagra además la motivación como un derecho de libertad de los ciudadanos, pues en su artículo 66 prescribe que: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atenciones o respuestas motivadas (...)”.

²³ Enrique Sayagues Laso y Daniel Hugo Martins, “Tratado de Derecho Administrativo Volumen III” (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998), 460.

²⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo Tomo I” (Madrid: Civitas, S.A., 1997), 76.

En mi opinión, la gestión que realizan en nuestro País los organismos de control particularmente la Contraloría General del Estado, en relación a su ámbito de acción y las auditorías que realiza a las instituciones del Sector Público, se relaciona en mayor proporción a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles e indicios de responsabilidad penal de los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones suscribieron contratos y ejecutaron recursos públicos de forma inadecuada, sin que en cambio, en relación al tema central de esta tesis, se determinen responsabilidades e impongan sanciones a funcionarios que de forma inmotivada y abusiva declararon terminado unilateralmente un contrato sin la debida motivación, ocasionando graves perjuicios a contratistas que inclusive podrían llegar a la quiebra o insolvencia.

Se evidenciaría de esta forma que la facultad que tiene la Administración al emitir actos administrativos inmotivados no estaría debidamente examinada por los organismos de control, ya que las decisiones de la Administración por los privilegios de los que se encuentra revestida resultarían legítimas aun cuando no tuviesen la suficiente motivación para ser ejecutados.

De esta forma se prevé también en la Constitución de la República que la motivación es una obligación para las entidades y funcionarios de la Administración Pública, pues la misma norma prescribe que “los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”²⁵, y adicionalmente que “las servidores o servidores responsables serán sancionados”

Salinas Montaña²⁶ señala que la falta de motivación ha sido en ciertos casos, el sustento o fundamento para que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, y el antiguo Tribunal de Casación, en su oportunidad, declaren la nulidad de los actos administrativos impugnados, (aunque con anterioridad al 2008 esto quedase a discrecionalidad del juez); mientras que en la actualidad, la motivación resulta una

²⁵ Según refiere Salinas Montaña, la nulidad del acto administrativo puede pretenderse mediante recurso objetivo o mediante recurso subjetivo; ya que conforme lo preceptúa el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puede interponerse mediante dos recursos: el de plena jurisdicción o subjetivo o mediante el recurso objetivo o de anulación que se lo denomina también por exceso de poder.

²⁶ Clotario Salinas Montaña, “Nulidad del Acto Administrativo” (Quito: Revista Judicial Derecho Ecuador, 2013) versión digital disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2012/05/23/nulidad-del-acto-administrativo>.

obligación constitucional y un elemento formal del acto administrativo que no se puede desatender.

De este modo, el deber de motivar los actos administrativos se ha desarrollado en forma amplia, tanto de la dogmática, como en la normativa nacional e internacional, evidenciado su evolución a lo largo del tiempo; no obstante, su fundamento y objeto principal siempre ha sido la protección de los particulares frente a la ilegalidad, la arbitrariedad o el posible abuso de poder por parte de la Administración.

Así, la motivación constituye una garantía para la protección de los particulares en contra los agentes ejecutores, y como una garantía de fondo que deben cumplir todas las autoridades quienes emiten tales actos; por lo que para que exista motivación, la autoridad no deberá simplemente expresar el motivo del acto, sino que también deberá expresar la justificación de que, para fundar el acto existió un criterio real y suficientemente de acuerdo con la ley.

La motivación que prescribe la normativa Constitucional exige la expresión del razonamiento de la autoridad administrativa, con el cual llegó a la conclusión de que el acto concreto se dirige o se ajusta exactamente a las pretensiones y a las prevenciones contempladas en determinado precepto legal, mismo que también deberá ser expresado en tal resolución en forma conjunta. En este sentido, motivar consiste en “externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formó la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal”²⁷; a fin de poder establecer, en caso de ser necesario, que el acto realizado fue el adecuado entre un sin número de posibilidades a realizar.

Respecto del momento en el cual, la autoridad deberá expresar la motivación del acto administrativo, la doctrina ha determinado que este debe realizarse dentro del mismo texto del acto, en virtud de 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.

También este sería el motivo por el cual la motivación no resulta subsanable, pues si el particular se considera afectado por un acto infundado o inmotivado, tiene

²⁷ Sentencia del 17 de Julio de 1966 Suprema Corte de Justicia de la Nación

el derecho de acudir ante la autoridad para impugnar tal acto; y en el caso de que la autoridad promotora no ha cumplido con su deber constitucional de motivar sus actos, no podrá en forma posterior tratar de subsanar tal omisión, pues aportaría elementos nuevos que el perjudicado no estaría en la capacidad de discutir, ya que hasta ese momento le resultarían desconocidos. A este hecho además se le suma el precepto constitucional que es claro y categórico al señalar la consecuencia de que un acto no tenga motivación: “la nulidad”.

Actualmente también es necesario tomar en consideración la tesis del tratadista Gabriel Ohanian quien, recientemente, ha realizado un análisis sobre la motivación desde la perspectiva del Estado de Derechos y los derechos fundamentales; y en tal sentido, ha expresado que “habrá de verse la cuestión de la motivación de los actos estatales como un derecho fundamental de los individuos”, pues “estando las prerrogativas del poder de lado del Estado, la adecuada fundamentación y motivación de los actos públicos es la garantía que tiene el sujeto contra la arbitrariedad”. Por lo tanto la obligación de motivar los actos nace de la propia Constitución, en virtud de la concepción *ius naturalista* de la misma.²⁸

1.3 Cláusulas exorbitantes

Según refiere la doctrina, existen notables diferencias entre los contratos privados o civiles y los contratos administrativos; las mismas que han sido abordadas con anterioridad en el presente trabajo; no obstante, “debe tenerse en cuenta que el fundamento de la existencia de contratos administrativos, y el especial régimen que los rodea, está en el interés público que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente”.²⁹

Una de las principales características del contrato administrativo tiene que ver con el ejercicio de las especiales prerrogativas con las que cuenta la Administración, que constituyen de cierta forma, un costo para los particulares al momento de contratar con la Administración; pues estos asumen determinadas consecuencias y efectos jurídicos en beneficio de que el interés público no se vea afectado, de allí que Trelles afirme que “el interés público es un concepto fundamental para la existencia

²⁸ Gabrile Ohanian Hagopian, “El Derecho Humano a las decisiones motivadas”, (Montevideo: LJU, 2009), 97.

²⁹ Trelles, *El Contratado Administrativo*, 44.

de los contratos administrativos, concepto que juega un especial rol en su caracterización”.³⁰

Por su parte, Dromi, señala que estas prerrogativas se deben a que las partes contratantes están en un plano desigual cuya fuente se encuentra en la "desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución".³¹

En efecto, la actuación contractual de la Administración pública tiene sustento jurídico en la finalidad de proporcionar servicios públicos a los ciudadanos, por lo que la Administración se presenta como garante de los intereses colectivos, investida de un conjunto de potestades que solamente se justifican en el interés general.

De este modo, debe destacarse que dentro de la naturaleza del contrato administrativo prima la idea de la colaboración, que es la base de las relaciones jurídicas entre la propia Administración pública y el particular, que es quien finalmente entrega un bien, presta un servicio o realiza la actividad objeto del contrato; consecuentemente, para que este bien, servicio o actividad se realice de acuerdo con el interés público, la Administración pública debe disponer de un conjunto de potestades que en la doctrina son llamadas prerrogativas; mismas que resultan muy relevantes, pues le otorgan una posición peculiar a la Administración en el régimen contractual.

En definitiva, estas “prerrogativas”, constituyen instrumentos para garantizar que el objeto del contrato siga las exigencias del interés público; y se encuentran dispuestas, bien por mandato legal, o dentro del propio contrato. En este sentido, el Tribunal Supremo de Francia en su jurisprudencia se ha pronunciado en estos términos:

En la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo.³²

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Dromi. *Derecho Administrativo*, 333.

³² Sentencia de 15 de junio de 1972 del Tribunal Supremo de Francia

Sin embargo, al referirse al término de prerrogativas, no debe comprenderse a estos términos como privilegios, ni poderes ilimitados que tiene la administración con respecto de los particulares, por más que su finalidad sea pública; sino que deben entenderse que tales potestades no constituyen en forma alguna un privilegio, sino que se trata de poderes mensurables en todas sus facetas.

Además tales prerrogativas siempre deberán estar enmarcadas dentro de los preceptos constitucionales de proporcionalidad, racionalidad, oportunidad; por lo que hay que comprender que las prerrogativas que el legislador atribuye a la Administración pública en materia contractual, tienen un ejercicio mensurado, ponderado y principalmente, que la motivación es un elemento esencial en la funcionalidad de estas concretas potestades.

Las prerrogativas de la administración constituyen una expresión del interés general, dentro del contexto normativo pertinente; por lo que la Administración en ningún caso es dueña de los procedimientos, ni tampoco puede actuar en contra de los principios constitucionales, y su vinculación con la protección de los derechos fundamentales que dentro del paradigma constitucional ecuatoriano, constituyen un elemento principal en toda las actuaciones de las autoridades estatales, incluidas las administrativas.

La desigualdad que he manifestado en párrafos anteriores, en mi opinión podría causar efectos negativos si se abusaran o aplicaran inadecuadamente las cláusulas exorbitantes que constan en los contratos públicos, debido a que de la misma forma que se pueden ver afectados los fines de la contratación pública o una necesidad pública colectiva, también se podrían afectar los intereses y el equilibrio financiero de un contratista que pone en juego como garantía su patrimonio para ejecutar una obra, bien o servicio público.

José María Boquera³³ señala que, en la doctrina existe consenso sobre la aplicación a los contratos administrativos de una serie de reglas, que desde la óptica del Derecho Privado, resultan exorbitantes, y que no pueden sino sustentarse en el interés público³⁴. Es así que, el ordenamiento jurídico le confiere al Estado una serie

³³ José María Boquera, “Los Contratos de la Administración desde 1950 a hoy”. (Madrid: Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, No. 150, 1999), 13-32.

³⁴ Señala además el autor que “*las consecuencias de calificar a los contratos de administrativos son: la aplicación de las normas de Derecho Administrativo en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y estructuración, y, sólo en su defecto, las de Derecho Privado; que el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo; y, la existencia de un*

de atribuciones y poderes, que se han denominado doctrinariamente como cláusulas exorbitantes, mismas que se aplican a la relación contractual, aun cuando no se encuentren en el contrato administrativo.

En este contexto, Miguel Marienhoff³⁵ define las cláusulas exorbitantes del derecho común como aquéllas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son "inusuales" o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían "ilícitas" por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Según lo señala Marienhoff, las cláusulas exorbitantes son aquellas cláusulas inusuales, que sobrepasan los ámbitos de libertad contractual, analizadas desde un punto de vista privado del derecho; pero que en el contrato público, se justifican en virtud del interés general que prima sobre el privado; Díez³⁶ señala que la cláusula exorbitante corresponde frecuentemente a una prerrogativa exorbitante o una prerrogativa de poder público; de tal modo que las cláusulas exorbitantes resultan prerrogativas, únicamente si se las analiza desde el punto de vista del derecho privado, y no desde el ámbito del derecho público.

El mismo Marienhoff, señala que en los contratos administrativos hay dos clases de cláusulas exorbitantes: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales o concretas. Las primeras corresponden a todos los contratos que son administrativos por razón de su propio objeto, mientras que las cláusulas exorbitantes expresas o especiales son las incluidas concretamente en contratos que no son administrativos por su objeto mismo, pero que se convierten en administrativos a raíz de la inclusión de una cláusula exorbitante.³⁷

Siendo importante para la presente investigación las cláusulas prerrogativas virtuales o implícitas, que se vinculan con la facultad que tiene la Administración para terminar unilateralmente un contrato, en relación a lo mencionado por Manuel de la Puente y Lavalle³⁸ quien señala que “en toda esta categoría de contratos, las cláusulas exorbitantes virtuales constituyen expresiones de potestades o prerrogativas

pliego de cláusulas administrativas particulares en las cuales se hará constar las prerrogativas de la Administración.”

³⁵ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo Tomo III” (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970), 74.

³⁶ Manuel María Díez, “Derecho Administrativo Tomo II”. (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965), 446.

³⁷ Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, 80.

³⁸ Manuel de la Puente y Lavalle, “Las Cláusulas Exorbitantes” (Bogotá: Revista de Derecho Themis, 2015), disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365/10818>.

que le corresponden a la Administración Pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del derecho público.”

Debe además considerarse el hecho de que las cláusulas exorbitantes virtuales no deben necesariamente constar de forma expresa en el instrumento contractual, ya que muchas veces erróneamente se las ha asemejado como cláusulas contractuales; así, debe comprenderse que las cláusulas exorbitantes son prerrogativas de la administración y no nacen propiamente en el vínculo contractual, sino desde el mandato legal.

Del análisis realizado a varios tratadistas, considero que existiría una confusión al tratar de analizar las facultades especiales propias del Derecho Administrativo que no existen en el Derecho Privado, y como en ocasiones estos poderes necesariamente no se encuentran mencionados en un contrato, pero si el contrato es suscrito con una institución pública, es decir con el Estado, se crea la ficción de las cláusulas implícitas, ya que se supone que las partes las conocen y las aceptan, sin embargo los mencionados poderes no surgen de la voluntad de las partes, sino del ordenamiento jurídico administrativo.

Los poderes que tiene la administración entonces, no surgen de las cláusulas exorbitantes plasmadas en el instrumento contractual, sino tienen su fuente en las normas de Derecho Administrativo aplicables a los contratos administrativos³⁹.

Existen dos consecuencias a partir de este hecho, la primera es que el Estado no tendrá poderes especiales que no le sean conferidos por el ordenamiento jurídico (no pudiendo incluirse en su defecto en el contrato administrativo); y la segunda que, los poderes que están legislados en la norma aplicable siempre se encontrarán presentes en la relación creada por el contrato administrativo (sin importar si se los incluyó en el contrato expresamente o no).⁴⁰

Es pertinente citar a Amado y Miranda quienes señalan que “la Administración puede hacer uso de estos poderes por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y siempre en función del criterio del interés público”⁴¹; pues de lo contrario, la Administración actuaría en forma inmotivada, y consecuentemente en

³⁹ Que para el caso de la presente investigación serían las normas de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* y su Reglamento General.

⁴⁰ Trelles, Derecho Administrativo, 241.

⁴¹ Amado y Miranda, Aplicación de la Cláusula, 257

forma arbitraria, abusiva o autoritaria. Con base en lo mencionado considero que la Administración puede hacer uso de sus poderes siempre y cuando exista la motivación suficiente para emitir un acto administrativo, caso contrario se estarían afectando a los particulares con sus decisiones carentes de un sustento jurídico.

Los mismos autores señalan que los más importantes poderes, cláusulas exorbitantes o prerrogativas que tiene la Administración, que se configuran dentro de la actuación contractual del Estado a saber, son seis: “de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato, *ius variandi* o modificación de su objeto y resolución unilateral”⁴²; y además que todos ellos tiene justificación en el interés público de los contratos administrativos.

⁴² *Ibíd.*

Capítulo II

Terminación unilateral y anticipada de los contratos públicos

2.1 Definición y alcance de la terminación unilateral

Como se expuso en el capítulo anterior, al ser el contrato administrativo una herramienta necesaria para que el Estado cumpla con sus fines y objetivos, a través de la participación de los particulares; la “Contratación Pública” de bienes, obras, servicios y consultorías resulta ser entonces un medio o instrumento para la materialización de dichos objetivos.

En el caso particular del Estado ecuatoriano, todos los procedimientos concernientes a la Contratación Pública se encuentran previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y en su Reglamento General (RGLOSNCP), cuyo ámbito se centra en la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, todos los cuales están orientados a permitir el cumplimiento de los fines del Estado ecuatoriano.

Una vez que la Administración ha contratado con un particular (ya sea éste una persona natural o jurídica, actuando individualmente o en consorcio), podrían presentarse dos maneras de terminación contractual, la primera de “forma normal”⁴³ y una segunda de carácter “anormal”. Los contratos se extinguen en la primera forma, cuando se han cumplido las obligaciones contractuales; es decir, cuando se ha ejecutado el objeto del contrato; mientras que se extinguen de forma “anormal”, cuando no habiéndose cumplido el objeto contractual, una situación permite la terminación del contrato; esta situación sin embargo, deberá estar contemplada en la legislación pertinente.

El artículo 92 de la LOSNCP prescribe los causales de terminación de los contratos públicos, siendo éstas: “por cumplimiento de las obligaciones contractuales” (forma normal), por “mutuo acuerdo de las partes”, por “sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista”, por “declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista” y, “por muerte o extinción de la persona jurídica

⁴³ Inés María Baldeón B., “Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual”, (Quito: Fondo Empresarial CEAS, 2015), 1, 2.

contratista (en este último caso, siempre que haya sido por decisión interna voluntaria de los órganos competentes).

La terminación unilateral del contrato resultaría ser entonces una forma de extinción de las obligaciones contractuales de carácter anormal, debido a que no se ha cumplido con el objeto del contrato en su totalidad; esta forma de terminación del vínculo contractual se encuentra prevista y regulada por la LOSNCP; y en forma general, constituye una manera de extinguir las obligaciones que ha sido ampliamente tratada y discutida por la doctrina.

La terminación unilateral y anticipada de los contratos es estudiada desde la teoría general de los contratos administrativos, pues según exponen los doctrinarios, uno de los presupuestos esenciales que diferencian al contrato administrativo del civil es la desigualdad de las partes, donde prima el interés general sobre el interés privado o particular.⁴⁴

Es así que, como lo manifiesta Manuel de la Puente y Lavalle, la terminación unilateral de los contratos en la doctrina se la considera como “cláusula exorbitante”, pues constituye de forma evidente, una prerrogativa que tiene la administración únicamente en virtud del interés público del objeto contractual.

Es importante el criterio de Mazeud y Chabas quienes señalan que “la terminación unilateral del contrato a menudo ha sido percibida en la doctrina con desconfianza, como una excepción a la fuerza obligatoria del contrato.”⁴⁵; mientras que Malaurie y Aynes manifiestan que constituye una figura anormal o extraña.⁴⁶

Realizando un análisis con el Derecho Comparado, la doctrina tradicional francesa, con el fin de preservar la unidad de la noción del contrato y defender su fuerza obligatoria, sostiene que el acto unilateral es siempre consecuencia de la común intención de las partes, esto debido al hecho de que, la terminación unilateral está consagrada en la ley, o ha sido acordada en el contrato, desde el momento de celebración contractual, las dos partes conocen y son conscientes del régimen legal que es aplicable y de las cláusulas pactadas; de allí que el ejercicio de la terminación unilateral se explica y se justifica en una voluntad común.

La doctrina francesa considera que inclusive, para que proceda la terminación unilateral del contrato, debe existir una voluntad común (tácita) de las partes; pues al

⁴⁴ Manuel de la Puente y Lavalle, “Las cláusulas exorbitantes” (Bogotá: revista de Derecho Themis, 2015), disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10365/10818>.

⁴⁵ J. Mazaud y F. Chabas, “Leçons de droit civil” (Paris: Cujas, 1990), 330.

⁴⁶ P. Malaurie y L. Aynes, “Droit Civil Les obligations 2. Ed.” (Paris: Cujas, 1990), 330.

momento de la celebración del vínculo contractual, (siendo un instrumento de naturaleza pública y no privada), las dos partes deben conocer y estar de acuerdo, no únicamente con las obligaciones y derechos que constan de manera expresa en el instrumento contractual; sino de las consecuencias jurídicas que se derivan de la norma especial aplicable a los contratos públicos.

De lo mencionado anteriormente se evidencia claramente que las partes que intervienen en la suscripción de un contrato -específicamente el contratista- conocen y aceptan las condiciones establecidas en un contrato, por lo que la cláusula de terminación unilateral del contrato es admitida y por ende podrá ser aplicada posteriormente si existieran incumplimientos. En este sentido, en mi criterio, resulta oportuno diferenciar y aclarar la facultad que tiene la Administración para declarar terminado unilateralmente un contrato, debido a que podría resultar que la decisión tomada por la Entidad Contratante no se encuentre debidamente motivada o peor aún que pueda intentar ser producida con la intención de beneficiar con una posterior contratación directa a otra persona natural o jurídica, como lo establece la LOSNCP en su artículo 95, al referirse que “una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto contractual que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley”.

El citado artículo de la LOSNCP, a mi criterio le otorga la facultad a una entidad contratante para que “pueda” contratar inmediatamente el objeto contractual de forma directa, sin que esto –en estricto sentido jurídico- resulte una disposición obligatoria, situación que en la práctica no se cumple, ocasionando que se aplique inadecuadamente la normativa, es decir permitiendo la contratación directamente de obras, bienes y servicios sin que se haya verificado previamente si la terminación unilateral del contrato fue responsabilidad absoluta del contratista o si también existieron inconsistencias en los estudios, especificaciones técnicas y/o términos de referencia que sirvieron como respaldo para la contratación, responsabilidad absoluta en cambio de la entidad contratante.

En mi opinión, la facultad de contratar directamente una vez declarada la terminación unilateral de un contrato debería aplicarse únicamente si las obras, bienes o servicios estuviesen relacionados con sectores estratégicos y/o los vinculados a atender necesidades prioritarias de la población, como es el caso de la Salud Pública, la Defensa Nacional, la Educación, el Transporte y Obras Públicas

entre otros, ya que en este tipo de contrataciones -por su importancia y la necesidad de disposición inmediata- no podría demorarse la contratación inmediata y directa, pero en los demás tipos de contrataciones considero que si debería existir un proceso ágil pero a su vez auditado o evaluado para verificar si las causas de la terminación unilateral fueron responsabilidad única y directa del contratista, esta facultad debería sustentarse en un procedimiento claro y transparente mediante el cual se indiquen los requisitos técnicos y legales que deban cumplir obligatoriamente las Entidades Contratantes para poder contratar directamente obras, bienes y servicios una vez que se haya terminado unilateralmente un contrato.

Ranfer Molina considera que la terminación unilateral no constituye una excepción al principio de irrevocabilidad del contrato, sino contrariamente, que forma parte del mismo; y señala: “la fuerza obligatoria del contrato no se limita a la fórmula “todo contrato celebrado válidamente es ley para las partes”. Ese enunciado hay que completarlo “y no puede ser dejado sin efectos sino por causas legales o mutuo disenso”. Por consiguiente, dicho principio admite unas causales legales de ineficiencia sobrevenida, entre las cuales se encuentra la terminación unilateral. Además, algunas veces esa facultad de terminación unilateral tiene su origen precisamente en el contrato, por lo que mal podría hablarse de violación de la voluntad contractual.”⁴⁷

La terminación unilateral, en consecuencia, no debería considerarse en ninguna forma como una contravención al principio de fuerza obligatoria del contrato, ni mucho menos una forma de violación del instrumento contractual, salvo que dicha terminación fuere realizada en forma abusiva; “entonces, la fuerza obligatoria del contrato no rechaza toda terminación unilateral, sino solo aquella que no tenga un fundamento legal o contractual o que sea abusiva”.⁴⁸

De esta forma se evidencia, y según el criterio del autor citado, que la terminación unilateral del contrato no constituye en forma alguna una restricción de los principios contractuales, pues debe primero contextualizarse la finalidad de los contratos públicos y las prerrogativas que tiene la administración en virtud del interés público del objeto del contrato, distinto a las formas del interés particular del contrato privado.

⁴⁷ Ranfer Molina Morales, “La terminación unilateral del contrato ad nutum” (Bogotá: Revista de derecho Privado, 2006), 128, 129.

⁴⁸ Molina, *Ibíd.*

Desde esta perspectiva, puede decirse que algunas distorsiones de la figura de la terminación unilateral, así como de las prerrogativas contractuales se han dado debido al enfoque desde el cual se han analizado las mismas, ya que estas facultades se podrían considerar como excesivas si se las analiza desde el punto de vista del derecho civil y del contrato privado.

Sin embargo, debería tomarse en consideración la advertencia realizada por Molina, quien manifiesta que existe una forma en la cual la terminación unilateral se convierte en un acto abusivo y contrario a los principios jurídicos; y, esto sucede únicamente cuando la terminación unilateral ha sido realizada sin fundamento o con un fundamento ilegal y/o si ésta no se encontraba estipulada a nivel contractual, o se realiza en forma abusiva; aspecto que se profundizará posteriormente en la investigación.

Siguiendo con la teoría general del contrato, puede señalarse que según lo expresan varios doctrinarios, no se pueden aplicar todas las reglas del contrato civil al contrato público o administrativo, dada su naturaleza y objeto distintos; de este modo no se aplican en el contrato administrativo el principio de igualdad de las partes, ni el mutuo consentimiento en la disolución del vínculo contractual o la irrevocabilidad de las convenciones.

Otro principio que no se puede aplicar es el conocido aforismo de que en materia contractual, las cosas se deshacen en la misma forma en las cuales fueron hechas, pues en el contrato administrativo este principio resultaría muy relativo ya que no solamente de la voluntad de las partes depende la extinción del vínculo contractual, sino de las causas autorizadas expresamente en la ley.

Respecto a la voluntad de las partes para dar por terminado el contrato de forma unilateral, Houin señala que es:

Excesiva porque da demasiada importancia a la voluntad hipotética de las partes. Cada quien al momento de celebrar el contrato, acepta someterse al régimen legal o convencional que le es propio. Tal es solamente el papel de la voluntad común al momento de la formación del contrato. Si más adelante una de las partes lo da por terminado, la voluntad del otro contratante no juega ningún papel, por cuanto el acto unilateral produce sus efectos por la sola voluntad de su autor, sin que sea necesario el consentimiento de la otra parte.⁴⁹

Según expresa Houin, resulta erróneo el hecho de observar a la terminación unilateral como una excepción a la falta de voluntad mutua para la terminación de un

⁴⁹ B. Houin, "La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques" (París: these, 1973), 50.

contrato administrativo; pues si bien es cierto, existe una desigualdad entre las partes, las dos, de mutuo acuerdo y de buena fe, aceptan las condiciones legales y convencionales al momento de celebrar el contrato, con lo que han decidido someterse a los efectos jurídicos derivados de esta relación, incluida la potestad que tiene la Administración para poder dar por terminado el contrato, siempre que encontrare causa justa.⁵⁰

Una vez que se ha contextualizado y definido el alcance que tiene la terminación unilateral, es preciso definirla o al menos expresar una noción de lo que constituye este término. Según lo expresa Ranfer Molina, esta labor resulta bastante compleja, pues “la terminación unilateral es una noción de difícil delimitación dada su proximidad con otras técnicas jurídicas con las que presenta algunas semejanzas, y a causa de la terminología heterogénea que para referirse a ella emplea la doctrina”⁵¹

No obstante de la diversidad de términos sinónimos que existen para referirse a la terminación unilateral⁵², es necesario centrarse en la denominación aplicable a la legislación ecuatoriana; así el artículo 94 de la LOSNCP prevé que “la entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos”.

Así, la expresión utilizada por el legislador ecuatoriano ha sido la de “terminación unilateral”, término compuesto por dos vocablos “terminación” y “unilateral”. El primero se refiere a la finalización, conclusión o interrupción de una cosa⁵³; que desde el ámbito jurídico no es más que la extinción de una obligación⁵⁴. El término unilateral en cambio, es definido por Guillermo Cabanellas como lo “relativo a una sola cosa o aspecto de la misma” o “una voluntad que surte efectos por sí sola”⁵⁵.

Con esta breve definición, pretendo explicar el alcance de lo que comprendería la terminación unilateral, siendo esta una forma de extinguir una

⁵⁰ Inclusive el mismo Código Civil ecuatoriano, respecto del efecto de las obligaciones, en su artículo 1461 prescribe que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

⁵¹ Molina, Terminación Unilateral, 134.

⁵² Por ejemplo, en la jurisprudencia española también se la denomina como desistimiento unilateral, o en la doctrina también se la suele relacionar con figuras como la resciliación o revocación del contrato.

⁵³ Real Academia de la Lengua Española, “Diccionario de Lengua Española” (Madrid: RAE), versión digital disponible en: <http://dle.rae.es/?w=terminar&m=form&o=h>.

⁵⁴ El artículo 1583 del Código Civil ecuatoriano prescribe los modos que extinguen las obligaciones.

⁵⁵ Guillermo Cabanellas Torres, “Diccionario Jurídico Elemental” (Buenos Aires: Heliasta, 2008), 423.

obligación, realizada por una sola parte, y que surte efectos jurídicos por sí sola, sin necesitar de un consenso de voluntades.

Por su parte, Francesco Messineo define a la terminación unilateral como:

El medio para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de las partes, sin necesidad de demanda judicial ni de juicio, basta que el que desiste (o el que da por terminado) comunique a su contraparte su decisión. Es por lo tanto, un derecho potestativo que, ejercitado, actúa extrajudicialmente.⁵⁶

Según lo señala el autor, la terminación unilateral es un medio para disolver la relación contractual; eso sí, enfatiza dos aspectos; el primero, que basta la sola iniciativa de una parte y que ésta comunique su decisión a la otra para que se ejecute esta terminación; y en segundo lugar, que no es necesaria la intervención judicial para que se declare terminado el contrato.

En relación a los aspectos mencionados, es mi criterio que en nuestra legislación se considera la sola iniciativa de la Entidad Contratante para comunicar su decisión de dar por terminado unilateralmente un contrato, pudiendo ocasionar de esta forma graves perjuicios al contratista, debido a que la misma Entidad Contratante se encuentra facultada para notificar al contratista con sus incumplimientos o mora en la que haya incurrido; y, a su vez es la encargada de analizar si el contratista justificó o remedió su incumplimiento como lo establece la LOSNCP en su artículo 95, al referirse que “[...] la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad [...]”.

Como lo mencione en párrafos anteriores, es mi criterio que la facultad que tiene una Entidad Contratante para que “pueda” dar por terminado unilateralmente un contrato, procede siempre y cuando se haya verificado que el incumplimiento de un contratista es de su absoluta responsabilidad, debido a que -como lo he señalado- la Entidad Contratante se encuentra facultada para notificar, analizar y sancionar a un contratista, sin que exista un pronunciamiento externo e independiente a las partes. En mi opinión si existiese una entidad externa pública no judicial que calificase las terminaciones unilaterales de los contratos, se podría garantizar que las decisiones tomadas y las sanciones aplicadas por la Administración si se encuentran

⁵⁶ Francesco Messineo. “Doctrina General del Contrato II Tomo” (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986), 420, 421.

debidamente motivadas y de la misma forma que se ha verificado el incumplimiento o la mora por parte del contratista.

En efecto, no ha sido uno sino varios los casos en los cuales aunque hay una notificación previa a dar por terminado el contrato y que según nuestra legislación se le concede al contratista el término de 10 días para justificar o remediar el incumplimiento, son raros los casos en que luego de la notificación no aparezca la resolución de terminación unilateral del contrato, independientemente de lo que haya dicho o dejado de decir el contratista; en dicha lógica a veces dicha facultad discrecional podría devenir, en la mayoría de los casos, en una arbitrariedad tomada por la entidad contratante, que no se ve sujeta a un dictamen previo respecto a si su decisión estuvo o no fundamentada legal y contractualmente; sin que la amenaza de una acción judicial le afecte en su decisión, dado el tiempo que demora la misma hasta su resolución (a veces más tiempo que el que demora la sanción de 5 años como contratista incumplido).

Ranfer Molina Morales realiza la siguiente definición de terminación unilateral del contrato:

Es un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizado por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso.⁵⁷

Molina expone una definición mucho más compleja y completa de la terminación unilateral, considerándola como un acto jurídico, cuya potestad se origina en la normativa jurídica o en el instrumento contractual, que permite poner fin al contrato, sin ser necesaria la intervención judicial, y siendo la única obligación de la Administración realizar un preaviso sobre la terminación del contrato.

La legislación ecuatoriana, no ha previsto una definición de terminación unilateral del contrato, ya que la LOSNCP se limita a señalar los casos en los cuales la Administración podría proceder con la terminación unilateral; sin embargo, las definiciones dadas por la doctrina, se ajustan y se relacionan al modelo de terminación unilateral ecuatoriano.

⁵⁷ Molina, Terminación Unilateral, 135.

Quien sí se ha pronunciado respecto de la terminación unilateral es la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que en su Expediente 31-99 manifestó lo siguiente:

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.⁵⁸

Según expone la Sala de lo Contencioso Administrativo, la terminación unilateral constituye una institución propia del contrato administrativo, pudiendo exclusivamente aplicarse en este y no en un contrato de derecho privado, en donde se requiere la intervención judicial o la voluntad común para disolver el vínculo contractual; no así en el contrato público en donde, siempre que lo autorice la ley, puede darse por terminado el contrato en forma unilateral.

Con estos antecedentes, podría intentarse, una definición aproximada de la terminación unilateral en la legislación ecuatoriana como una atribución otorgada por la Ley, que le permite a la Administración, en virtud de la potestad rescisoria exorbitante del Derecho Público, dar por terminado un contrato de forma unilateral, cuando sea necesario por razones de interés público y únicamente cuando se cumplan las causales determinadas en la Ley o el contrato, sin importar el estado en que dicho contrato se encuentre y sin requerirse demanda ante un juez u órgano jurisdiccional, sino simplemente un preaviso al contratista.

2.2. Características de la terminación unilateral

Tanto de las definiciones doctrinarias, como de la normativa jurídica, se puede comprender que existen ciertas características de la institución jurídica de la terminación unilateral. Molina señala que, doctrinariamente hablando, las principales características son “su carácter unilateral, potestativo, liberatorio y recepticio.”⁵⁹

Ghestin, Jamin y Billiau señalan que “dado que la ruptura es un acto unilateral, la voluntad de su autor es suficiente para producir el efecto deseado, el consentimiento del otro es innecesario”⁶⁰, ya que si se presenta la mutua voluntad de

⁵⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del Expediente 31-99, Suplemento del Registro Oficial 214 de 17 de junio de 1999.

⁵⁹ Molina, Terminación Unilateral, 135.

⁶⁰ J. Ghestin, C. Jamin y M. Billiau, “Traité de droit civil les effets du contrat, III ed.” (París: LGDI, 2001), 323.

las dos partes, no se trataría de una terminación unilateral, sino de otra figura jurídica.⁶¹

Molina sin embargo aclara que esta institución resulta “unilateral en cuanto a su formación, pero bilateral en sus efectos”⁶². Esto se debe a que si bien es cierto, basta tan solo la voluntad de la Administración para que se dé por terminado el contrato, la terminación unilateral tiene efectos extintivos⁶³ en la relación contractual, por lo que afectará a las dos partes una vez producida, “ya sea en forma de obligaciones post-contractuales o de liquidación, que pudieran existir a cargo de una o de ambas partes”⁶⁴.

Considero que estos efectos jurídicos afectarán a las dos partes, sin embargo serán distintos para cada una; por ejemplo, los efectos de la terminación unilateral para la Administración estarán previstos en la misma norma especial que rige la contratación⁶⁵, aunque algunos también podrían estar descritos en el instrumento contractual; y, en general, tendrán que ver con la forma en la cual la administración completará el objeto del contrato inconcluso. En cambio, para el contratista, los efectos de esta terminación unilateral serán distintos⁶⁶, no obstante de algunos que también pudieran estar previstos en el instrumento contractual.

Otra de las características de la terminación unilateral es el ser potestativa. Cabanellas señala que un acto es potestativo cuando a una persona o entidad le “cabe hacer o dejar de hacer lícitamente algo”⁶⁷; y en efecto, la potestad consiste en una facultad, una atribución o un poder de hacer o dejar de hacer algo.

⁶¹ El artículo 93 de la LOSNCP prescribe como una forma de terminación contractual, la realizada por mutuo acuerdo, en donde de forma evidente la condición esencial es la voluntad de ambas partes.

⁶² Molina, Terminación Unilateral, 135.

⁶³ Según refiere el propio Molina, los efectos extintivos tienen la particularidad de que en principio solo se producen hacia el futuro, lo cual se explica solo por los objetivos que persigue la terminación unilateral: hacer cesar un contrato cuya ejecución se prolonga en el tiempo.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Que en el caso de la legislación ecuatoriana sería la LOSNCP, por ejemplo el efecto inmediato y que es motivo del presente trabajo sería la facultad que tiene la administración en poder contratar en forma directa a un nuevo contratista para que termine el objeto contractual que ha quedado inconcluso producto de la terminación unilateral.

⁶⁶ Pese a que el contratista no tiene posibilidad de intervenir en una terminación unilateral, existen algunos efectos una vez que se ha finalizado el contrato. La doctrina señala que antes de esta terminación, el contratista podrá tomar algunas medidas para apaciguar los efectos de la terminación unilateral y disminuir, de ser el caso las pérdidas; de allí la razón por la cual la administración debe pre avisar la terminación unilateral.

⁶⁷ Cabanellas, Diccionario Jurídico, 336.

No obstante, considero oportuna la aclaración de Cabanellas, puesto que el que un acto sea potestativo, no implica solamente que sea una facultad, atribución o poder que dependa exclusivamente de la voluntad de la Administración, sino que esta facultad deberá ser realizada en forma lícita, de acuerdo a lo que dicte la ley o en algunos casos el instrumento contractual.

Pese a ello, algún sector de la doctrina considera que no es necesario que se cumpla algún presupuesto para que se pueda dar por terminado el contrato, sino que basta con la voluntad de la Administración para proceder con la terminación unilateral; así por ejemplo Molina, respecto de la terminación unilateral considera: “es potestativa, puesto que el ejercicio del derecho de la terminación unilateral no depende de la concurrencia de un hecho, sino de la sola voluntad de su beneficiario, quien no está obligado a motivar la ruptura del contrato”.⁶⁸

Este criterio evidentemente no sería aplicable en el caso ecuatoriano, pues claramente el artículo 94 de la LOSNCP prescribe que “la entidad contratante podrá⁶⁹ declarar terminada y anticipada y unilateralmente los contratos” en determinados casos previstos en el mismo artículo. Además también no puede dejarse de desatender, el deber que impone el Estado ecuatoriano a sus instituciones de emitir actos administrativos motivados, so perjuicio de ser nulos, si carecen de motivación y con las sanciones correspondientes para el funcionario que omita este deber constitucional.

La facultad potestativa descrita en el párrafo anterior, relacionado con el artículo 94 de la LOSNCP, podría considerarse que se contrapone con el artículo innumerado PRIMERO del RGLOSNCP que 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”, es decir esta facultad que en la ley nace como potestativa se convertiría en un “mandato” debido a que el RGLOSNCP determina que una Entidad Contratante por medio de la máxima autoridad o su delegado –iniciará- un proceso de contratación directa de acuerdo al procedimiento establecido en los numerales siguientes, situación que debería analizarse por parte del legislador para determinar si se debe aplicar y mantener la

⁶⁸ Molina, Terminación Unilateral, 135.

⁶⁹ El término “podrá” –además- claramente establece que este derecho de la Administración es potestativo, puesto que de ser el caso, cuando se cumplan con alguno de los casos previstos en la ley, será una decisión de la administración el ejercer o no este derecho.

redacción de la LOSNCP que evidencia la característica potestativa y discrecional de la terminación unilateral de los contratos en la normativa ecuatoriana.

La terminación unilateral también es liberatoria, en virtud de que a través de ella, la Administración puede “liberarse de una relación contractual”⁷⁰; cabe aclarar sin embargo que, la Administración se libra exclusivamente de la relación contractual con el contratista con el cual contrajo tal relación y no se libra de la obligación de cumplir con el objeto del contrato; es decir, la terminación unilateral no puede ser utilizada como pretexto para interrumpir el objeto del contrato definitivamente, sino al contrario, obliga a la Administración a cumplir con este objeto con un distinto contratista, esto evidentemente debido al interés público que tiene este objeto contractual.

En mi criterio y en relación a nuestra legislación vigente, la Administración al poder liberarse de una relación contractual y al encontrarse facultada para contratar directamente el objeto contractual, podría arriesgarse y no tener la seguridad de contratar con el mejor proveedor, debido a que no existiría la posibilidad de realizar un análisis adecuado de propuestas, considerándose de esta forma que podrían existir malas prácticas de funcionarios públicos para hacer fracasar un proceso de contratación con la intención de beneficiar a otro proveedor con el cual se pudo haber pactado beneficiarlo con la terminación unilateral de un contrato o inclusive existir pactos colusorios que serán analizados en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación dentro de las debilidades de la contratación directa producida como consecuencia de una terminación unilateral.

La terminación unilateral además tiene un carácter recepticio, que según explica Molina, consiste en que “debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que produzca efectos”⁷¹, y añade que este es un requisito que han previsto la mayoría de legislaciones en razón de que el contratista pueda prevenir y tomar las medidas adecuadas para evitar o atenuar los perjuicios o molestias que la extinción del contrato le pudieran ocasionar.

En este punto, la legislación ecuatoriana no es la excepción, pues según dispone el artículo 95 de la LOSNCP, “antes de proceder a la terminación unilateral,

⁷⁰ Molina, Terminación Unilateral, 135

⁷¹ *Ibíd.*, 136.

la Entidad Contratante notificará⁷² al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente”.

En mi criterio, la facultad que tiene el contratista para prevenir y tomar las medidas adecuadas que eviten o atenúen los perjuicios o molestias que la extinción del contrato le pudiera ocasionar, podría sustentarse en el hecho de que en un contrato se encuentran también establecidas las multas, como un mecanismo de sanción inmediata a favor de la entidad contratante, al momento que el contratista no puede justificar la mora o el incumplimiento del objeto contractual; por lo que la terminación unilateral de un contrato no debería ser la primera y única opción para la entidad contratante, sino igualmente considerar que en contratos especialmente de montos altos, las multas también son una sanción.

Una última característica es señalada por Molina, quien desde el punto de vista estrictamente jurídico, considera que la terminación unilateral resulta previsible; pues si bien es cierto, durante el transcurso de la relación contractual existe incertidumbre del momento en el cual la Administración pueda interrumpir esta relación y dar por terminado el contrato en forma unilateral, las condiciones en las cuales se puede dar esta terminación en cambio resultan previsibles, pues se encuentran determinadas en la ley o en el contrato, de tal modo que constituyen un aviso para el contratista, que sabrá exactamente, cuando cumple con estos requisitos, y por ende, cuando está en riesgo de que la Administración ejerza su derecho y termine el contrato en forma unilateral.

En este sentido, considero oportuno mencionar que el jueves 15 de octubre de 2015, en la ciudad de Quito con la iniciativa de la firma Runachay Rantiy, empresa que forma parte del Grupo Empresarial CEAS, se realizó el Conversatorio y Taller Especializado, denominado: Análisis del Régimen Jurídico de Terminación Unilateral de Contratos .- Causas y Efectos.- Contrataciones Directas como consecuencia de ellos, importante evento que contó con las ponencias de la Doctora Inés María Baldeón B. y de los Doctores Juan Fernando Aguirre Ribadeneira y Genaro Eguiguren Valdivieso, quienes con su experiencia y valiosos criterios analizaron a profundidad la temática relacionada con la terminación unilateral de los contratos. Me permito citar este conversatorio debido a que se plantearon varias

⁷² Cabe enfatizar que la redacción de la normativa señala claramente una obligación para la Administración, por lo que la notificación resulta obligatoria y no facultativa para la Administración.

propuestas y soluciones relacionadas con la visión política y jurídica actual vinculada con el tema materia de este trabajo de investigación.

2.3. Causales de la terminación unilateral en la normativa ecuatoriana

El artículo 94 de la LOSNCP prescribe que la Administración podrá dar por concluido el contrato en siete distintos casos; únicamente una vez cumplidos con los presupuestos contemplados dentro de estos casos, la Administración podrá declarar la terminación unilateral y anticipada del respectivo contrato.

2.3.1. Incumplimiento de obligaciones contractuales

La primera de las causales previstas en al LOSNCP para que pueda darse por terminado el contrato de manera unilateral y anticipada es que se hayan incumplido las obligaciones contractuales.

Pese a que la explicación de esta causa parece bastante obvia y evidente, no puede dejarse de mencionar en primer lugar la naturaleza del objeto del contrato público, pues en gran parte, la mayoría de causales para terminar el contrato unilateralmente parten desde esta causal.

La naturaleza del objeto del contrato público es evidentemente el logro de los fines estatales; y con ello, la satisfacción de las necesidades colectivas, necesidades que como se señaló anteriormente en muchos casos son primarias, por lo que resultan impostergables y prioritarias.

Consecuentemente se puede señalar que, si algún factor irrumpe e impide la posibilidad de que se dé cumplimiento y se satisfagan estas necesidades, deberá ser prioritario para la Administración buscar la forma en la cual se puedan cumplir con tales fines. Barrera Rodríguez señala que “el incumplimiento del contrato por parte del contratista constituye como es obvio, un hecho particularmente grave para el interés público que, en todo caso, justifica el contrato”.⁷³

Así, si no han incumplido las obligaciones contractuales, debido a la prioridad que tiene la Administración de cumplir con sus fines, podrá terminar unilateralmente el contrato, sin embargo aclara la autora citada que en virtud de este mismo principio

⁷³ Concepción Barrera Rodríguez, “La Resolución de los Contratos Administrativos por incumplimiento del contratista” (Sevilla: Lex Nova, 2007), 45.

de interés general, deberá analizarse cuidadosamente qué tipo de incumplimiento por parte del contratista, ameritaría la extinción del contrato.

Con este criterio coincide la tratadista Inés María Baldeón B. quien respecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales señala:

De las seis causales previstas, la primera, por obvia, no merecería mayor análisis, ya que independientemente de cuál sea el porcentaje de avance del contrato o de las multas, se podría por cualquier incumplimiento, y de cualquier naturaleza dar por terminado unilateral y anticipadamente un contrato, aunque claro está también desde la lógica de un análisis de proporcionalidad e incluso de sentido común, toda vez que por ejemplo no cabría dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato que tenga un avance porcentual casi total del mismo.⁷⁴

Según lo expone la autora, precisamente de acuerdo con el interés general del contrato público, la Administración deberá valorar si el incumplimiento del contrato por parte del contratista, amerita que se realice una terminación unilateral, ya sea que este análisis se realice de manera porcentual, o inclusive desde un punto de vista lógico.

Es mi opinión y comparto el criterio de la autora al considerar que debe realizarse un análisis de proporcionalidad por el grado de incumplimiento por parte del contratista, de este modo la sanción que se aplique no causaría una imposibilidad para contratar con el Estado, sino como lo mencioné en párrafos anteriores considerar que en contratos de montos altos, las multas también serían una sanción.

2.3.2. Insolvencia o quiebra del contratista

Según señala la tratadista Inés María Baldeón B., la segunda causal dispuesta en el artículo 94 de la LOSNCP:

Más bien tiene que ver con temas de carácter financiero / económico del contratista, sea por quiebra o insolvencia, que le impiden garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas por cuanto implicaría que su patrimonio es negativo, todo lo cual sin embargo pasa por analizar situaciones de carácter financiero e incluso judicial.

Tal como lo expone al autora y bajo el mismo principio de la necesidad que tiene la Administración por que se cumpla con el objeto del contrato, la segunda causal dispuesta en la ley se establece en razón de la situación económica o financiera del contratista, que le impide cumplir con las obligaciones adquiridas, por

⁷⁴ Inés María Baldeón B., “Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual”, (Quito: Fondo Empresarial CEAS, 2015), 4.

una situación que le supera y que resulta bastante objetiva, pues en este caso no queda a criterio de la Administración el valorar si existe o no quiebra o insolvencia, sino que esta valoración ya se realiza en otro ámbito del Derecho.

Del análisis realizado considero oportuno diferenciar la quiebra (que se establece para personas jurídicas), de la insolvencia (que se establece para personas naturales), pero en ambos casos implica que el contratista se encuentra en una situación económica tan complicada que le impediría cumplir con la ejecución contractual, pues en contra del mismo se pueden iniciar incluso acciones civiles o penales que le impedirían administrar su patrimonio. Es en esa virtud, que se considera que en defensa de los intereses públicos y para salvaguardar los recursos públicos, se puede declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato.

2.3.3. Multas que superen el 5% del contrato

La tercera causal prevista para que se dé la terminación unilateral y anticipada del contrato tiene que ver con la sanción para el contratista con multas, siempre y cuando éstas superen el 5% del monto del contrato. Respecto de esta causal en particular, cabe puntualizar algunos aspectos importantes.

El porcentaje que ha previsto la LOSNCP del 5%, obedece al porcentaje de valor que se ha prescrito para la garantía de fiel cumplimiento del contrato dentro del artículo 74 de la misma ley⁷⁵; en tal motivo, de forma lógica y preliminar, si no existe una garantía suficiente que permita solventar el valor de las multas que se la ha impuesto al contratista, la Administración podría declarar la terminación unilateral.

Sin embargo y tal como se dispone dentro del referido artículo 74, existen contratos en los cuales no se exige esta garantía⁷⁶, ante lo cual podría pensarse –en un primer análisis- que en este tipo de contratos no se podría terminar el contrato en forma anticipada y unilateral.

Respecto de ello, la tratadista Inés María Baldeón B. señala:

⁷⁵ Artículo 74 LOSNCP.- Para la seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del valor aquel.

⁷⁶ Los incisos quinto y sexto del artículo 74 de la LOSNCP prescriben: “No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compra venta de bienes inmuebles, y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago. Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.”

Si bien se puede sostener dicha argumentación, y en consecuencia no proceder a una terminación unilateral por dicho motivo, en mi particular criterio creo que dicha posibilidad si existiría aun cuando no hubiese otorgado la garantía en cuestión, porque creo que la causal prevista no está en tanto haya o no garantía, sino en cuanto las multas en un contrato superen un porcentaje y en el caso en cuestión, referido al monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, que por disposición del artículo 74 de la LOSNCP es del cinco por ciento (5%) del monto total del contrato; por lo que nuestra legislación en general admitiría una demora calculada en multas de hasta un 5%, sin que por este motivo, se configure una causal de terminación del contrato; y pasado dicho porcentaje, haya o no garantía previa, procedería la posibilidad de dar por terminado unilateral y anticipadamente el contrato por esta causal.⁷⁷

2.3.4. Suspensión por más de 60 días dispuesta por la entidad contratante

La causal cuarta para la terminación anticipada del contrato tiene que ver con el plazo para la realización del objeto contractual. Del mismo modo que en los casos anteriores, el interés general que tiene el objeto del contrato, hace que la legislación contrate con los particulares, bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría que le deberán ser entregados o realizados en el plazo que la Administración lo considere necesario⁷⁸.

De esta forma, la Administración y el contratista, firmarán el contrato en el cual constará el plazo para la entrega de la obra, bien o servicio, siendo indispensable que se cumpla con este plazo establecido.

De no ser así, la legislación prevé que en caso de existir una suspensión por parte de contratista⁷⁹, que supere los 60 días se podrá iniciar con la terminación unilateral y anticipada del contrato.

Respecto de esta causal existen diversas críticas, pues doctrinarios como la Doctora Inés María Baldeón B. considera, que el tiempo debería ser dispuesto en forma porcentual, ya que hay contratos cuyos plazos de duración no van más allá de los 60 días y en cuyo caso no podría aplicarse esta causal, aun cuando existiese una suspensión que resultare excesiva; por tal motivo convendría cambiar la forma en la cual está previsto el plazo de la suspensión.

⁷⁷ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 5.

⁷⁸ Siempre que el plazo que estime la Administración sea humanamente posible realizarlo, pues debido a aspectos técnicos y logísticos no se puede pretender que una obra, bien o servicio pueda ser realizado en cualquier plazo.

⁷⁹ La legislación ecuatoriana ha previsto que se exceptúen los casos en los que median la fuerza mayor o caso fortuito, que deberán ser legalmente comprobados.

2.3.5. Celebración de contratos contra expresa prohibición de la ley

Esta causal se refiere, a aquellos casos en los cuales no se han considerado disposiciones de carácter legal, que de ser observadas, impedirían la celebración del contrato. Esta disposición guarda estricta relación con el artículo 64 de la misma LOSNCP que prescribe:

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

Por su parte, el artículo 65 de la Ley *ibídem* señala los casos en los cuales los contratos regidos por dicha ley serían nulos, siendo éstos: 1. Por las causas generales establecidas en la ley; 2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, 3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.”

En este sentido, la tratadista Inés María Baldeón B.⁸⁰ señala que respecto de la celebración de contratos contra expresa prohibición de la ley, deberían considerarse dos casos; el primero, cuando las causas le son imputables al contratista, en cuyo caso se podría proceder con la terminación unilateral del contrato; mientras que en un segundo caso, si las situaciones le son imputables a la Administración, “no cabría la terminación unilateral del contrato (porque nadie puede beneficiarse de su propio error o dolo) y en cuya circunstancia procedería pedir al Procurador General del Estado que se demande la nulidad del contrato; y, mientras ello no ocurra, el contrato se mantendría vigente.”⁸¹

⁸⁰ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 6.

⁸¹ El artículo 66 de la LOSNCP prescribe.- “La denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar”.

2.3.6. Por las demás causales previstas en el contrato

La Doctora Inés María Baldeón B. señala que “esta causal está vinculada con la propia naturaleza del contrato, y en consecuencia se incluirá según lo previsto en el pliego de la respectiva contratación”.⁸²

2.3.7. Por no haberse aceptado una terminación de mutuo acuerdo

Esta causal se refiere a la posibilidad de dar por terminado unilateral y anticipadamente un contrato, cuando el contratista se hubiese negado de forma previa a aceptar una terminación de mutuo acuerdo, necesaria ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas, o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados.

En mi opinión comparto el acertado criterio de la Doctora Inés María Baldeón B.⁸³, quien señala que “han existido voces a favor y en contra de esta causal; entre las críticas, porque con esta alternativa, la voluntad para terminar de mutuo acuerdo se podría ver limitada o “coaccionada” por la posibilidad de que de no irse por dicha vía, se terminaría unilateralmente el contrato; pero entre las voces a favor, están las que señalan que sería la forma de poder terminar un contrato y permitir que su objeto se pueda cumplir y en tal virtud permitir la consecución de los fines y objetivos que motivaron a contratar, en este último caso accediendo a una terminación unilateral pero sin los efectos de incumplimiento en contra del contratista, es decir, sin ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del contrato y sin la inscripción del contratista como incumplido”. La autora menciona que comparte esta segunda corriente del porqué en dicha lógica podría haber sido necesaria la inclusión de esta causal por parte del legislador, sin menoscabar los derechos y garantías del contratista.

2.4. Procedimiento y principios a observar para que la terminación unilateral sea válida

El procedimiento para la terminación unilateral y anticipada del contrato se encuentra previsto en el artículo 95 de la LOSNCP, siendo en primer lugar necesario realizar de forma previa la notificación al contratista de que se procederá con la terminación unilateral, con la anticipación de 10 días término, sobre tal decisión.

⁸² Baldeón, *Ibíd.*,6.

⁸³ Baldeón, *Análisis del Régimen Jurídico*, 7.

Como se ha señalado con anterioridad, este es un requisito indispensable para que pueda darse por terminado el contrato en forma unilateral, pues es necesario anticipar al contratista respecto de tal decisión de la Administración para que pueda realizar las acciones necesarias a fin de evitar que proceda la terminación unilateral o subsanar la falta, y tener el derecho a la defensa; también para que pueda conocer la motivación de la autoridad para promover tal acto.

La ley además dispone que 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 deberá señalar en forma específica el tipo de incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista, advirtiendo que si no lo remedia en el término previsto se dará por terminado unilateralmente el contrato.

En este término el contratista podrá remediar el hecho señalado por la Administración; por lo que, una vez que esté en su conocimiento las causas por las cuales la Administración pretende dar por terminado el contrato, deberá presentar los fundamentos fácticos y jurídicos para justificar el incumplimiento y deberá realizar las acciones necesarias a fin de corregir tal incumplimiento. Sin embargo, de no ser así, y el contratista no justifique la mora o no remediare el incumplimiento, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, “mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante” que se le deberá comunicar al contratista por escrito y a través del portal electrónico del SERCOP.

La notificación al contratista con la decisión de terminar unilateralmente un contrato por parte de la Entidad Contratante, luego de haber identificado la falta de motivación que podría existir en los actos administrativos, específicamente por considerarse únicamente “los informes técnico y económico”, como respaldo del cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista, a mi criterio resultaría importante y obligatorio incluir igualmente un informe legal que respalde la decisión tomada por la Administración, de esta forma se tendría como respaldo el análisis previo realizado por los abogados de una entidad contratante como insumo que permita sustentar una terminación unilateral en la que no se consideren únicamente aspectos económicos y técnicos sino también legales.

Cabe señalar que según lo dispone la LOSNCP: “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”, ni tampoco se admitirán demandas constitucionales en contra de esta resolución.

La ley además dispone 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 10 días para realizar el pago respectivo”; si al vencimiento de este término no se ha efectuado el pago, el contratista deberá cancelar “el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago”.

En virtud del interés público del contrato y del daño que se le puede causar a la Administración y al Estado y una vez que se ha procedido con la terminación unilateral del contrato, se podrá exigir la indemnización de daños y perjuicios a los que haya lugar.

El artículo innumerado PRIMERO del RGLOSNC, determina el procedimiento a seguir una vez que se ha declarado la terminación unilateral del contrato, mencionando que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá resolución de inicio del proceso de contratación directa, en la que constará el nombre del proveedor a ser invitado, el estado de ejecución del contrato terminado unilateralmente, la magnitud pendiente de ejecución y el monto de la contratación directa, la misma que será publicada máximo en 24 horas desde que fue emitida en el portal institucional del Sistema Nacional de Contratación Pública, a esta resolución se adjuntará el pliego del proceso precontractual. En el término máximo de hasta cinco días desde que se publicó la Resolución de inicio, el proveedor invitado presentará su oferta, de esta forma la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, podrá adjudicar o declarar desierto el proceso mediante resolución debidamente motivada que deberá ser notificada mediante el portal institucional, en el término máximo de 24 horas a partir de su expedición.

Sin embargo, y una vez declarado terminado unilateral y anticipadamente el respectivo contrato, existe un efecto jurídico adicional –que a mi criterio es el principal y que es objeto de análisis del presente trabajo–, que está descrito en el inciso final del mismo artículo 95 de la LOSNCP que prescribe: “Una vez declarada

la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta ley.” Un análisis pormenorizado al respecto, sobre sus causas, justificaciones y efectos será realizado en el capítulo siguiente de este trabajo de investigación.

Capítulo III

Análisis de las fortalezas y/o debilidades de la contratación directa producida como consecuencia de una terminación unilateral

Como previamente se ha expuesto, la terminación unilateral del contrato es una facultad que posee la Administración, surgida de un mandato legal; por lo tanto, debe regirse en forma expresa con lo que este mandato determina; de tal modo que únicamente bajo las causales dispuestas en la ley y siempre y cuando exista motivación suficiente, la Administración podrá hacer uso de esta facultad y terminar unilateralmente un contrato con el proveedor.

Sin embargo, el hecho de que la Administración dé por terminado un contrato en “forma anormal” implicaría por un lado que, el objeto del contrato quedó inconcluso, de tal forma que los fines de la contratación pública, (y consecuentemente los fines del Estado), no pudieron ser concluidos satisfactoriamente; y por otro lado, el que se producen una serie de efectos jurídicos derivados de la terminación anticipada y unilateral del contrato.

El inciso final del artículo 95 de la LOSNCP dispone que se proceda a contratar directamente, siguiendo el procedimiento que se establezca en el reglamento de la Ley, inmediatamente de que sea declarada la terminación unilateral.

El artículo en mención prescribe en forma clara, -el que a mi criterio- sería el efecto jurídico más importante de la terminación unilateral y anticipada del contrato- la forma en la cual el legislador ha previsto que se complete el objeto inconcluso del contrato extinguido en forma anormal; es decir se resalta la inmediatez para poder contratar de forma directa el objeto contractual inconcluso con un nuevo proveedor.

Respecto del procedimiento al que se refiere el artículo 95 de la ley ibídem, es necesario señalar que hasta la fecha no se expide el reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNC), que debía producirse como consecuencia de las reformas a la referida ley dadas en octubre de 2013; sin embargo, para el caso particular de la contratación directa por terminación unilateral, se regló este procedimiento mediante Decreto Ejecutivo 153 de 20 de Noviembre del 2013, expedido por el señor Presidente de la República y publicado dos veces en el Registro Oficial.

En efecto, el RGLOSNCNP dispone en su artículo 146.1, que 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”*, siempre que sea posible concluir la ejecución del objeto del contrato previamente terminado unilateralmente.

El RGLOSNCNP, en consecuencia, faculta a la máxima autoridad de la entidad contratante o a su delegado a que, una vez que haya resuelto la terminación unilateral, pueda contratar directamente la ejecución del objeto inconcluso.

Evidentemente, de lo que se puede observar, la finalidad que tuvieron el legislador y el señor Presidente de la República al establecer la posibilidad de contratación directa habría sido cumplir con el propio objetivo de la Contratación Pública, pues el Estado requiere, a través de sus instituciones, de la contratación de obras, bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades colectivas (unas con mayor prioridad que otras), y con la terminación “anormal” del contrato se imposibilitaría esta finalidad, pero al considerar que la satisfacción de las necesidades colectivas en la mayoría de casos tiene que ser inmediata, las entidades contratantes -a mi criterio- se ven impulsadas a realizar contrataciones directas, sin recurrir a procedimientos precontractuales concursivos que permitieran seleccionar al mejor proveedor, lo cual podría en algunos casos ocasionar que por la premura en la contratación directa de obras, bienes y servicios, los mismos no siempre cumplan con la atención de dichas necesidades, sino más bien podría darse el caso de que el objeto de la contratación directa no satisfaga finalmente los intereses y objetivos que motivaron continuar con su ejecución a través de un proceso no concursivo.

No obstante, también habría que incluir en el análisis que es la misma necesidad de cumplir con los objetivos de la Contratación Pública, la que debería haber motivado la terminación unilateral por parte de la entidad contratante; pues si el contratista incurrió en alguna de las causales descritas en la LOSNCNP para que proceda la terminación unilateral, significaría que él no estuvo en la posibilidad de cumplir con el objeto contractual, haciéndose necesaria esta terminación “anormal”, en virtud de que no se estaría cumpliendo con los fines de la Contratación Pública. (Satisfacción de necesidades colectivas). En este sentido considero importante que debería analizarse las causas por las que un contratista incumplió con las obligaciones previstas en un contrato, debido a que podrían darse situaciones como por ejemplo que no haya sido bien realizado el proceso de calificación de ofertas

realizado por una Comisión Técnica, es decir no se haya verificado el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en los términos de referencia y en el pliego, sino que se benefició a un proveedor con la adjudicación de un contrato a sabiendas de que no se encontraba en capacidad de cumplirlo. Lo expuesto se podría determinar posteriormente en exámenes o auditorías realizados por los organismos de control, quienes en sus informes evidencian que los contratistas no cumplían con los requisitos exigidos por una entidad contratante, por lo que podría resultar que sin la debida motivación una entidad contratante hubiese abusado de la facultad que tiene para terminar unilateralmente un contrato, argumentando que los incumplimientos son de total y absoluta responsabilidad del contratista, sin que se haya considerado que la entidad contratante fue quien benefició a un proveedor que no se encontraba en capacidad de cumplir con sus obligaciones.

Del análisis de la normativa vigente se vislumbra que el legislador la expidió en consideración de una premisa de “agilidad” en el procedimiento de contratación; pues al quedar inconcluso el objeto del contrato, una vez que se lo terminó de manera unilateral, sería preciso buscar una forma de concluir el mismo de la forma más ágil y breve posible; más cuando hay situaciones en que el objeto contractual requiere de una atención prioritaria y sin dilación⁸⁴; por este motivo la entidad contratante tiene la competencia legal para realizar una contratación directa.

Sin embargo, la posibilidad de que la Administración puede realizar en forma inmediata una contratación directa, debe ser analizada a profundidad, pues dependiendo del contexto en el cual se realice, puede resultar muy beneficiosa y en otros casos bastante inoportuna; por lo que a continuación, trataré de señalar en la forma más objetiva posible, tanto las fortalezas, como las debilidades que pudieran derivarse de esta contratación directa.

3.1 Fortalezas

Para poder establecer cuáles son las fortalezas de la contratación directa, derivada de una terminación anticipada y unilateral del contrato, considero preciso realizar una retrospectiva de algunos puntos analizados con anterioridad a fin de enfatizarlos y relacionarlos entre sí.

⁸⁴ Como en el caso de aquellas obras, bienes y servicios, objetos de una contratación relacionados con Sectores Estratégicos, Servicios de Salud Pública, Seguridad del Estado y otros servicios básicos prioritarios que no pueden ser suspendidos.

En primer lugar considero que se debería tomar como referencia que la propia naturaleza y finalidad del contrato administrativo están orientadas a la búsqueda del: “interés común”, que surge de la necesidad que tiene el Estado de realizar actividades que permitan concretar sus objetivos; para cumplir con ello, no únicamente la Administración realiza actividades por sí misma, sino que depende de los particulares, que le brinden ayuda a través de la realización de obras y servicios y para que le provean de determinados bienes; pues por principio de eficiencia económica, le resultaría más conveniente al Estado encargar estas actividades que realizarlas por sí mismo.

Ahora bien, la Constitución de la República dispone en su artículo tercero como primer deber primordial del Estado el que sin discriminación de ningún tipo se garantice el debido goce de los derechos constitucionales así como de aquellos establecidos en instrumentos de carácter internacional, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Tal como lo prevé el mandato constitucional, es deber primordial (y por lo tanto ineludible) del Estado, el garantizar el efectivo y oportuno goce de los derechos reconocidos en la Constitución; y, con particular énfasis, de aquellos derechos que sean indispensables para el desarrollo del ser humano, tales como agua, alimentación, salud y educación, etc.; mismos que la norma suprema denomina como “derechos del buen vivir”.

En este sentido en mi opinión resulta una fortaleza la posibilidad que tiene la Administración para contratar directamente obras, bienes y servicios especialmente aquellos orientados a garantizar los servicios básicos de la población, asegurando de esta forma su disponibilidad inmediata, sin que estas necesidades se suspendan hasta que se realicen procesos precontractuales entre varios proveedores para seleccionar al mejor. En mi criterio, exclusivamente para la atención de este tipo de necesidades básicas, se deberían realizar contrataciones directas, permitiendo de esta forma que la confianza entre las partes sea el fundamento del contrato público, es decir que exista la consideración por parte de la entidad contratante de que el contratista va a cumplir con el objeto contractual.

Por su parte, el artículo 226 de la misma norma suprema garantiza el principio de legalidad, responsabilidad y no abrogación de funciones al disponer que cualquier institución del Estado, organismos, dependencias y en general los servidores públicos que tengan potestades estatales solo puedan ejercer aquellas competencias y

facultades de los cuales estén investidos sea por mandato de la Constitución o de la ley, es decir no hagan más que aquello que esté prescrito; pues de lo contrario se generaría un caos y una afectación al principio de seguridad jurídica y en general al Estado de derechos vigente en el País.

En consecuencia, la Constitución en forma clara determina que el deber de las instituciones, organismos y de los servidores públicos, consiste en realizar las acciones necesarias que permitan dar cumplimiento a los fines estatales y hacer efectivo el goce de los derechos; pues en definitiva, “la administración pública constituye un servicio a la colectividad” según prescribe el artículo 227 constitucional; de allí que deba regirse de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Al ser un deber de las instituciones, organismos y de los servidores públicos, realizar las acciones necesarias para cumplir los fines estatales, es mi criterio que hasta que se reforme la LOSNCP y su Reglamento General, al interno de las instituciones públicas, desde una lógica motivacional y para que la discrecionalidad legal no se convierta en arbitrariedad, se podrían generar procesos previos de selección ágiles entre varios proveedores.

En mi opinión, y conforme a lo establecido en el literal d) del artículo 7 del RGLOSNCOP, atribuye a la máxima autoridad del SERCOP emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública, SNCOP y del SERCOP, que no sea competencia del Directorio; es decir el SERCOP podrá dictar normas administrativas relacionadas con la LOSNCP que permitan determinar el procedimiento a seguir por parte de las Entidades Contratantes para realizar una contratación directa una vez que se haya declarado terminado unilateralmente un contrato.

De esta forma la contratación directa no resultaría un mecanismo arbitrario, sino más bien un procedimiento reglado mediante el cual se determinen los requisitos que obligatoriamente deben cumplir los posibles oferentes interesados en participar en un proceso de contratación directa y las Entidades Contratantes, es así que la contratación directa resultaría positiva para la Administración, considerando que ya existiría un procedimiento claro y transparente mediante el cual se indiquen los requisitos técnicos y legales que deban cumplir obligatoriamente las Entidades

Contratantes y los posibles oferentes interesados en participar en un proceso de contratación directa.

A mi criterio para que exista un procedimiento claro y transparente, en concordancia con el numeral 6 del artículo 9 de la LOSNCP, prevé como uno de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna, en este sentido los parámetros que al menos deberían existir para realizar un procedimiento de contratación por parte de una Entidad Contratante en caso de la declaración unilateral de terminación del contrato serían los siguientes:

1. Establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios.
2. Realizar la liquidación financiera y contable.
3. Requerir al contratista el pago a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación realizada, inclusive de ser el caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado; y,
4. Ejecutar las garantías, en caso de que el contratista no pague los valores mencionados en el numeral anterior.

De los parámetros descritos, considero importante analizar el avance en los contratos de obra, debido a que en este tipo de contratos las entidades contratantes, se encuentran facultadas para realizar en el mismo contrato ordenes de trabajo para ejecutar rubros nuevos hasta el diez por ciento (10%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal reajustado y diferencias de cantidades de obra hasta el veinte y cinco por ciento (25%) del valor reajustado del contrato, entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas del contrato principal, sin que se deba suscribir contrato complementario alguno.

En base a lo mencionado, al declararse terminado unilateralmente un contrato de obra, se tendría que tomar en cuenta el avance real del contrato principal y cuanto efectivamente se ejecuto en los rubros nuevos y diferencias de cantidades de obra, para saber cuál será el monto pendiente a contratarse directamente como consecuencia de la terminación unilateral de este contrato.

Señalándose en este caso que no puede entenderse que existan 3 contratos: uno el original, y por otro lado los rubros nuevos y diferencias de cantidades de obra, sino que existe un solo contrato que suma el principal, los rubros nuevos y

diferencias de cantidades de obra, por lo que para realizar una contratación directa debería considerarse esa realidad integrada.

Es claro además, que las instituciones públicas representan –o están orientadas a representar- el interés colectivo de las personas, por lo tanto, realizan estos procedimientos, cuando requieren de medios como bienes o la prestación de obras y servicios, necesarios para poder cumplir con el mandato constitucional; y en tal virtud, garantizar el goce de los derechos constitucionales.

Estas necesidades, se plasman en los objetos contractuales, que se celebran entre la Administración y los proveedores para que se den cumplimiento y entonces tales obligaciones se extingan en forma normal. ¿Pero qué sucede cuando esto no se cumple?; ¿Qué implicaciones tiene el hecho de que una entidad contratante no pueda finalizar satisfactoriamente un contrato y que el objeto del mismo quede inconcluso?

En un principio la respuesta es obvia, el hecho que un objeto contractual no se cumpla implica que la institución u organismo, y en forma más general el Estado, no han dado cumplimiento a sus fines, o que no han podido satisfacer el interés general; y lo que resulta más grave, que no pudieron dar cumplimiento con el mandato de garantizar los derechos constitucionales reconocidos a las personas, lo que es su deber primordial. Es por esta razón, que la normativa establece como mecanismo en caso de que se finalice el contrato en forma anormal, y no se haya cumplido con el objeto, a la contratación directa.

Esta forma de contratación, tal y como su nombre lo indica, implica que la entidad contratante, podrá escoger en forma directa, a cualquier proveedor habilitado en el Sistema Nacional de Contratación Pública para que concluya con el objeto contractual incompleto, sin necesidad de regirse a ninguno de los procedimientos contractuales concursivos previstos en la LOSNCP.

Sin embargo, ahora cabe preguntarse ¿Cuáles son las razones por las cuales el legislador ha considerado que la contratación directa es el medio más idóneo en los casos de terminación anticipada y unilateral del contrato? La respuesta se deduciría, (al menos desde mi punto de vista), en consideración a dos principios constitucionales: el de eficacia y el de eficiencia.

El autor José Manuel Canales señala que “el principio de eficacia consiste en “la consecución de objetivos, metas y estándares orientados a la satisfacción de las

necesidades y expectativas del ciudadano”⁸⁵; mientras que la autora María de la Encarnación Gabín afirma que este principio “persigue los mejores resultados con el menor número de trámites y la máxima rapidez en las actuaciones administrativas”.⁸⁶

Según exponen los autores citados, la eficacia desde el punto de vista del Derecho Administrativo, es un principio a través del cual, el Estado, tiene la obligación de cumplir con la satisfacción del bien común, en una forma que se optimicen tales resultados, procurando el menor número de trámites; y sobre todo, la celeridad en sus actuaciones.

No menos importante es el principio de eficiencia, definido por el mismo Canales como aquel que procura que la Administración optimice la gestión de sus resultados alcanzados “con relación a los recursos disponibles e invertidos para su consecución”⁸⁷; de tal forma que no solo es importante que la Administración cumpla con su gestión colectiva en forma rápida y oportuna, sino que también debe procurar que la inversión realizada, logre la finalidad que motivó la inversión.

En mi criterio los principios de eficacia y eficiencia no deben confundirse con la atribución que tiene la Administración para contratar directamente con un proveedor que no haya sido evaluado y calificado previamente, es decir que aunque exista discrecionalidad, ésta debe ser reglada, para que no se convierta en arbitrariedad y que luego no resulte que la decisión de terminar unilateralmente un contrato fue por favorecer a un proveedor con quien previamente se acordó en adjudicarle una obra, bien o servicio directamente sin haber participado en un proceso de selección entre varios oferentes.

Aplicando estos dos criterios es comprensible que el legislador ecuatoriano y el señor Presidente de la República, hayan tratado de brindar una celeridad al procedimiento de contratación posterior a la terminación unilateral del contrato; pues al no cumplirse originalmente en forma satisfactoria con el objeto del mismo, no existiría mayor sentido en proponer un nuevo procedimiento extenso que además deba cumplir con excesivas formalidades; pues debe considerarse ante todo, que el interés público debe ser cumplido en forma eficaz, eficiente, oportuna y breve.

⁸⁵ José Manuel Canales, “Documentos Básicos para la modernización y el fortalecimiento de las administraciones públicas en Iberoamérica” (Alicante: Editorial Club Universitario, 2009), 118.

⁸⁶ María de la Encarnación Gabín, “Administración Pública” (Madrid: Ediciones Paraninfo, 2009), 39.

⁸⁷ Canales. *Ibíd.*.

Considero -por lo tanto- que la Administración debe actuar en forma rápida, a fin de cumplir con su mandato de hacer cumplir los derechos constitucionales, y en virtud de ello, posee facultad para actuar en forma inmediata en caso de una terminación anticipada; algo que resulta beneficioso si se considera ante todo, el sin número de objetos contractuales que se podrían contratar; algunos directamente relacionados, con derechos fundamentales y emergentes que no puede esperar, y otros vinculados, con los sectores considerados como estratégicos para la economía ecuatoriana.

Los tratadistas Jorge Benavides y Jhoel Escudero, realizan una definición de los derechos fundamentales, en estos términos:

“Podemos entender por derechos fundamentales a aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen reconocimiento constitucional, de ahí que de dicho reconocimiento se derivan consecuencias de tipo jurídico.”⁸⁸

Tal como lo expresan los autores, los derechos fundamentales, son bienes jurídicos altamente importantes, reconocidos en la Constitución⁸⁹, inherentes al ser humano, que siempre deben priorizarse; en tal virtud, cualquier actividad que los involucre, debe realizarse también en forma rápida, oportuna, eficiente y eficaz; de allí el compromiso de la Administración de que, en lo referente a la contratación pública, no deban alargarse los procedimientos que estén destinados al cumplimiento de tales derechos, pues eso podría implicar una violación de un deber constitucional.⁹⁰

Además, otros de los objetos contractuales que para la Administración resultan indispensables e impostergables, son aquellos que tengan como finalidad la administración de los sectores estratégicos, pues según expresa el mandato constitucional, existe una exclusividad en su manejo; así lo prescribe el artículo 313 cuando dispone que el Estado tiene reservado para sí el derecho de administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos.

⁸⁸ Jorge Benavides y Jhoel Escudero, “Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana” (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 75.

⁸⁹ Además que también están reconocidos y tutelados en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado ecuatoriano, y conforme prevé el artículo 424 de la misma Constitución, poseen una alta jerarquía que debe ser respetada por el Estado ecuatoriano.

⁹⁰ Según refiere la doctrina, existe tanto inconstitucionalidad por acción como por omisión; el hecho de que una institución, organismo, poder u servidor público no cumpla con un deber designado por la Constitución, también implica un tipo de inconstitucionalidad.

Según lo dispone además el referido artículo, los sectores estratégicos son trascendentes y de enorme y compleja magnitud y por ello inciden de forma decisiva en los ámbitos económico, social, político, ambiental, etc.; por lo tanto, a través de ellos, se puede orientar hacia el pleno y eficaz desarrollo de los derechos y al interés social. En virtud de tal importancia, es necesario que el legislador haya considerado como una opción favorable, la contratación directa en caso de una terminación anticipada, pues como expresa el propio mandato constitucional, estos sectores tienen un alto impacto en la economía y desarrollo económico para el País; por lo tanto, el Estado no puede bajo ningún concepto dejar de atender las necesidades de estos sectores, pues esto traería consigo una afectación del bien común.

Entre los sectores considerados como estratégicos, el mismo artículo 313 incluye a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua; pero además, el propio artículo citado indica que se puede también considerar como sectores estratégicos a otros que sean definidos así en cualquier norma legal vigente en el País.

Desde la perspectiva de la necesidad que tienen algunos objetos contractuales; y sobre todo, si se toma en cuenta los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, la contratación directa en caso de una terminación anticipada y unilateral, a mi criterio resulta una opción favorable siempre que se pueda verificar que el proveedor seleccionado cumple con los requisitos establecidos en la ley y que se encuentra en capacidad de entregar obras, bienes y servicios de calidad con sus respectivas garantías, pues permite terminar el objeto contractual sin la realización de excesivos trámites que dificulten la finalización satisfactoria del contrato.

3.2 Debilidades

Si bien es cierto -y en consideración a esta premisa de tiempo- la contratación directa resultaría una importante alternativa para evitar la demora en la prestación de los servicios o en la disponibilidad inmediata de los bienes, servicios u obras, considerándose de esta forma como un aspecto positivo, en mi criterio no debería dejarse de analizar otros factores que orientan y dirigen los principios básicos y políticas de la Contratación Pública, igualmente importantes.

Al respecto de este particular efecto jurídico de la declaración de terminación unilateral de la entidad contratante (Contratación Directa), la Doctora Inés María Baldeón B. considera que, el legislador incluyó el procedimiento de contratación directa, y que el ejecutivo estableció que se puede contratar a cualquier proveedor y por cualquier monto con la finalidad de asegurar –sin dilataciones de tiempo- los objetivos de la contratación pública; sin embargo a su criterio considera que la normativa vigente podría tornarse riesgosa y de posible vulneración y afectación a la competencia, que incluso podría degenerar en posibles acuerdos colusorios⁹¹ verticales”.^{92 93}

Según lo expone la autora, criterio con el que coincido, podrían existir ciertos riesgos jurídicos derivados de una contratación directa en las condiciones expuestas en la normativa reglamentaria expedida para el efecto; tanto al momento de declarar la terminación unilateral del contrato (sin la motivación suficiente) como en la contratación que se daría como consecuencia de dicha terminación (ante la eventual posibilidad de escoger arbitrariamente un proveedor sin concurso), lo cual podría implicar una serie de consecuencias que afecten al derecho de libre competencia, al Estado y en última instancia al bien común.

Al respecto, la misma autora considera que si bien resulta razonable entender que los objetivos que motivaron tal reforma, y sobre todo los dos Decretos Ejecutivos, estarían enfocados exclusivamente al cumplimiento del objeto contractual, podría resultar “en extremo grave, arbitraria, y de una peligrosidad sin límites, la posibilidad de una contratación directa en cualquier circunstancia y sin otra motivación que no sea el invocar la terminación unilateral del contrato”; pues esta situación podría generar como efecto negativo, que se produzcan algunas terminaciones unilaterales realizadas por las entidades contratantes en forma arbitraria e inconsulta, cuya única finalidad sería la de poder generar la alternativa de una contratación directa con un proveedor distinto al que ganó el proceso concursivo,

⁹¹ La Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado en su artículo 11, define a los acuerdos colusorios como “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.”

⁹² Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 11.

⁹³ El artículo 11 número 21 de la ley *ibídem* se refieren a los acuerdos entre proveedores y compradores que, se puedan en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación para favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

y con el que se haya realizado –en forma ilegal, fraudulenta, y poco ética- un acuerdo previo; de hecho, la misma autora señala que en la actualidad “se rumora que están pasando”⁹⁴ casos como estos.

Contrario al criterio antes expuesto, existe otra corriente de pensamiento, sobre todo político respecto a la temática en cuestión. En efecto, me permití consultar a la fuente de la autoridad pública vinculada con el análisis expuesto y pude acceder al criterio del Dr. Vicente Peralta León, Subsecretario General Jurídico de la Presidencia de la República, experto en la temática de la Contratación Pública del País, expuesto en un conversatorio realizado al efecto por el Grupo CEAS⁹⁵, quien considera que la Contratación Directa producida como consecuencia de la terminación unilateral de los contratos, no afectaría el derecho de la competencia. Para afirmar lo indicado se basa en el siguiente análisis que es de su autoría.

**CONVERSATORIO Y TALLER ESPECIALIZADO:
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS.- CAUSAS Y EFECTOS.- CONTRATACIONES DIRECTAS ORIGINADAS COMO CONSECUENCIA.**

CONTRATACIÓN DIRECTA - DERECHO DE LA COMPETENCIA

No hay afectación

Año	Nro. de procesos adjudicados	Número de proveedores fallidos	Número de proveedores incumplidos	Porcentaje de Procesos declarados fallidos	Porcentaje de Procesos declarados incumplidos	Porcentaje de Procesos declarados incumplidos o fallidos
2013	141.589	134	659	0,09%	0,47%	0,56%
2014	110.896	118	687	0,11%	0,62%	0,73%
ago-15	58.296	36	295	0,06%	0,51%	0,57%

Si bien los elementos de información dados por la autoridad en mención resultarían válidos y de alguna manera tranquilizantes, no es menos cierto señalar que son datos informativos que no abarcarían la totalidad de la problemática en cuestión. En efecto, de acuerdo a la información reportada por el SERCOP en su

⁹⁴ Inés María Baldeón B., “La libertad de Empresa y el Derecho de competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador” (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 306.

⁹⁵ Vicente A. Peralta León, “Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos” (Quito: Fondo Empresarial CEAS, 2015).

portal institucional en el 2014 no habrían sido 687 los proveedores reportados como incumplidos sino 809, mientras que en el 2015 a diciembre el número de proveedores asciende a 514.⁹⁶

Además de lo señalado en el párrafo precedente, aún el supuesto de que el número de contratos declarados terminados unilateralmente fuese bajo, lo que no deja de ser preocupante no es tanto cuantos contratistas incumplidos existen, sino si se dieron o no los elementos motivacionales para la contratación directa consecuente de la referida terminación unilateral y como se ejecutó ese subsecuente contrato, es decir si existió o no fundamentación en el escogitamiento del nuevo proveedor y de las condiciones en que se produjo dicha contratación.

Comparto, en dicha lógica, el criterio de la Dra. Inés María Baldeón B., debido a que la primera desventaja de la contratación directa resultante de la terminación unilateral y anticipada del contrato reside en el hecho de que ésta pueda ser mal utilizada por la entidad contratante, inclusive con una finalidad contraria a la de la Contratación Pública, pues en este caso se privilegia el interés particular sobre el interés público. En relación a lo mencionado, es mi opinión que la desconfianza no puede convertirse en la protagonista de la ejecución de todos los contratos, por lo que considero conveniente que previo a declarar unilateralmente terminado el contrato debería existir una instancia preliminar en la que una entidad externa pública califique la terminación unilateral, siendo esta instancia la que determine si se ha motivado correctamente la decisión y si los incumplimientos son de responsabilidad absoluta del contratista. De esta forma se podría evitar la situación incómoda a la que tienen que someterse los proveedores de obras, bienes y servicios al momento en que la Administración, a veces abusando de las facultades que tiene, no justifica su decisión y sanciona a los proveedores imposibilitándoles de contratar con el Estado por 5 años.

La Contratación Pública, además de una herramienta para los logros de los fines estatales es un medio a través del cual se busca optimizar la inversión que realiza el Estado para tales fines, y que trata de transparentar la información de los procedimientos de contratación pública establecidos para tales, causas; de allí que

⁹⁶ www.sercop.gob.ec: fecha de consulta 20 de diciembre de 2015.

una contratación que sea designada en forma directa por la entidad contratante podría resultar riesgosa.⁹⁷

Este problema se agudizaría por el hecho de que no exista un control sobre la decisión que toma la entidad contratante respecto de la terminación unilateral y también cuando elija a un nuevo proveedor; al respecto la Dra. Inés María Baldeón señala: “Nótese la gravedad al respecto si consideramos que la terminación unilateral del contrato también la decide la propia entidad contratante sin ningún tipo de autorización o justificación externa, sino exclusivamente por su propia y sola voluntad. ¿Qué pasaría si gana un proveedor que no es del gusto de la administración del contrato con esta herramienta mal utilizada? La respuesta es obvia, pues en dicho caso el administrador del contrato podría generar una situación “insufrible” al proveedor ganador del concurso original, para permitir de esta manera que se configure una terminación unilateral y en consecuencia, una contratación directa, aspecto que como vemos no resiste el más mínimo análisis ni filtro de la Competencia; pues por esta vía, todas las contrataciones terminadas unilateralmente en teoría serían adjudicadas a dedo, convirtiéndose en un arma terrorífica que puede generar un golpe de muerte al Derecho de la Competencia.”⁹⁸

Pero el hecho de que sea la propia institución la que decide en forma directa y sin ningún control al proveedor que concluirá con el objeto contractual, podría tener efectos definitivos y tal vez contraproducentes para el Derecho de Competencia. La Dra. Inés María Baldeón B. señala como efectos que podrían producirse posibles acuerdos colusorios verticales; y además que los proveedores se puedan ver “estimulados” a no querer participar en procesos concursivos sino más bien esperar invitaciones a procesos de contratación directa por cualquier monto.

Dentro de este contexto, es necesario resaltar la importancia y las enormes ventajas que existen para el Estado, cuando se garantiza el derecho a la libre competencia; así el autor Germán Coloma señala que “La defensa de la competencia es una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las cuales se estima que lo más eficiente desde el punto

⁹⁷ Dentro de la parte considerativa de la LOSNCP se expone “Que, la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”; claramente el legislador recoge como antecedente, la evidente falta de planificación que existía con anterioridad a la vigencia de la norma, en donde primaba casi siempre la discrecionalidad de la entidad contratante, antes que el interés público; algo que en la actual norma, se trata de evitar y se sanciona.

⁹⁸ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 360, 361.

de vista social es que existan varias empresas que compitan entre sí.”⁹⁹; de tal modo que lo más eficiente para la Administración y para los intereses colectivos, es garantizar el derecho de la libre competencia, pues dentro de este contexto, el Estado se beneficia en la adquisición de bienes, contratación de obras y servicios, ya que podrá escoger entre un sin número de ofertas, optimizando el precio y obteniendo la mejor calidad, lo cual rentabiliza el presupuesto del Estado que se invierte en forma eficiente.

De forma contraria, si no se garantiza el Derecho de Competencia, primaría de forma pura y llana el poder del mercado. Besanko¹⁰⁰ afirma que el poder de mercado es la habilidad de las formas para fijar los precios sobre los costos marginales; mientras que Perloff¹⁰¹ señala que esto puede resultar en ineficiencias productivas y dinámicas; no solamente porque se cobran precios elevados, sino también existen costos altos y poca innovación, y que por lo tanto, estas conductas llevan a pérdidas del bienestar en la sociedad.

En esta forma, si el Estado no garantiza el derecho a la libertad de competencia, se estaría incumpliendo con el mandato constitucional¹⁰²; y además perjudicado directamente a los demás proveedores; ya que la realización de procesos concursivos públicos dinamiza el mercado y permite que existan varias ofertas a escoger; mientras que cuando existen prácticas restrictivas de este derecho, se privilegia las prácticas monopólicas y el abuso de las posiciones dominantes de la libertad comercial, permitiendo que un solo proveedor acapare el mercado, pues se impide que los demás proveedores pueden participar en el proceso en igualdad de condiciones; como en la contratación directa, en este caso se privilegia a un proveedor que tal vez ni siquiera participó en el proceso de contratación original, ya sea por voluntad o porque no estaba en capacidad de hacerlo; y sin embargo mediante una contratación directa terminaría beneficiándose de la adjudicación de un contrato.

Además, no solo que las prácticas que se consideran como “abuso de poder de mercado” o “restrictivas al Derecho de Competencia” constituyen un perjuicio al

⁹⁹ Luis Coloma, “Defensa de la competencia – Análisis económico comparado” (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003), 8.

¹⁰⁰ David. Besanko, “Economics of Strateg”. (Uk.: West Sussex, 2006), 176.

¹⁰¹ Carlton Perloff, “Modern Industrial Organization” (Addison Wesley: Pearson, 2005), 64.

¹⁰² Es un deber del Estado garantizar el derecho a la libre competencia, dentro de los principios constitucionales y económicos previstos en la norma fundamental; además que también existe una obligación de sancionar las prácticas que afecten a este derecho.

derecho de la libre competencia, al Estado y al interés general, sino que son prácticas que se encuentran prohibidas y sancionadas por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPD).¹⁰³

Precisamente, el artículo 11 de la LORCPD, define a los acuerdos colusorios y prácticas restrictivas a aquellos actos o conductas que realizan al menos dos operadores económicos, para impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia.

La Dra. Inés María Baldeón, señala que dentro de la doctrina, existen tanto acuerdos horizontales como verticales; “los primeros se dan entre dos proveedores que participan entre el mismo nivel productivo”; mientras que los segundos “se celebran entre operadores económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución de un producto o servicio”¹⁰⁴.

Los proveedores utilizan estos acuerdos a través de múltiples formas, pero en el caso de la contratación directa derivada de una terminación unilateral y anticipada del contrato podrían presentar algunos escenarios concretos como las posturas encubiertas, la supresión de ofertas y la asignación de mercados.

En la figura de posturas encubiertas, según explica la mencionada autora, existe un acuerdo colusorio entre todos los competidores, de tal manera que solo uno de ellos presenta una propuesta viable, mientras que los demás realizan una propuesta muy desfavorable, de modo que de antemano se sabrá el ganador. Esta figura podría presentarse, si varios ofertantes acuerdan presentar propuestas “de papel”, con el ánimo de que gane a un proveedor que no participe en este acuerdo colusorio previo; al que posteriormente se le podría finalizar el contrato en forma anticipada y unilateral, y después de ello, los acreedores participantes de este acuerdo colusorio, tendrían la posibilidad de contratar en forma directa con la Administración.

La figura de supresión de ofertas no requiere una mayor explicación, pues como su nombre lo indica, uno o varios proveedores no se presentan o retiran sus ofertas antes de que sean tomadas en cuenta; esto con el ánimo de que exista un

¹⁰³ La LORCPD tiene como objetivo “evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”, según dispone su artículo 1.

¹⁰⁴ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 243.

ganador predeterminado. ¿Pero en qué casos favorecería a un proveedor retirar una oferta o no presentarla?; quizás cuando sepa en forma cierta que al ganador del concurso se le cancelará un contrato en forma anticipada, por lo que podría posteriormente contratar en forma directa con la administración evitando el proceso concursivo.

En la figura de asignación de mercados, los competidores se asignan determinadas zonas geográficas para realizar sus ofertas, de tal modo que se restringe la competencia y se pueden fijar los precios a voluntad. Los proveedores de esta forma podrían dividir el mercado y mediante acuerdo previo, determinar en donde presentar o no posturas, para que posteriormente se les asigne mediante contratación directa la realización final de un contrato.

Por otra parte también podría presentarse acuerdos de carácter vertical, que no se realizan entre competidores directos, sino que operan en distintos niveles. Estos acuerdos se pueden presentar también en la contratación pública, pues en esta categoría se podrían incluir los acuerdos que restringen la competencia que se podrían dar entre determinados proveedores y los funcionarios públicos; por ejemplo el caso más típico el de posible direccionamiento arbitrario de pliegos.

Al respecto, la Dra. Inés María Baldeón señala:

La colusión y la corrupción en procesos precontractuales son problemas diferentes pero no excluyentes. Mientras que la colusión implica una relación “horizontal” entre competidores, la corrupción implicaría una relación “vertical” entre el funcionario público y uno de los proveedores. A pesar de estas diferencias la corrupción y la colusión tienen un efecto común: que el contrato no sea asignado al competidor más eficiente, sino a aquel que, al utilizar maniobras fraudulentas, obtenga su adjudicación. Producto de estas maniobras, el Estado desembolsa mayores recursos para obtener unas obras, bienes o servicios que hubiese podido obtener por un precio menor.¹⁰⁵

En relación a lo mencionado, considero que una forma de evitar estas prácticas fraudulentas en caso de existir una terminación unilateral, podría ser el llamado a ejecutar las obligaciones pendientes al oferente que quedó en segundo lugar en el proceso de selección original, es decir el oferente que en un proceso precontractual cumplió con todos los requerimientos y condiciones solicitados por una entidad contratante pero que en el puntaje final de la etapa de calificación resultó ubicado en segundo lugar de acuerdo al orden de prelación de las ofertas presentadas, pues de esta manera se evitaría que la entidad contratante tenga libre vía para asignar

¹⁰⁵ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 248.

a cualquier proveedor la finalización del contrato en forma directa, lo cual a su vez impediría que se realice cualquier acuerdo desleal previo, ya sea entre competidores, o entre un proveedor y un funcionario público.

La legislación ecuatoriana, al establecer que exista una contratación directa, después de una terminación unilateral y anticipada del contrato, sin establecer reglas claras para el escogitamiento del proveedor en cierto modo, podría facilitar el acuerdo colusorio, pues la terminación anticipada puede volverse un proceso frecuente y previsible, de tal modo que facilite a su vez los vínculos y acuerdos restrictivos entre los proveedores, que evitarían los procesos concursivos, esperando la contratación directa, y con ello, perjudicando al Estado y al interés general; o a su vez, dando paso a la posibilidad de que exista un acuerdo ilegal y anticompetitivo entre el funcionario público y un proveedor.

A modo de breve conclusión puede señalarse que la contratación directa no resultaría ser realmente el problema, sino la forma en la cual actualmente la legislación permite que se realice, pues o bien el legislador o bien el señor Presidente de la República al expedir el reglamento, debieron quizás analizar una mejor opción.

La Dra. Inés María Baldeón considera como una alternativa más lógica es “que el proveedor que continúe con el proyecto sea el que quedó en el siguiente lugar del orden de prelación del concurso original, y que la ejecución del contrato se realice en las mismas condiciones –sobre todo económicas- del contrato adjudicado”; y, únicamente si solo dicho proveedor no quiere o no estuviere en las posibilidades necesarias para poder concluir con el objeto del contrato, “entonces sí la entidad contratante escoja un nuevo proveedor a su discreción, pero con la debida motivación y en todo caso siempre en observancia de que las reglas económicas que se observarán en el nuevo contrato tendrán directa relación con el monto del contrato originalmente adjudicado”.

Este criterio expresado por la autora, con el que coincido ampliamente, resulta a todas formas mucho más lógico, coherente y operativo que el procedimiento previsto actualmente en la ley y en el reglamento; pues de aplicarse, se garantizaría de mejor forma los fines de la contratación pública; además se evitaría posibles acuerdos colusorios verticales y horizontales y la mala utilización de la terminación unilateral en forma arbitraria y desmotivada; y también se salvaguardaría el interés económico del Estado.

El Estado ecuatoriano debe velar por el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución, pues es su deber primordial, para lo cual debe planificar metas y objetivos que deben ser realizadas en forma eficiente y eficaz; para ello, el legislador debe lograr en forma prioritaria, contar con un marco jurídico adecuado que le permita cumplir con tales fines, pues solo así garantizará el interés colectivo de los habitantes.

Conclusiones

A través del desarrollo de la presente investigación se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. El contrato administrativo es uno de los medios más comunes a través del cual, la Administración se relaciona con los particulares, a fin de lograr un nexo de cooperación en la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría; pues resultaría más conveniente y económico para el Estado encargar la realización de ciertos asuntos en vez de ejecutarlos por sí mismo.
2. La naturaleza jurídica del contrato administrativo es eminentemente pública, pues su objeto contractual siempre busca el beneficio colectivo; y, es distinta a la naturaleza jurídica del contrato privado en donde prima el interés particular.
3. Una de las consecuencias de la naturaleza jurídica del contrato público es la posibilidad de que pueda ser terminado unilateralmente a través de un acto que la doctrina denomina “acto de príncipe”, y que en los Estados constitucionales se denominan “actos de imperio”, en razón de que la Administración aplica sanciones debido a su mayor cantidad de facultades respecto al administrado que posee facultades limitadas.
4. La motivación constituye una obligación constitucional que consiste en fijar los hechos que promueven un acto de la administración y enlazar la decisión tomada con el mandato jurídico que la autoriza; consecuentemente, todos los actos y contrataciones que realiza el Estado a través de sus servidores, organismos e instituciones deben ser motivados para ser considerados como válidos.
5. Los actos ejecutados por la Administración que no son motivados, constituyen un abuso de autoridad y una arbitrariedad; y según lo prescribe el mandato constitucional son nulos, existiendo además graves sanciones para los funcionarios públicos de los cuales han emanado.
6. La Administración tiene prerrogativas especiales, consideradas como privilegios en la contratación pública, que únicamente se pueden justificar en razón del interés público; esto trae como consecuencia jurídica, una desigualdad de las partes intervinientes en la relación contractual, pues la

Administración tiene facultades que desde el punto de vista del derecho privado resultan exorbitantes.

7. El Estado en virtud del cumplimiento con su fin social, se encuentra revestido de poderes extraordinarios, que se evidencian claramente en los contratos administrativos mediante las denominadas cláusulas exorbitantes, que ubican a un contratista en inferioridad de condiciones frente a las entidades contratantes, otorgándoles a estas últimas la potestad de terminar anticipada y unilateralmente un contrato por el incumplimiento del contratista.
8. La terminación unilateral y anticipada constituye, desde el punto de vista doctrinario una cláusula exorbitante que se origina en la normativa jurídica o en el contrato; a través de la cual, la Administración tiene la facultad de terminar anticipada u unilateralmente la relación contractual, siempre y cuando se cumpla con lo prescrito en la ley, no siendo necesaria la voluntad de la otra parte, sino únicamente notificándola en forma anticipada respecto de esta decisión, para permitirle el ejercicio al derecho constitucional de la defensa que garantice el debido proceso.
9. La seguridad jurídica de los contratistas, se pudo haber visto vulnerada por la ambigüedad de la normativa legal vigente o su contraposición de conceptos que pueden haber afectado a los contratistas con sanciones que van desde las económicas hasta las de imposibilitarles de contratar con el Estado por 5 años, a veces sin razones fundadas para proceder con dicha terminación.
10. La terminación unilateral y anticipada del contrato tiene carácter unilateral, potestativo, liberatorio y recepticio. Unilateral debido a que solo requiere de la voluntad de la Administración para hacerse efectiva; potestativo en virtud de que es una facultad que concede la ley a la Administración; liberatoria debido a que disuelve el vínculo contractual; y recepticio, en virtud de la obligación que tiene la Administración en notificar a la contraparte con antelación a la terminación del contrato.
11. La LOSNCP prescribe dentro de su normativa, cuales son los casos específicos en los cuales la Administración puede dar por terminado el contrato en forma unilateral y anticipada; únicamente cuando se verifique el cumplimiento de estas causas, la administración podrá usar su facultad de terminar el contrato en forma motivada.

12. La terminación unilateral constituye una forma “anormal” de extinción de las relaciones contractuales; por lo tanto, el objeto contractual no se ha cumplido en forma efectiva; y consecuentemente, la legislación considera que debe prever un procedimiento para concluir con este objeto inconcluso. En el caso de la legislación ecuatoriana, la contratación directa es el mecanismo que ha prescrito la LOSNCP para tal fin.
13. La notificación al contratista con la decisión de terminar unilateralmente por parte de la Entidad Contratante requiere un informe legal que respalde la decisión tomada por la Administración, este análisis previo realizado por los abogados de una Entidad Contratante resulta un insumo que permite sustentar una terminación unilateral en la que no se consideren únicamente aspectos económicos y técnicos sino también legales.
14. La contratación directa como consecuencia jurídica de una terminación unilateral y anticipada del contrato posee tanto fortalezas como debilidades.
15. La contratación directa tiene como beneficio, la aplicación de los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y celeridad, pues este procedimiento solo puede justificarse en virtud de la necesidad que tienen algunos objetos contractuales que pudieron quedar inconclusos, sobre todo aquellos relacionados con la protección de los derechos fundamentales; y aquellos que involucran a los sectores estratégicos y financieros.
16. La contratación directa tiene como desventaja la falta de un control adecuado y eficiente sobre la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante en forma anticipada, a fin de determinar si la decisión ha sido motivada y cumple con todos los requisitos determinados por la ley; pues en la actualidad solo es necesario que la entidad contratante de por terminada esta relación contractual para poder contratar inmediatamente en forma directa con un proveedor distinto a fin de que termine con el objeto contractual inconcluso.
17. La contratación directa derivada de la terminación anticipada podría ser mal empleada por las entidades contratantes para favorecer a un proveedor distinto del que ganó el procedimiento concursivo, con lo cual existe una inseguridad jurídica para los proveedores, situación que podría derivar en una falta de interés de los mismos por participar en los concursos públicos, esperando a su vez que se les adjudique de forma directa la ejecución final de

un contrato, con lo cual se podrían afectar los intereses económicos del Estado y el bien común.

18. La contratación directa como consecuencia de la terminación anticipada en la forma en la que está prevista actualmente en la normativa podría tornarse riesgosa, y por lo tanto afectaría el derecho de la libre competencia, ya que podría facilitar la realización de acuerdos colusorios , sobre todo denominados “verticales”, dados como consecuencia de adjudicaciones a proveedores que no sean idóneos para la ejecución de un objeto contractual, pero que pactaron así con los tomadores de decisiones correspondientes.
19. Sería necesario recomendar que el legislador considere otras posibilidades jurídicas a fin reglar la contratación directa en los casos de terminación unilateral y anticipada del contrato, de tal modo que no se afecte la libre competencia; con lo cual se garantizaría de mejor forma los fines de la contratación pública, además se evitarían posibles acuerdos colusorios verticales y la mala utilización de la terminación unilateral en forma arbitraria y desmotivada; y también se salvaguardaría el interés económico del Estado.
20. Lo señalado en el apartado anterior, por cuanto, muchas Instituciones del Estado se han convertido en juez y parte en los trámites administrativos de sanción, atribuyéndose en mi criterio niveles de arbitrariedad jurídica que rebasarían cualquier ordenamiento establecido.
21. Una alternativa más lógica, coherente operativa y eficiente a la contratación directa, podría ser otorgar la adjudicación del objeto inconcluso del contrato al oferente que quedó en segundo lugar de acuerdo al orden de prelación de las ofertas presentadas en el proceso de selección original del contrato, considerando que éste cumplió con todos los requerimientos y condiciones solicitados por una entidad contratante, y de esta manera se limitaría que la entidad contratante tenga libre vía para asignar a cualquier proveedor la finalización del contrato en forma directa, lo cual a su vez impediría que se realice cualquier acuerdo desleal previo.
22. La ejecución en dicha lógica por parte del oferente que quedó en segundo lugar, se debería realizar, en lo posible, en las mismas condiciones adjudicadas al contratista declarado incumplido, intentando de esta manera mantener las reglas de juego del proceso original, salvo que tengan que

realizarse ajustes, precisiones o aclaraciones de alcance, que sean debidamente motivados y justificados.

23. Luego de haber transcurrido 7 años de vigencia de la LOSNCP, el SERCOP se encuentra facultado para generar procedimientos claros y transparentes, que permitan agilizar, simplificar y adecuar los procesos de contratación a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna, debido a que en la actualidad ya existe –o debería existir- una mayor planificación y políticas de compras públicas antes inexistentes, por lo que la figura de la contratación directa no debería considerarse como una posible práctica negativa o fraudulenta sino más bien una opción oportuna y válida siempre que existan procedimientos transparentes para la selección previa de oferentes eficientes y con experiencia comprobada.
24. Al margen de la complejidad que reviste adoptar una solución integral y consensuada respecto al tema en cuestión, que puede admitir varias alternativas posibles, independientemente de que se mantenga incluso el actual esquema jurídico de contratación directa con cualquier proveedor, es indiscutible que el ejercicio de las facultades discrecionales de la autoridad pública, a más de ser regladas, deberían estar revestidas de un “ropaje ético”, que precautele un accionar que no busque beneficios particulares a favor de sí mismo o de terceros, sino que se orienten a la satisfacción del bien común, que privilegien el entender el fin último de la denominada “Contratación Pública Estratégica”¹⁰⁶ que busca no solo la dotación de obras, bienes o servicios, sino lo que a través de ellos se genera, vinculados con políticas de empleo, de desarrollo social, de fortalecimiento de la economía de sectores vulnerables, en definitiva de entender que la Contratación Pública no es un fin en sí mismo, sino un medio o elemento instrumental para la concreción real y plena de un Estado verdadero de derechos y justicia, base fundamental del denominado neoconstitucionalismo.

¹⁰⁶ Baldeón, Análisis del Régimen Jurídico, 210

Bibliografía

Amado, José, y Luis Miranda. «Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público.» *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Perú*, 2008.

Arostica, Iván. *La motivación en los actos administrativos en el derecho chileno*. Santiago: Universidad de Chile, 1986.

Baldeón, Inés. *La libertad de Empresa y el Derecho de competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, . Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.

Baldeón, Inés. *Análisis del Régimen Jurídico de las terminaciones unilaterales de contratos: causas y efectos. Contrataciones directas originadas como consecuencia. Comparación entre la legislación de 1990 y la actual*. Quito: Fondo Empresarial CEAS, 2015.

Barrera, Concepción. *La Resolución de los Contratos Administrativos por incumplimiento del contratista*. Sevilla: Lex Nova, 2007.

Benavides, Jorge, y Jhoel Escudero. *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.

Besanko, Davis. *Economics of Strategy*. Uk.: West Sussex, 2006.

Boquera, José. «Los contratos de la administración desde 1950 a hoy.» *Revista de Administración Pública, Centro de estudios Políticos y Constitucionales No. 150*, 1999: 13-32.

Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

Canales, José. *Documentos Básicos para la modernización y el fortalecimiento de las administraciones públicas en Iberoamérica*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2009.

Cassagne, Juan. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1999.

Coloma, Luis. *Defensa de la competencia – Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*. Bogotá: Themis, 2015.

De la Quadra, Tomás, y Salcedo Fernández. *Los contratos en el sector público, concepto, régimen aplicable y clases*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

Diez, Manuel. *Derecho Administrativo Tomo II*. . Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965.

Dromi, José. *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

Dussan, Jorge. *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jose Tadeo Lozano, 2005.

Falconí, José. «Revista Judicial Derecho Ecuador.» *La Motivación*. 03 de Diciembre de 2012.
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/03/la-motivacion>.

Fernández, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

Fraga, Gabino. *La motivación de los actos administrativos*. . México D.F.: UNAM, 2007.

Gabín, María. *Administración Pública*. Madrid: Ediciones Paraninfo, 2009.

García de Entería, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas S.A., 1989.

García de Enterría, Eduardo, y Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Civitas S. A., 1997.

Ghestin, J., C. Jamin, y M Billiau. *Traité de droit civil les effets du contrat, III ed.* . París: LGD, 2001.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.

Herrera, José. *Apuntes sobre contratos administrativos*. México D. F.: UNAM, 2012.

Houin, B. *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques* . París: These, 1973.

Malaurie, P., y L. Aynes. *Droit Civil Les Obligations 2. Ed.* París: Cujas, 1990.

Mazaud, J., y F. Chabas. *Lecons de droit civil*. París: Cujas, 1990.

Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

Mirienhofer, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1970.

Molina, Ranfer. «La terminación unilateral del contrato ad nulum.» *Revista de Derecho privado* (Revista de Derecho Privado), 2006.

Navia, Felipe. *La Terminación Unilateral del Contrat de Derecho Privado*. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2008.

Perloff, Carlton. *Modern Industrial Organization*. Addison Wesley: Pearson, 2005.

R, Encinas de Munagorri. *L' acte unilateral dans les rapports contractuels*. París: LGD, 1996.

Real, ALberto. *La fundamentación del acto administrativo* . Bogotá: Ediciones Rosalinas, 1980.

Salinas, Clotario. «Revista Judicial Derecho Ecuador.» *Nulidad del Acto Administrativo*. 23 de Mayo de 2013. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2012/05/23/nulidad-del-acto-administrativo>.

Sayagues, Enrique, y Daniel Martins. *Tratado de Derecho Administrativo Volumen III*. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1998.

Trelles, Oscar. *El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. Bogotá: Themis, 2012.

Zegarra, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.