

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

Potestades exorbitantes en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista

Claudia Ivette Charvet Montúfar

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Claudia Ivette Charvet Montúfar, autora de la tesis intitulada “Potestades exorbitantes en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista”, 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 Administrativo y Contratación Pública 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 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.

Fecha: 4 de julio de 2022

Firma:

Resumen

La pregunta central de esta investigación gira en torno a la manera en cómo las potestades exorbitantes, en el marco de la contratación pública, afectan los derechos del contratista que interviene en el contrato administrativo, ya que bajo la premisa de la superioridad del interés general sobre el particular, la administración pública puede adoptar decisiones cuyas consecuencias no siempre respeten ese presupuesto; y, al contrario, en su accionar vulnerar derechos al desconocer que la potestad discrecional que le permite adoptar una decisión frente a un caso en particular, en aras de un interés superior, tiene su limitación en la Constitución y la ley.

Se ha dividido esta investigación en tres capítulos. El primero, establece una mirada general a la contratación pública ecuatoriana luego de la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública en el año 2008, haciendo énfasis en los sujetos que participan en ella y sus especiales particularidades, al tiempo que aborda el estudio de los principios que rigen la relación del Estado con los administrados, aplicados al tema en particular; y las potestades exorbitantes de la administración con énfasis en la potestad discrecional pretendiendo confirmar que aquellas actividades fundadas en dicha potestad no dependen de la voluntad del servidor público sino de la ley.

El segundo capítulo explora el contrato administrativo en sí, en aspectos relacionados con sus formalidades y breve síntesis de las etapas para su formación; partes intervinientes: entidad contratante y contratista; para luego abordar en específico las cláusulas exorbitantes y su papel en el contrato administrativo en el cual el Estado si bien se ubica en una posición ventajosa por el interés general que representa, está obligado a respetar los derechos del contratista.

Finalmente, en el tercer capítulo aspiro responder a la pregunta de esta investigación, abordando las particularidades de los principales derechos del contratista en su relación contractual con el Estado, así como la aplicación por parte de un organismo de control de la cláusula exorbitante de terminación anticipada y unilateral del contrato en un caso concreto, demostrando una doble arbitrariedad en el ejercicio de dicha potestad exorbitante¹; para concluir reflexionando sobre la eficacia o no de los mecanismos que franquea la ley para procurar un trato justo al contratista en su relación contractual con el Estado.

¹ En el desarrollo de la tesis quedará clara la relación entre potestades y cláusulas exorbitantes.

A mis hijos Juan Mateo y José Sebastián por ser el motor que nunca se apaga.

A los ángeles que cuidan de mí, Pedro (+) desde el cielo y María en la tierra, mis
padres, por su infinito amor.

A los compañeros de viaje que me regaló la vida, mis hermanos: Cristina y
Hernán, por su inagotable apoyo.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar por representar para mí un espacio de libertad.

A Juan Francisco Díaz, por su confianza y generosidad al dirigir este trabajo.

Y, por supuesto, al gran amigo por sus conocimientos, fuentes y apoyo incondicional.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Contratación pública y sus fundamentos	15
1. Contratación pública ecuatoriana	15
1.1 Naturaleza jurídica.....	21
1.2 Sujetos	23
1.2.1 Estado	23
1.2.2 Proveedores	26
1.2.3 Entes de control	28
1.2.4 Ente rector.....	34
1.2.5 Ciudadanos	38
2. Principales principios que regulan la relación entre Administración y administrados	40
2.1 Legalidad	42
2.2 Jerarquía.....	44
2.3 Interdicción de la arbitrariedad.....	46
3. El interés general frente al interés particular	49
4. Potestades exorbitantes de la Administración Pública	52
4.1 La discrecionalidad y sus límites.....	57
Capítulo segundo: Las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo	65
1. El contrato administrativo	65
1.1 Formalidades	67
1.2 Breve referencia a las etapas del procedimiento contractual.....	69
2. Partes	71
2.1 Entidad contratante	72
2.2 Contratista.....	73
3. Cláusulas exorbitantes	74
4. Multas ¿Sanción administrativa o cláusula penal?	86
Capítulo tercero: Los derechos del contratista y su afectación por la potestad exorbitante del Estado	95
1. Derechos del contratista en la relación contractual administrativa y su posible afectación.....	95

1.1 Seguridad jurídica.....	96
1.2 Derecho al pago como contraprestación.....	100
1.3 Equilibrio económico del contrato	102
2. Aplicación arbitraria de las cláusulas exorbitantes en el marco de la contratación pública: análisis de un caso concreto.....	107
3. Mecanismos para procurar un trato justo al contratista en su relación contractual con el Estado	118
Conclusiones.....	131
Bibliografía.....	135

Introducción

El tema de esta investigación cobra real importancia si se toma en cuenta que con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en agosto de 2008, en el Ecuador rige el Sistema Nacional de Contratación Pública, que a todas luces se ha convertido en uno de los principales ejes dinamizadores de la economía, toda vez que el Estado es el principal demandante de bienes, obras y servicios en la sociedad, y, por consiguiente, existe un gran interés de los particulares de por contratar con éste.

Quizá por esta misma razón, el Estado imbuido de tal importancia, puede ejercer su poder de imperio en muchas ocasiones de manera arbitraria, desconociendo que la potestad discrecional tiene su principal limitación en la ley y, por consiguiente, cualquier decisión que adopte en relación con los contratos públicos suscritos con sus proveedores deberá contar con el suficiente sustento legal que, al respecto, establezca el ordenamiento jurídico.

De una importante cantidad de casos que llegan a conocimiento de la justicia, es posible evidenciar que a través de la imposición de multas excesivas² así como de resoluciones de terminación unilateral sin suficientes sustentos, los derechos de los contratistas pueden verse afectados cada vez en mayor medida por parte del Estado, de ahí que se analizan las potestades exorbitantes de la Administración Pública en el campo de la contratación pública a fin de establecer el alcance que tienen en el contrato administrativo en donde adquieren el nombre de *cláusulas exorbitantes*.

En la misma línea se estudian los principales derechos de los contratistas, que a la luz de un Estado de Derechos y Justicia deben respetarse, sin que aquello represente una afrenta al llamado interés general que predomina en el contrato administrativo como el principal fundamento de su desigualdad, y que más allá de las normas escritas, depende del uso responsable de la discrecionalidad por parte de los servidores públicos, para actuar de forma ética y coherente con la realidad que exige la ejecución contractual.

La Constitución y la ley prevén mecanismos encaminados a garantizar el respeto a los derechos de quienes intervienen en los procesos de contratación, inclusive el

² Se aprecia en el caso que se analiza en el tercer capítulo.

mismo contrato los contiene, lo que se requiere es decisión, conocimiento y comportamiento ético a la hora de aplicarlos, a fin de lograr su efectividad.

Capítulo primero

Contratación pública y sus fundamentos

1. Contratación pública ecuatoriana

Con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP,³ la contratación pública ecuatoriana experimentó un importante avance, eso es innegable; sin embargo, también es cierto, que existe todavía mucho trabajo por hacer.

De la lectura de sus considerandos se extraen las principales razones que motivaron su expedición y, por tanto, se pueden colegir también aquellas debilidades que se pretendía corregir: ausencia de un sistema de contratación articulado en todas las instancias y actores involucrados; falta de planificación y, por tanto, abuso de la discrecionalidad que provocaba desperdicio de recursos; necesidad de innovar la contratación a través de herramientas tecnológicas avanzadas que permitan acciones de control oportunas y efectivas; reencausar la utilización de los recursos públicos como elemento dinamizador de la economía local y nacional, entre las principales.

El combatir dichas debilidades pretendía garantizar a través de los medios tecnológicos los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional en los procesos de contratación y, por tanto, la consecución de procesos equitativos y concurrentes.

Repasemos brevemente los principales cambios que operaron a partir de la expedición de la ley de cara a las debilidades citadas anteriormente.

Para combatir la falta de articulación de todas las instancias y actores en la compra pública, así como, a decir de Jorge Luis González, para “lograr la mejora integral de la contratación pública desde una perspectiva estratégica y no solo como un mero trámite formal con fines logísticos”,⁴ se creó el Sistema Nacional de Contratación Pública, -en adelante SNCP- que según el artículo 7 de la LOSNCP, se define como:

³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

⁴ Jorge Luis González Tamayo, *La contratación pública como sistema* (Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 39.

Art. 7.- (...) El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.⁵

Las entidades a las que se refiere la parte final del citado artículo, se encuentran detalladas en el artículo 1 de la misma ley, haciendo especial énfasis por su novedad, en las fundaciones, corporaciones y compañías mercantiles que estén integradas en su capital o cuenten de forma mayoritaria con recursos públicos, y que, si bien estaban sujetas al control de la Contraloría General del Estado, no les eran aplicables las normas relativas a la contratación pública como beneficiarias de contratos públicos, a pesar de recibir asignaciones presupuestarias y ser contratistas del Estado.

Esta concepción, basada en un sistema entendido como “[...] una construcción arquitectónica, ordenada, lógica y coherente, que articula las partes y coordina sus interrelaciones de manera dinámica y resiliente para garantizar su funcionamiento orientada a finalidades específicas”,⁶ propendía justamente a que ninguna entidad u organización quedara fuera del engranaje y mucho más importante aún del control, que como se evidencia del artículo 7 es una de las fases del ciclo contractual del SNCP.

Una segunda debilidad que aparecía como urgente combatir era la falta de planificación, cuya evidente consecuencia era el gasto indiscriminado de recursos, por lo que era necesario adoptar previsión, orden y eficiencia en la contratación de obras, bienes y servicios, evitando o disminuyendo las compras emergentes, en muchos casos salpicadas de subjetividad de quienes estaban encargados de realizarlas.

Es así que la ley incorpora como una importante herramienta el Plan Anual de Contrataciones, PAC, que permite planificar las contrataciones de cada entidad y conocer con la debida anterioridad el presupuesto que cada una invertirá en sus adquisiciones, coadyuvando a que la gestión institucional sea la más eficiente posible.

Al respecto, el artículo 22 de la LOSNCP señala que “las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado”,⁷

⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008, art. 7.

⁶ Jorge Luis González Tamayo, *La contratación pública como sistema*, 39.

⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 22.

disposición que resulta coherente con las normas de carácter público que fueron expedidas a partir de la vigencia de la Constitución de la República que buscan propiciar una gestión pública con planificación, y que “configuran un marco conceptual que orienta a que todo programa, proyecto u acción ordinaria del gobierno – y por ende la contratación pública – deba planificarse, orientarse a objetivos y programarse en el tiempo”.⁸

Sin embargo, no hay que dejar de lado el hecho de que las reformas al PAC que permite el citado artículo 22, no tienen ninguna limitación, lo cual ha abierto la puerta para que las entidades públicas lo modifiquen a su arbitrio a lo largo del año fiscal, debilitando por completo el espíritu de la planificación, y contradiciendo lo que bien afirma Jorge Luis González cuando dice “Un buen ejecutor sabe planificar, y además respeta su planificación”.⁹

Una tercera debilidad que se buscó combatir con el nuevo sistema, fue la discriminación a los proveedores que, a decir de Inés María Baldeón,¹⁰ peregrinaban en cada entidad contratante a fin de conseguir ser incluidos en los registros de proveedores que cada una de estas creaba a su libre discreción.

Es así que, de conformidad con el artículo 16 de la LOSNCP, se crea el denominado Registro Único de Proveedores, RUP, en los siguientes términos:

Art. 16.- Registro único de proveedores.- Créase el Registro Único de Proveedores (RUP), como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública. El RUP será dinámico, incluirá las categorizaciones dispuestas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y se mantendrá actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real.¹¹

El RUP permite condensar en una sola base de datos a los proveedores de obras, bienes y servicios, a través del registro del clasificador central de productos, garantizando de esta forma la igualdad en la oportunidad de contratar con el Estado y, de parte de la entidad contratante, la seguridad de que el proveedor ha sido previamente analizado y calificado para brindar el mejor servicio.

⁸ González Tamayo, *La contratación pública como sistema*, 40.

⁹ *Ibíd.*, 42

¹⁰ Inés María Baldeón, *Derecho de la Contratación Pública*, t.I, (Quito: Consultores Estratégicos Asociados Cía.Ltda /Universidad Castilla-La Mancha, 2013), 48.

¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 16.

Con esta herramienta se eliminaron los citados registros particulares de cada entidad, y se propendió a la observancia de los principios de transparencia, publicidad¹² y concurrencia establecidos en la LOSNCP.¹³

Un cuarto aspecto que se pretendió modificar con la LOSNCP, fue la unificación de los modelos de pliegos de contratación,¹⁴ facilitando que los servidores públicos y también los proveedores estén familiarizados con un mismo modelo de documento, que permita, en su momento, una calificación más ágil y uniforme; al tiempo que se eliminó el costo por concepto de inscripción.¹⁵

Sin embargo, la pretendida unificación en algunos casos no ha sido posible, como en los procesos de régimen especial en los que no existen modelos establecidos y, en los de emergencia, en los cuales si bien el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, emitió varias directrices a propósito de la pandemia,¹⁶ no ha establecido modelos de pliegos obligatorios, dejando a decisión de las entidades contratantes tal elaboración.

Finalmente,¹⁷ un quinto aspecto fue la necesidad de innovar la contratación a través de herramientas tecnológicas avanzadas. Es así que se crea el denominado portal electrónico de contrataciones al cual la LOSNCP se refiere en dos momentos, el primero cuando el artículo 6 número 25 habla del portal compraspublicas.gob.ec definiéndolo como el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano, conocido como SOCE;¹⁸ y, el segundo, cuando el artículo 21 se refiere al Portal de COMPRASPUBLICAS,¹⁹ y enlista varios de sus componentes.

Según Jorge Luis González Tamayo, el SOCE es:

¹² Ibid., art. 4.

¹³ Ibid., art. 17.

¹⁴ En la Codificación de la Ley de Contratación Pública vigente antes del año 2008, se conocían como documentos precontractuales.

¹⁵ Ecuador, *Codificación de la Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial 272, 22 de febrero de 2001, art. 19. En reemplazo de la norma señalada, el cuarto inciso del artículo 31 de la actual LOSNCP establece lo siguiente: “En ningún proceso de contratación, sea cual sea su monto o modalidad, se cobrará valor alguno por derecho de inscripción. Exclusivamente el oferente adjudicado, una vez recibida la notificación de adjudicación, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos, de ser el caso”.

¹⁶ En el mes de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud, ubicó al denominado *coronavirus* en el nivel de pandemia, requiriendo a nivel mundial trabajar en acciones eficaces que coadyuven a contrarrestar la propagación del virus y sus fatales efectos.

¹⁷ Se podrían analizar otros aspectos que significaron un avance en la contratación pública ecuatoriana, sin embargo, para efectos de esta introducción, he considerado citar los cinco que creo más significativos.

¹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, núm. 25.

¹⁹ Ibid., art. 21.

en primer lugar, un mecanismo de transparencia, publicidad e información, pero también es una herramienta transaccional, es decir, el canal obligatorio para “[...] realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública”. Es muy distinto contar con una herramienta informática que sirva de gran archivador de documentos, que trabajar sobre una que permita ejecutar los procedimientos precontractuales y contractuales de manera electrónica.²⁰

Este sistema informático permite sistematizar la contratación a través de procesos estandarizados, pero sobre todo, pretende garantizar el principio de publicidad, es decir, que las contrataciones sean conocidas por la ciudadanía desde su convocatoria hasta su finalización, incluyendo todos los documentos relevantes del proceso de contratación.

Así también, a fin de facilitar el ingreso de información y estandarizarla a través de los modelos obligatorios de pliegos (que contienen los de contratos también), se crean los Módulos Facilitadores de la Contratación Pública -MFC- que son “aplicativos informáticos que permiten la elaboración del Plan Anual de Contratación PAC, condiciones especiales de los pliegos (PL), ofertas (OF); estandarizando y reutilizando la información registrada en el Sistema Oficial de Contratación del Estado -SOCE (...)”.²¹ Su principal beneficio es la factibilidad de enlazar la información de proveedores y entidades contratantes al momento de iniciar procedimientos de contratación y, entre otros aspectos, alinearlos directamente al Plan Anual de Contrataciones, evitando errores o posibles alteraciones de información. Sin embargo, también existen debilidades, la principal consiste en la falta de actualización del sistema frente a los cambios legales o reglamentarios generando contradicciones entre lo que establece la norma y lo que acepta el sistema,²² obligando a los servidores de las entidades contratantes a priorizar las exigencias del sistema a la hora de ingresar la

²⁰ González, *La contratación pública como sistema*, 118.

²¹ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 5.

²² En la contratación directa de consultoría, para la evaluación de la oferta la normativa establece únicamente la modalidad cumple o no cumple, sin embargo, el MFC (PL) exige registrar una ponderación para la experiencia general, experiencia mínima, personal técnico, etc., y, a pesar de que la norma es la que debe primar, si no se cumplen las exigencias de la herramienta informática no es posible continuar con la publicación del pliego e iniciar con el proceso de contratación. Otra evidencia de esta contradicción, es aquella relacionada con la evaluación en los procesos de contratación de obras, en donde el equipo mínimo, personal técnico, experiencia mínima del personal técnico, metodología y cronograma se debe registrar en el formulario establecido para el efecto, con lo cual se cumple el requisito; sin embargo, la herramienta informática exige registrar cada dato por separado que, como queda dicho, no es obligatorio. Es decir, en casos como los señalados, la herramienta se convierte en una traba más que en un apoyo.

información ya que, de lo contrario, no sería posible iniciar ninguno de los procedimientos en los que se exige el uso del MFC.²³

De otra parte, en el mes de diciembre de 2021, el SERCOP puso a disposición de la ciudadanía la plataforma denominada “Contrataciones Abiertas Ecuador” la cual busca mejorar la divulgación y el uso de información abierta, accesible y oportuna sobre las contrataciones del Estado en todas las fases del procedimiento, a través del estándar de datos para las contrataciones abiertas -EDCA- (OCDE siglas en inglés), que provee un modelo de datos común tendiente a fortalecer la transparencia, para lograr que los ciudadanos y las empresas puedan participar en igualdad de condiciones; y, a la vez, profundizar en el análisis de datos y cifras en todas las instancias.

Si acaso, el hecho de que la información obtenida de la plataforma se presente en el formato del citado estándar internacional no siendo posible su tratamiento o adaptación para mejor entendimiento, así como el no contar todavía con la información de todos los procedimientos de contratación, podrían considerarse como desventajas del sistema, debo reconocer el esfuerzo de ir sumando más avances tecnológicos a la contratación pública en aras de un mejor desarrollo.

De ahí que, coincido con González cuando manifiesta “Sin duda la creación del portal *compraspublicas.gob.ec* [...] es la gran innovación en la legislación y la práctica de la contratación pública ecuatoriana que, inobjetablemente, es el aporte más importante a la eficiencia y a la publicidad [...]”,²⁴ sin embargo, es necesario seguir perfeccionándolo e implementando controles que, sin convertirse en trabas, permitan un seguimiento más adecuado de la actuación de contratantes y proveedores.

Decía al iniciar este título que es innegable que la contratación pública ecuatoriana evidenció un importante avance con la reforma del año 2008, sin embargo, todavía hay mucho trabajo por hacer. Si bien uno de los objetivos que pretende el SNCP es garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad,²⁵ y a lo largo de estos años se evidencian valiosos aportes a esta garantía, todavía existen puertas de escape a contrataciones transparentes, objetivas y eficientes²⁶ que opacan los logros alcanzados y

²³ *Ibid.* “Los Módulos Facilitadores para la elaboración de Pliegos PL-y elaboración de Ofertas -OF-, serán utilizados en los siguientes procedimientos: 1. Licitación, Cotización, Menor Cuantía, Subasta Inversa Electrónica; 2. Consultoría por Contratación Directa, Lista Corta, Concurso Público; 3. Consultoría por Lista Corta por Contratación Directa Desierta; 4. Consultoría por Concurso Público por Contratación Directa Desierta; y, 5. Consultoría por Concurso Público por Lista Corta Desierta”.

²⁴ *Ibid.*, 119.

²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 9, núm. 3.

²⁶ González, *La contratación pública como sistema*, 156.

que muestran la importancia de aunar esfuerzos para combatir de un lado la corrupción, pero también de otro, la arbitrariedad.

1.1 Naturaleza jurídica

La legislación ecuatoriana, de manera resumida, define a la contratación pública principalmente como “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas, o prestación de servicios incluidos los de consultoría”²⁷ dejando otros aspectos, como la participación del Estado y el interés público, por fuera.

Nada raro si tomamos en cuenta que inclusive a la doctrina del derecho comparado le ha llevado tiempo y varios esfuerzos establecer un concepto que pueda reunir todo aquello que esta materia representa.

En estos intentos de aproximarse a un texto más preciso, se ha señalado que es la actividad en la que las instituciones públicas efectúan adquisiciones para proveer al público y a las demás entidades estatales de bienes y servicios necesarios para cumplir sus objetivos; e inclusive unas más sencillas relacionadas únicamente con su visión de proceso mediante el cual se erogan ingentes recursos públicos para efectuar contrataciones al sector privado.²⁸

Las compras públicas también llamadas “adquisiciones del Estado o compras del gobierno”, se han considerado a lo largo del tiempo únicamente como un trámite administrativo encaminado a satisfacer necesidades ciudadanas de responsabilidad del Estado, al tiempo de atender sus propias necesidades. Sin embargo, en la actualidad, dicha concepción ha evolucionado hasta constituirse en una herramienta de desarrollo e inclusión de sectores vulnerables de la sociedad “y generar no solo egresos al Estado, sino buena parte del dinamismo de la economía nacional, con efectos en la generación de empleo, la canalización de inversiones y el desarrollo productivo”.²⁹

Sin embargo, lo que sin lugar a dudas deja claro la definición que contempla la LOSNCP es que la contratación pública es una rama del derecho que pertenece al derecho público y, particularmente al derecho administrativo que, a decir de García de

²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, núm. 5.

²⁸ SELA, Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe, *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, 2015.

²⁹ *Ibíd.*, 9.

Enterría, citado por Francisco Poveda, “es un derecho estatutario, propio y específico de la administración pública, que le sirve como medio para alcanzar sus objetivos y realizar sus fines”.³⁰

Es así que luego de constantes ejercicios y, basado en el análisis de los objetos contractuales más comunes, de forma general se ha llegado a definir a la contratación pública como:

La actividad a través del [*sic*, seguramente ‘de la’] cual los Estados y sus dependencias en los diferentes niveles de la administración, adquieren para sí o para el cumplimiento de actividades de interés público, a través de procedimientos administrativos reglados, bienes, obras o servicios, con el ánimo de maximizar el poder de compra de sus presupuestos nacionales, en ambientes transparentes, de libre concurrencia, propiciando la equidad entre los proveedores y bajo el estricto cumplimiento de las normas de derecho público que inspiran sus regímenes de adquisiciones y del funcionamiento de la administración pública.³¹

Como se puede apreciar la contratación pública incluye otros aspectos también importantes que deben ser considerados a la hora de definirla, de ahí que es evidente que el concepto que proporciona la LOSNCP la reduce a un mero procedimiento de adquisición, sin considerar que la contratación pública se ha convertido en un eje dinamizador de la economía nacional.³²

Ahora bien, desde un punto de vista meramente procedimental³³ diremos que la contratación pública tiene como fin la selección de un co-contratante del Estado, que luego del respectivo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, provea de las obras, bienes o “servicios físicamente posibles, lícitos y morales, siendo la causa el motivo que induce a la administración a contratar; y el fin, el bienestar público”.³⁴

³⁰ Francisco Poveda, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 12.

³¹ Gonzalo Suárez Beltrán y Roberto Laguado Giraldo, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad* (Santiago de Chile: ONU, 2007), 19.

³² En el año 2021 la contratación pública representó el 16.6% del Presupuesto General del Estado y el 5% del Producto Interno Bruto (PIB) del Ecuador, alcanzando los USD 5.320,5 millones, que si bien es una cifra inferior a la de años anteriores (en el 2013 alcanzó los USD 10.842,80 millones) muestra la importancia de esta actividad en la economía nacional.

³³ Me refiero a un punto de vista netamente procedimental, ya que desde la doctrina el fin último de la contratación pública debe ser la satisfacción de necesidades ciudadanas o dicho de otra forma, la priorización del interés público.

³⁴ La CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) establece que las compras públicas se enmarcan en tres deberes primordiales del Estado: i) de utilidad pública; ii) de carácter administrativo y iii) de tipo económico, que persiguen como único objetivo la satisfacción de necesidades sociales a través del uso eficiente de sus recursos.

La formalización de esta relación entre el Estado³⁵ y el co-contratante - luego de varias actuaciones administrativas que se traducen en actos administrativos según los concibe la LOSNCP -³⁶ se plasma en la suscripción del contrato que en esta materia adquiere un carácter eminentemente administrativo,³⁷ conforme lo reconoce la LOSNCP,³⁸ y que se convierte en un instrumento jurídico valioso que orienta el desarrollo de la actuación estatal, institucional y seccional. De ahí que la característica esencial del contrato administrativo es “la vinculación con el interés general y el sometimiento a un régimen jurídico especial de Derecho público”.³⁹

En definitiva, la contratación pública se compone de un conjunto de procedimientos reglados de carácter administrativo, mediante los cuales una entidad pública selecciona un proveedor público o privado, a fin de que, a través de la provisión de obras, bienes y servicios, satisfaga necesidades de interés general; de ahí que en esta materia el Estado y sus instituciones demuestran su voluntad a través de las diferentes actuaciones jurídicas que contempla el derecho administrativo.⁴⁰

1.2 Sujetos

En la contratación pública intervienen varios actores desde diferentes ópticas, por lo tanto, en este título analizaré la participación de cada uno de ellos y la importancia de su involucramiento.

1.2.1 Estado

Definir al estado resulta complejo, de ahí que es acertada la afirmación de que “Ninguna definición de estado es inocente [...] porque cada intento de definir un fenómeno complejo debe ser selectivo”.⁴¹

³⁵ Citando la LOSNCP, la Entidad contratante.

³⁶ Por ejemplo, la adjudicación constituye un acto administrativo que otorga derechos y obligaciones al oferente seleccionado. De igual manera, la ley ibídem establece que la cancelación de un procedimiento de contratación se efectuará mediante acto administrativo motivado.

³⁷ Este aspecto lo desarrollaré con más detalle en el siguiente capítulo de esta Tesis.

³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art.60

³⁹ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de contratación pública*, (Loja: Universidad Nacional de Loja, 2006), 3.

⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, art. 89. Este artículo establece las siguientes como actuaciones administrativas: “1. Acto administrativo; 2. Acto de simple administración; 3. Contrato administrativo; 4. Hecho administrativo; 5. Acto normativo de carácter administrativo”.

⁴¹ Bob Jessop, “El Estado y el Poder”, *Utopía y Praxis Latinoamericana* 19 (2014): 20. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27937089004>

Al respecto, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define al Estado como “Organización política soberana caracterizada por referencia a una comunidad o población determinada asentada sobre un territorio definido”.⁴²

Es de anotar que el Estado conforme lo concebimos en la actualidad, es el resultado de un proceso de evolución y transformación que data de varios siglos. En efecto, a decir de Georg Jellinek,⁴³ el término *Estado* se empezó a utilizar a partir del siglo XVI para definir las nacientes estructuras jurídico-políticas de la sociedad que se habían constituido en Europa y que denotaban una transición entre la época medieval y la moderna.

Desde entonces, en el proceso de consolidación de los estados modernos, comprendido entre los siglos XVI y XX, la sociedad experimentó una transformación hasta convertirse en la institución organizada que conocemos en la actualidad, transformación que fue incorporando tres elementos fundamentales: territorio, soberanía y población, los cuales se conocen como elementos constitutivos del Estado.

Para Mauricio Hauriou, el Estado es un “régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder político y de la idea de *res pública* como conjunto de medios que se ponen en común para realizar el bien común. Se destaca aquí el elemento finalista: el bien común” [...].⁴⁴

En definitiva, el estado moderno comienza a estructurarse como la necesidad de administrar un determinado territorio, a fin de organizar internamente a la población y atender necesidades colectivas, de ahí que es también considerado como una “sociedad territorial, jurídicamente organizada, con poder soberano, que persigue el bienestar común de los asociados”.⁴⁵

Ahora bien ¿por qué la necesidad de crear el *Estado*? Mucho se ha escrito pretendiendo justificar la existencia del Estado como forma de organización de la sociedad, sin embargo, tres autores han sido los más determinantes en sus reflexiones: Thomas Hobbes, Jhon Locke y, Jean Jacques Rousseau.⁴⁶

⁴²Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, dirigido por Santiago Muñoz Machado, (Madrid: Santillana Educación S.L, 2017), 962.

⁴³Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1978), 97.

⁴⁴*Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana*, (Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1998), 371.

⁴⁵*Ibíd.*, 372.

⁴⁶Luis Cordero Espinosa, *El Estado como sujeto activo de las garantías constitucionales de acción de protección y extraordinaria de protección*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 64. <http://hdl.handle.net/10644/5098>

Estos autores sientan las bases de la concepción del Estado como un *artificio* creado por el ser humano para organizarse y, por tanto, su existencia se justifica mientras cumpla con su obligación de constituirse en un instrumento que garantice sus derechos naturales; de ahí que por primera vez se concibe al Estado como un medio a través del cual las personas se sirven para exigir la protección de los derechos que les permitan mejorar sus condiciones de vida.

Es decir, la obligación del Estado de cuidar de su población y dotarle de los medios necesarios para una subsistencia que cumpla con sus expectativas, se concibe como el llamado *interés general*, que se traduce en la aspiración de las administraciones públicas de alcanzar el bienestar común y proporcionar la mayor felicidad para la mayoría de ciudadanos.

En la línea de lo señalado, se dice que en el Ecuador una de las mayores innovaciones de la Constitución de la República expedida en octubre de 2008, es precisamente aquella relacionada con la verdadera razón de ser del Estado, “se lo deja de entender como un aparato burocrático (que se definía a si mismo sin considerar a la sociedad), para concebirlo como la institucionalidad capaz de garantizar los derechos ciudadanos y el bien común”.⁴⁷

Es así que el artículo 3, número 5 de la Constitución de la República establece:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

[...]

5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

De ahí que, para los fines de esta investigación, el Estado “a través de su poder de compra, posee una capacidad insustituible de influir en el diseño de políticas públicas de desarrollo, fomentando la producción y comercialización de bienes y servicios más adecuados en términos sociales, ambientales y económicos”⁴⁸ para cumplir con este deber primordial, entre otros aspectos, se convierte en el principal demandante de obras, bienes y servicios en la sociedad, que le permitan garantizar a la población los derechos de: salud, educación, alimentación, comunicación, seguridad, vivienda, entre otros.

⁴⁷ Ecuador Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades, 2017), 16.

⁴⁸ SELA, *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, 9.

1.2.2 Proveedores

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, proporciona el siguiente significado de proveedor: “adj. Dicho de una persona o de una empresa: Que provee o abastece de todo lo necesario para un fin a grandes grupos, asociaciones, comunidades, etc”.⁴⁹

Desde un punto de vista más comercial diríamos que es un tercero -persona natural o jurídica- que suministra un determinado bien o servicio a una empresa o a quien lo requiere a cambio de una contraprestación.

Al respecto, el artículo 6, número 28 de la LOSNCP, expresa:

Art. 6.- Definiciones.-

[...]

28. Proveedor: Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes.⁵⁰

Como se señaló al inicio de este capítulo, una de las debilidades de la contratación pública en el Ecuador, era la existencia de tantos registros de proveedores como entidades públicas existían, generando una evidente desigualdad entre quienes lograban ser incluidos en estas listas y, por tanto, considerados en todos o en la mayoría de concursos de la entidad, frente a aquellos que no lograban alcanzar dicho privilegio, pues en efecto, ser proveedor del Estado se había convertido en una prerrogativa de unos pocos.

Según se desprende del concepto que proporciona la LOSNCP, el término proveedor está íntimamente ligado con el Registro Único de Proveedores que, como su nombre lo indica, es el único mecanismo que otorga tal calidad y que garantiza la libre concurrencia de participantes inscritos una vez que han cumplido con los requisitos exigidos para el efecto.

A la vez impone a los proveedores la obligación de mantener actualizados sus datos en el portal institucional del SERCOP, como requisito previo para ser habilitados en el RUP; al efecto cada proveedor contará con una ficha digital a la cual las entidades

⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/proveedor?m=form>

⁵⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, núm. 28.

contratantes accederán para obtener la información necesaria en cada procedimiento de contratación, siendo prohibitivo para dichas entidades solicitar de manera impresa a los proveedores la entrega de documentación que conste en el portal institucional o relacionada con su identificación.⁵¹

La inscripción en el RUP contempla varias categorías⁵² y, para cada una, requisitos particulares, se efectúa en línea sin que sea necesaria la presentación de documento físico alguno y, además, funciona a través del sistema interconectado con otras instancias públicas, tales como el Servicio de Rentas Internas y la Superintendencia de Compañías, que le permiten mantener actualizados los datos, evitando a los proveedores la obtención de certificados de cada una de ellas para dichos efectos.

Otro aspecto importante a tratar en el ámbito de los proveedores, es el relacionado con el Clasificador Central de Productos -CPC-.⁵³ Dicha importancia radica en el hecho de que todo proveedor al momento de inscribirse en el RUP debe seleccionar solamente las obras, bienes o servicios cuyos códigos, dentro del CPC, guarden directa relación con su actividad económica registrada en el Registro Único de Contribuyentes -RUC-; así, al momento en que las entidades contratantes inicien un proceso de contratación, la invitación o convocatoria llegará a todos los proveedores que se hallen inscritos en el CPC correspondiente al objeto de contratación, garantizando el principio de concurrencia y evitando la discriminación a la hora de escoger proveedores, que como había señalado, sucedía en el régimen anterior a la entrada en vigencia de la LOSNCP.

⁵¹ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Manual del Procedimiento Simplificado para el Registro Único de Proveedores (RUP) por vía electrónica*, (Quito: SERCOP, 2020), 11, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/11/MANUAL_PROCEDIMIENTO_SIMPLIFICADO_PROVEEDORES.pdf

⁵² Personas naturales, personas jurídicas y asociaciones o consorcios.

⁵³ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Resolución RE-SERCOP-2016-000072, Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, art. 2, número 9. “Clasificación codificada que incluye categorías para todo lo que pueda ser objeto de transacción (nacional o internacional) o que pueda almacenarse y que es el resultado de las actividades económicas realizadas en las industrias. Comprende bienes transportables y no transportables, así como servicios y activos tangibles e intangibles. Esta clasificación guarda consistencia con la generada por la División de Estadísticas de la Organización de las Naciones Unidas, y la Clasificación Nacional Publicada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC)”.

De conformidad con las cifras proporcionadas por el SERCOP, en el año 2021 el número de proveedores registrados fue de 16.224, alcanzando un total de 378.032 proveedores inscritos en el RUP desde el año 2008.⁵⁴

1.2.3 Entes de control

Iniciaré señalando que el control es un pilar fundamental en los procedimientos precontractuales, pues está llamado a verificar el cumplimiento irrestricto de la norma y a garantizar procesos íntegros y transparentes.

En el Ecuador existe suficiente legislación para cumplir esta premisa, sin embargo, eso no significa que, en efecto, haya un eficiente sistema de control, muy por el contrario, el importante número de casos de corrupción que han sido judicializados demuestran que el control, tal como está planteado ha fracasado y, por tanto, es indispensable un rediseño. Algunas de las razones a continuación.

De conformidad con el artículo 14 de la LOSNCP, el control del Sistema Nacional de Contratación Pública debe articularse en todas sus fases, entre todos los organismos con competencia para ello, sin que se explicita a qué entidades se refiere en particular.

Sin embargo, de su lectura se aprecia que las atribuciones que se le otorgan al SERCOP, se encaminan a efectuar un control permanente durante la ejecución de los procedimientos de contratación, el cual debo decir que, en la práctica, se limita a suspender el proceso en el portal de compras públicas para luego trasladar a las entidades contratantes la responsabilidad de decidir el futuro del mismo, en cuanto a su continuidad o a la declaratoria de desierto.⁵⁵

Seguidamente, el actual artículo 15 de la LOSNCP, refiriéndose a las atribuciones de los organismos de control, establecía que a éstos les corresponde

⁵⁴ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Informe de rendición de cuentas de la contratación pública*, (Quito: SERCOP, 2019), 13, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/10/2020-10-21_Informe-Rendici%C3%B3n-Cuentas-2019-y-aportes-ciudadanos_v2.pdf

⁵⁵ No obstante, algunas de las afirmaciones del SERCOP van encaminadas, más bien a alabar la gestión de control, como la siguiente: “[...] Sin duda alguna, la lucha contra la corrupción representa una de las acciones más significativas del SERCOP, ya que durante el año 2016 se han realizado varias gestiones para atacar este problema. Nueve personas están tras las rejas y dos bandas delincuenciales desarticuladas por la efectiva acción de control, monitoreo, seguimiento a los procedimientos de contratación, denuncias y alertas y (*sic*) provienen de la ciudadanía. Se implementó una matriz de riesgos basada en alertas procesales que les permite identificar posibles anomalías o direccionamientos en los procedimientos de contratación pública.” Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, *Rendición de Cuentas La Compra Pública es el bastión del empleo nacional*, 2016, 4.

realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades públicas en calidad de contratantes, siendo obligación del SERCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, cada vez que tenga conocimiento del cometimiento de infracciones a la ley.

Al respecto, la Disposición Reformatoria Tercera de la Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción (en adelante COIP)⁵⁶ cuyas disposiciones entraron en vigencia en agosto de 2021, sustituyó el citado artículo por el siguiente:

Art. 15.- Subsistema Nacional de Control. - Dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP- existirá el Subsistema Nacional de Control, conformado por todos los organismos y entidades que efectúan el control gubernamental, en relación con cualquier actuación o contratación efectuada al amparo de esta Ley, por parte de cualquier actor del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Conformarán este subsistema, entre otras, la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y Fiscalía General del Estado, el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y las superintendencias acordes a la materia, a efectos de lo cual estas entidades deberán suscribir los convenios interinstitucionales que se requiera.

El Subsistema Nacional de Control tendrá como deber efectuar un control coordinado, articulado, interconectado, permanente y eficaz de cualquier situación o irregularidad que se presentare en la contratación pública, conforme el ámbito de competencia de cada entidad. Será esencial la implementación de herramientas, normativa, alertas, análisis o cualquier mecanismo de innovación que permita combatir la corrupción.

Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles a los procedimientos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes.

El ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública informará a la Contraloría General del Estado, Superintendencia de Control de Poder de Mercado, Procuraduría General del Estado, y demás entidades de control y regulación en el ámbito de sus competencias, cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley. Esta información será pública y se reportará en el Portal de Compras Públicas.

Si resultado del ejercicio de control se conociera de la comisión de un presunto delito, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

Las entidades mencionadas en el inciso anterior, actuarán conforme a sus competencias y atribuciones una vez recibida la notificación del ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de su actuación de oficio.

⁵⁶ Ecuador, *Ley reformativa al Código Integral Penal en Materia Anticorrupción*, Registro Oficial 392, Segundo Suplemento, 17 febrero 2021, Disposición Reformatoria Tercera. La expedición de esta ley obedeció a los compromisos adquiridos con el Fondo Monetario Internacional, FMI, previa la aprobación de un programa de crédito a 27 meses por USD 6.500 millones, que incluía justamente, presentar un proyecto de ley para prevenir y combatir la corrupción.

El control gubernamental en el Sistema Nacional de Contratación Pública será oportuno, y no será obstaculizado ni impedido por ninguna autoridad administrativa o judicial.

Como se puede apreciar, en el artículo reformado sí constan detallados los organismos llamados a efectuar el control dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin embargo, la expresión “entre otras” deja abierta la posibilidad de requerir la intervención de cualquier otra entidad cuyas funciones se relacionen de alguna manera con el ciclo contractual.

En la misma línea, el deber que impone la ley en cuanto a efectuar un control coordinado, articulado, interconectado, permanente y eficaz, solo podrá ser efectivo a través de sistemas informáticos interoperables, es decir que “gocen de la capacidad de intercambiar datos y posibilitar la puesta en común de información y conocimientos”.⁵⁷

Al respecto, en el Ecuador el desarrollo del gobierno electrónico⁵⁸ en la Administración Pública Central inició en el año 2000, cuando mediante la resolución 379-17-CONATEL-2000 se publicó el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, siendo su eje principal la difusión del internet a nivel nacional; y, con Resolución No. 380-17-CONATEL-2000 de 5 de septiembre de 2000 se declaró el acceso universal a los servicios de telecomunicaciones como política de Estado.

A partir de entonces ha existido una importante evolución respecto del gobierno electrónico en nuestro país, siendo los principales hitos en dicha construcción, el lanzamiento oficial del Primer Plan Nacional de Gobierno Electrónico en el año 2014, la emisión de la Norma Técnica de Interoperabilidad Gubernamental y la implementación obligatoria del Plan Nacional de Gobierno Electrónico a todas las instituciones públicas de la Administración Pública Central, Institucional y dependiente de la Función Ejecutiva en el año 2016.⁵⁹

Esto, sumado al uso obligatorio de las plataformas electrónicas administradas por el SERCOP -como el Sistema Oficial de Contratación del Estado y el Módulo Facilitador de Contratación, en sus diversas versiones- para gestionar los

⁵⁷ Definición de la Comunidad Europea. Decisión 2004/387 Parlamento Europeo y de Consejo, citado en Gonzalo Suárez Beltrán y Roberto Laguado Giraldo, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad* (Santiago de Chile: ONU, 2007), 57.

⁵⁸ Se refiere al uso de las tecnologías de la información por parte de la Administración Pública para proveer sus servicios, dotar de eficiencia y transparencia a sus procesos e informar respecto de sus decisiones.

⁵⁹ Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, *Desarrollo de Gobierno Electrónico en la Administración Pública de Ecuador*, 2018, 21, www.gobiernoelectronico.gob.ec

procedimientos de contratación por parte de entidades contratantes y proveedores, contribuye a fortalecer la gestión del sistema de control, toda vez que centraliza las actividades relacionadas con la difusión, selección y adjudicación de los proveedores, así como gestiona y archiva la documentación que será objeto de posterior verificación, minimizando la posibilidad de su adulteración, duplicación o pérdida.

En el caso de la Contraloría General del Estado, la Constitución de la República establece que es “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.⁶⁰

De conformidad con el artículo 212 *ibidem*, sus funciones son:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.⁶¹

En concordancia, el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, lo califica como un Organismo Técnico de Control y el artículo 30 le otorga facultades adicionales a las contempladas en la Constitución, de las cuales podríamos decir que las contenidas en los números “3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;” y “4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública”,⁶² engloban las actividades relacionadas con la compra pública y se llevan a cabo a través de los exámenes especiales⁶³ que forman parte de las auditorías gubernamentales.

⁶⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 211.

⁶¹ *Ibid.*, art. 212.

⁶² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 30.

⁶³ *Ibid.*, “Art. 19. [...] el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones”.

Sin embargo, debo decir que gran parte de los errores que comete la Administración Pública en la ejecución de los procedimientos de contratación podrían prevenirse si la CGE atendiendo la facultad que le otorgan los artículos 212.4 de la Constitución de la República⁶⁴ y 31.25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado,⁶⁵ brindase la asesoría que las entidades contratantes requieren en las fases preparatoria y precontractual, y no únicamente la relacionada con aplicar el control ex post para establecer responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, e incluir como logros en los informes de rendición de cuentas el gran número de glosas impuestas a funcionarios y servidores públicos de difícil, o más bien, imposible cobro; o lo que es peor, emita disposiciones disfrazadas de recomendaciones en franco exceso de poder, como se apreciará en el caso analizado en el tercer capítulo de este trabajo.

En la línea de esta crítica, considero positivo que, en las reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE, introducidas por la Ley Reformatoria al COIP, se haya incluido la obligación de este organismo de control de emitir un informe de pertinencia previo a todo procedimiento de contratación;⁶⁶ ya que a

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, “Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley: (...) 4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite”.

⁶⁵Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, “Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes: (...) 25. Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y, generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General”.

⁶⁶ Ecuador, *Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción*, Registro Oficial 392, Segundo Suplemento, 17 de febrero de 2021, “Art. 18.1.- Informe de pertinencia previo a todos los procesos de contratación pública.- La Contraloría General del Estado emitirá un informe de pertinencia, como requisito previo a la suscripción de los procesos de contratación pública determinados en la ley de la materia, por parte de las entidades y organismos del sector público, incluyendo las empresas públicas y subsidiarias, los financiados con préstamos y/o cooperación internacional, o que se encuentren bajo el régimen especial, en el marco de una declaratoria de emergencia o estado de excepción. Sin perjuicio de que, posteriormente, pueda realizar los controles previstos para estos procedimientos de contratación.

El objetivo del informe es determinar la pertinencia y favorabilidad para la consumación de la contratación pública. Se regirá bajo los principios de legalidad, celeridad y transparencia; y analizará la pertinencia de la contratación, conforme a los parámetros establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, de manera específica, analizará el presupuesto referencial, el monto de la contratación, el tipo de la contratación, el plazo, la legalidad y la transparencia de la contratación pública.

Este informe se entregará en el plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la solicitud realizada por la entidad contratante; y, en el caso de los procesos bajo el régimen especial, de emergencia o estado de excepción, el plazo para su entrega será de setenta y dos (72) horas, contados a partir de la notificación de la solicitud realizada por la entidad contratante.

pesar de que la disposición adolece de imprecisiones -por ejemplo, cuando se refiere a “suscripción de los procesos de contratación” siendo lo correcto “suscripción de contratos”, no obstante, en el inciso octavo se corrige de alguna manera el error cuando se señala que “una vez emitido el informe previo [...] las entidades y organismos del sector público podrán proceder a la celebración del contrato correspondiente [...]” - aspira convertirse en una importante herramienta de control.

Al momento de expedirse la Ley Reformatoria al COIP antes señalada, el principal inconveniente que se advertía, era el hecho de que la disposición legal no discriminaba la clase de procesos ni los montos respecto de los cuales se debía requerir el informe de procedencia, lo que significa que incluso para aquellos de ínfima cuantía sería obligatorio,⁶⁷ representando más bien un obstáculo en los procedimientos y debilitando la función de control que pretendía la ley a través de este nuevo requerimiento; sin embargo, estos escollos se superaron mediante la reforma efectuada al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,⁶⁸ en el que ya constan los procedimientos de contratación para los cuales no será necesario requerir el informe de pertinencia.

Otro organismo que forma parte del Subsistema Nacional de Control, es la Procuraduría General del Estado que es un organismo público técnico jurídico, dirigido o representado por el Procurador General del Estado designado para un período de cuatro años.⁶⁹ Entre otras, tiene la facultad de “controlar con sujeción a la ley los actos y

Si transcurrido el plazo la Contraloría General del Estado no entrega el informe de pertinencia, se considerará como favorable para proceder con la contratación, y constituirá causal de destitución del funcionario a cargo del Informe.

Para la suscripción de contratos y convenios de deuda pública o externa, no será necesario el informe previo de pertinencia.

En ningún caso se podrá excepcionar de este requisito previo a la suscripción de contratos que se suscriban en el marco de una declaratoria de emergencia o estado de excepción.

La Contraloría General del Estado determinará los documentos que deban adjuntarse a la solicitud. Si la entidad contratante no los adjunta, están incompletos o son imprecisos, se devolverá la solicitud, y el término será contado a partir de la fecha en que se cumpla lo dispuesto en este artículo. Una vez emitido el informe previo por parte de la Contraloría General del Estado, las entidades y organismos del sector público podrán proceder a la celebración del contrato correspondiente, tomando en cuenta las observaciones que se hubieren formulado.

Es obligación de la autoridad nacional de contratación pública informar a la Contraloría General del Estado, cada vez que conozca sobre el incumplimiento de lo señalado en este artículo”.

⁶⁷ En el año 2020 solo en la modalidad de régimen común se llevaron a cabo 202.941 procesos de contratación, lo que significa un número similar de contratos; a éstos sumadas las demás modalidades bordearon los 500.000 contratos, lo que mostraría la imposibilidad de atender tal demanda de informes previos por parte de la CGE. [www. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cifras-de-la-contratacion-publica-diciembre/](https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cifras-de-la-contratacion-publica-diciembre/)

⁶⁸ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 155 de 12 de agosto de 2021*, Registro Oficial, Suplemento Cuarto, 16 de agosto de 2022.

⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 235.

contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”,⁷⁰ ejerciendo, por tanto, un control ex post de los actos y contratos celebrados dentro de los procedimientos de contratación.⁷¹

En cuanto a la Fiscalía General del Estado -FGE-, “es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera”.⁷² Encuentro nuevamente una inconsistencia respecto a la disposición del artículo 15 reformado de la LOSNCP, ya que si bien el inciso segundo incluye a la FGE dentro de las instituciones que conforman el Subsistema Nacional de Control, el inciso sexto del mismo artículo al señalar que si del resultado de la acción de control “se conociera de la comisión de un presunto delito, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía General del Estado”, ubica a esta institución ya no en una posición de control sino más bien de responsable de impulsar el juzgamiento de dicho delito como bien lo contempla el artículo 195 de la Constitución de la República al señalar que la Fiscalía General del Estado “dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, ejerciendo la acción pública con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”.⁷³

Es decir, al igual que la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, la Fiscalía interviene de forma posterior en los procesos de contratación pública en los que se presume el cometimiento de delitos, contradiciendo a criterio de esta autora, el espíritu de la ley que busca proteger los recursos públicos a través del control continuo de las actuaciones dentro de los procedimientos de contratación y no luego de que las posibles infracciones o delitos se hubieran cometido.

1.2.4 Ente rector

⁷⁰ *Ibíd.*, art. 237, número 4.

⁷¹ Ecuador, Procuraduría General del Estado, *Resolución Nro. 011*, Registro Oficial 397, 2 de enero de 2019. Se establecen fases para el control de la legalidad de actos y contratos de acuerdo al nuevo flujograma diseñado por las Direcciones Nacionales de Contratación Pública y Contratación Especial, evidenciando que se trata de un control posterior que, además, por el tiempo que implica que de conformidad con el artículo 2 de la citada Resolución es de 180 días, no influye directamente en la ejecución de los procedimientos y, por tanto, no logra el objetivo del control que persigue la ley.

⁷² Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 194.

⁷³ *Ibíd.*, 195.

Mediante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, publicada en Registro Oficial, Suplemento, de 4 de agosto de 2008, se crea el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP; posteriormente, se publica la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013 en la que se sustituye la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.

El artículo 10 de la LOSNCP⁷⁴ establece que el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) “es un organismo de derecho público, técnico-regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria; encargado de cumplir y hacer cumplir los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública”.

Su calidad de organismo técnico regulatorio debería ir de la mano con su necesaria autonomía dado que su misión debe responder a una política pública de Estado y no del gobierno de turno, esto a propósito de que la designación de su director ejecutivo le corresponde al Presidente de la República y de que cuatro de los miembros de su Directorio son ministros de Estado, es decir, nombrados también por el Presidente.

Esta particularidad que señalo, entre otros aspectos, se aprecia de la lectura de algunos de los informes de rendición de cuentas de la entidad, en donde podemos ver términos como *SERCOP nacionalista* o *SERCOP revolucionario* imprimiendo un sesgo al organismo rector de la compra pública, actividad que como quedó señalado al inicio de este trabajo, es hoy en día uno de los más importantes ejes dinamizadores de la economía nacional y, que por lo tanto, debe ir de la mano de una política pública y no de intereses particulares o partidistas.

El citado artículo 10 de la LOSNCP, señala además las siguientes atribuciones:

Art. 10.- [...] El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;

⁷⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 10.

5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;
16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables.

De conformidad con la Ley Reformatoria al Código Integral Penal en materia Anticorrupción, que entró en vigencia en el mes de agosto de 2021, los números 16 y 18 del artículo 10 de la LOSNCP, fueron sustituidos por los siguientes:

[...] 16. Certificar a los servidores públicos de las entidades contratantes como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a las personas interesadas en ingresar al servicio público, a fin de avalar sus conocimientos y habilidades. Todo servidor público que participa en las fases del procedimiento de contratación, deberá estar certificado conforme este numeral;

[...] 18. Requerir la aplicación inmediata del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público a la máxima autoridad de una entidad contratante, cuando un servidor/a haya realizado una conducta que atente o violente la normativa o principios del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin perjuicio de la notificación a los órganos de control respectivos.

Y, agregó los siguientes números:

[...] 19. Analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones

concretas según corresponda, así como poner en conocimiento de los organismos de control de ser pertinente, sin perjuicio de las demás establecidas en la normativa aplicable;

20. El ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública coadyuvará en la identificación de conductas de colusión en contratación pública, con la finalidad de que sean sancionadas por los entes de control competentes.

La principal facultad que ostenta el ente rector de la contratación pública es la reguladora,⁷⁵ pues coincido con Jorge Luis González cuando afirma que “[...] trae certeza al sistema jurídico en cuanto al bloque de legalidad [...]”.⁷⁶ Sin embargo, también es el más riesgoso si no se administra en el marco estricto de la ley, pues puede devenir en arbitraria al imponer disposiciones más allá de su competencia como el caso de la facultad de establecer observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual de “cumplimiento obligatorio” para las entidades contratantes, que se ha atribuido a través del artículo 6.2 del RGLOSNC, contraviniendo el principio de legalidad que preceptúa que la competencia únicamente nace de la Constitución y de la Ley; o también en sobre reguladora generando contradicciones y confusión, como en el caso de los más de quinientos artículos que contiene la Codificación de Resoluciones.

De otra parte, para la debida coordinación de todos los componentes del SNCP, se hace necesaria la participación de un organismo que los articule y administre para generar resultados efectivos, de ahí la facultad administradora que ejerce el SERCOP, por ejemplo, en cuanto a administrar el Registro Único de Proveedores, los catálogos de bienes y servicios normalizados, o los procedimientos para la certificación de producción nacional, entre otros.

En la misma línea, y no menos importante, es la facultad relacionada con la promoción, difusión y formación que tiene directa relación con el principio de publicidad que rige la contratación pública, y que pretende informar sobre la gestión del SNCP, al tiempo de capacitar a los gestores de la compra pública en todos sus niveles, así como a los proveedores, es decir, a los usuarios del sistema en general.

Otra de sus importantes facultades es aquella relacionada con la de verificación⁷⁷ que más bien se orienta hacia la prevención y el ajuste, pues si bien no es un órgano de control como tal,⁷⁸ ejecuta una serie de acciones tendentes a garantizar la observancia de

⁷⁵ Reflejada en algunas de sus atribuciones tales como las contenidas en los números 3, 5, 8 y 9 del artículo 10.

⁷⁶ González, *La contratación pública como sistema*, 95

⁷⁷ *Ibíd.*, 105. Esta facultad engloba la mayoría de atribuciones del SERCOP.

⁷⁸ Léase Contraloría General del Estado o Procuraduría General del Estado.

los procedimientos establecidos en la ley para procurar procesos de contratación transparentes,⁷⁹ y, por tanto, sus atribuciones en este sentido, se encuadran más bien en un control preventivo. Sin embargo, para cumplir con atribuciones como la de “Asegurar y exigir el cumplimiento de objetivos prioritarios del SNP”,⁸⁰ que se enmarca dentro de esta facultad verificadora, a decir de Jorge Luis González, el SERCOP “debería tener potestades coercitivas suficientes para realizar tal exigencia con efectividad”.⁸¹

Finalmente, la facultad resolutoria relacionada con los reclamos⁸² y recursos administrativos⁸³ que tienen como finalidad, que el SERCOP revise el proceso y disponga a las entidades contratantes los correctivos necesarios, so pena de suspender definitivamente los procesos si no se efectúan las rectificaciones necesarias. Si bien es una importante facultad, el hecho de que el ente rector no resuelva directamente los reclamos o recursos considero que le resta eficacia.

1.2.5 Ciudadanos

De acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua, ciudadano es “la persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos políticos y sometido a sus leyes”; mientras que respecto del término *administrado* únicamente contempla la siguiente definición: “1.adj. Dicho de un ciudadano: Sujeto a las Administraciones públicas”.⁸⁴

Es evidente que el alcance del término *ciudadano* muestra mayor amplitud que el de *administrado* y, es justamente esa la razón de una importante discusión en el Derecho Administrativo, respecto al alcance de dichos términos desde un punto de vista de derechos más que de conceptos.

Señalaremos entonces que en el ámbito del Derecho Administrativo se ha utilizado comúnmente el término *administrado* para designar al individuo que se sitúa en una relación jurídico-administrativa como contraparte de la Administración Pública,

⁷⁹ Verificar el uso obligatorio de documentos precontractuales y contractuales, verificar la contratación con proveedores inscritos en el RUP, verificar que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación, entre otras.

⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 10.1

⁸¹ González, *La contratación pública como sistema*, 104.

⁸² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 102.

⁸³ *Ibíd.*, art. 103.

⁸⁴ Real Academia Española, *Diccionario Real Academia Española de la Lengua*, accedido 10 de marzo de 2021, <https://dle.rae.es/ciudadano?m=form>

es decir, aquel a quien va destinado el ejercicio de las potestades administrativas, pero que de frente al significado gramatical muestra más bien una posición pasiva y de sometimiento frente a la acción de administrar.

Lo contrario sucede desde el punto de vista técnico en donde se relaciona frente a la administración pública, a través de situaciones jurídicas activas tales como el derecho subjetivo cuyo poder se basa en la existencia de un título jurídico específico que le permite exigir una acción positiva o negativa a la Administración; el interés legítimo que consiste en “[...] una situación que se da por ‘efecto reflejo’ o indirecto de una norma: cuando ésta protege de modo inmediato el interés público, pero a la vez de modo indirecto protege también intereses individuales del administrado [...]”;⁸⁵ y, el interés simple que no es otro que el de cualquier ciudadano para que sus iguales y la Administración cumplan con los deberes y obligaciones que les impone la ley en beneficio de todos.

Y, finalmente, desde el punto de vista político la discusión se centra en la aparente contradicción entre la acepción pasiva de *administrado* de cara al desarrollo del derecho de participación ciudadana en los asuntos de índole pública.⁸⁶

Al Ecuador la Constitución de la República lo consagra como un “[...] Estado constitucional de derechos y justicia (...) la soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas [...]”.⁸⁷

A través de esta nueva forma de Estado, según la postura positiva, se pretende ubicar al ciudadano y a la protección y realización de sus derechos como primer deber primordial, en la línea de conseguir una sociedad igualitaria y equilibrada; al contrario, voces críticas del cambio de modelo argumentan, más bien, que se trastocó la concepción clásica de la Constitución como herramienta de defensa de derechos hacia

⁸⁵ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 14ª. ed., (Madrid: Editorial Tecnos, 2017), 99.

⁸⁶ A lo largo del texto constitucional se consagra el derecho de los ecuatorianos a participar de las decisiones del Estado. Específicamente el artículo 95 señala en su inciso final lo siguiente: “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

una de realización de derechos que corre el riesgo de incurrir en graves excesos de poder.

Sin embargo, más allá de esta discusión, es evidente que nuestra Carta Magna otorga un lugar primordial a la *persona ciudadano* que, lejos de la visión pasiva que citamos, más bien ha alcanzado niveles de participación protagónica en la vida pública, a través de los mecanismos que le otorga la propia Constitución y la ley para el efecto, versus el *administrado* que ni siquiera encuentra una mención a lo largo de su texto, es decir, el ciudadano ha pasado de ser ese sujeto pasivo para transformarse en un titular de derechos y deberes, situándose frente a la Administración y no bajo ella.

2. Principales principios que regulan la relación entre Administración y administrados

Si bien el respeto a la persona humana es el eje sobre el que giran los principios generales del derecho, su alcance y aplicación no siempre han sido uniformes; de ahí que la referencia a las palabras que los conforman: principios, reglas y derecho, permiten un mejor entendimiento.

Son principios en cuanto constituyen las principales bases sobre las que descansa el sistema jurídico, en el que existe una amplia cantidad de reglas generales a las que se pueden asociar de forma directa o indirecta varias soluciones que prevé el derecho positivo; y, a la vez, también se pueden resolver casos no previstos, aunque implícitos en dichas reglas.⁸⁸

De otra parte, son reglas de carácter general porque van más allá de un precepto específico y, por tanto, no se confunden con valoraciones particulares, lo que les permite adecuarse a situaciones reales que por tales cambian constantemente.⁸⁹

Y, finalmente, son de derecho porque no se trata de opiniones, criterios o apreciaciones particulares, sino de preceptos técnicos del ámbito jurídico.

Para el filósofo catedrático alemán, Robert Alexy,⁹⁰ los principios son *mandatos de optimización*, por cuanto “contemplan una obligación que deberá cumplirse, en la mayor medida posible, en atención a las condiciones jurídicas y reales de cada caso”.

⁸⁸ Miguel Lico, *Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Procuración General, 2018), accedido en <https://www.buenosaires.gob.ar/procuracion-general>

⁸⁹ *Ibíd.*

De su parte, Juan Carlos Cassagne, para entender de mejor manera lo que significa un principio, recomienda acudir al pensamiento de José Ortega y Gasset quien señala que existe una conexión entre ideas y creencias que se asemeja a la que hay entre conocimientos y certidumbres, de ahí que quien cree posee certidumbre, pero no porque la persona se la ha formado sino porque la ha adquirido por factores externos. En cambio, “las ideas las adquiere el hombre en contacto consigo mismo y con el mundo, es decir, con la realidad”.⁹¹

El citado autor asocia estas afirmaciones con el idealismo platónico en cuanto éste consiste en una construcción que se realiza a través de una doble operación: por un lado, sostiene que las ideas existen independientemente de las cosas, pero éstas solo pueden existir en cuanto participan de las ideas, de ahí que el idealismo sostiene que las cosas no existen sino a partir de las ideas.⁹²

Este pensamiento platónico constituye un antecedente importante para encuadrar los principios generales en cuanto sostiene que el conocimiento de las ideas es un conocimiento adquirido con anterioridad, es decir, no necesariamente a través de la experimentación de una situación en particular, existe sin más.

Concluye Cassagne, respecto de los principios generales que éstos:

[...] guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento, siendo conocimientos que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios existen por sí mismos y casi podría decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (v.gr., la defensa de la vida, la dignidad de la persona, la protección de la libertad interior y exterior, la buena fe, etc.).⁹³

En el derecho administrativo, ante la gran cantidad de normas que rigen el accionar de la administración, los principios generales del derecho se convierten en una importante herramienta que permite unificarlas brindando orden y seguridad en su aplicación, al tiempo que, para los administrados, se convierten en medios de protección frente al Estado en los casos de insuficiencia de ley y de costumbre.

De ahí que, en la legislación ecuatoriana, la administración pública “constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia,

⁹⁰ Esteban Polo, “Los Principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani Revista de Derecho*, vol. 7 (2018), 223-247, <https://doi.org/10.31207/ih.v7i0.194>

⁹¹ Juan Carlos Cassagne, “Los Principios Generales en el Derecho Administrativo”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo VI, (Bogotá: Temis S.A., 2010), 331.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, 332

calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.⁹⁴

2.1 Legalidad

El artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, señala: “Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a lo que la Ley no ordena”.⁹⁵ Se entiende entonces que el ciudadano está en la libertad de hacer todo aquello que la ley no prohíbe, lo cual se constituye en el llamado principio de *vinculación negativa* o vertiente negativa del principio de legalidad.

Lo contrario sucede con los poderes públicos en cuanto aquellos, en cambio, solo pueden hacer lo que la ley les permite, es decir, lo que no está permitido está prohibido, es lo que la doctrina trata como el principio de *vinculación positiva* o vertiente positiva del principio de legalidad que se ubica como un mecanismo de protección por parte de los ciudadanos en contra de la arbitrariedad del poder.

El principio de legalidad nace y se ubica como el mayor logro del Estado de Derecho y, al tiempo, como la columna vertebral del Derecho Administrativo en tanto no significa solo la observancia absoluta del actuar administrativo a la ley, sino también el respeto a la producción de normas y el sometimiento de toda actuación de la autoridad administrativa competente a las disposiciones de carácter general emitidas por la misma autoridad.⁹⁶

En el caso ecuatoriano la vinculación de la actividad administrativa a la legalidad encuentra asidero en el artículo 226 de la Constitución de la República, que señala:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. [...] ⁹⁷

⁹⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 227.

⁹⁵ Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 73.

⁹⁶ Fernando Garrido Falla y Alberto Palomar, *Tratado de Derecho Administrativo*, 14ª. ed., vol. I, Parte General, (Madrid: Tecnos, 2005), 198-9

⁹⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 226.

Sin embargo, a decir de Poveda,⁹⁸ en la actualidad el principio de legalidad ya no representa la fiel sumisión a las normas del derecho positivo únicamente, pues la misma Constitución que consagra dicho principio ha introducido importantes modificaciones que rompen ese arquetipo, tales como la contenida en la letra l del número 7 del artículo 76, que permite motivar una resolución de los poderes públicos también en los principios jurídicos; y, otras que, además, permiten incluir en este principio de legalidad a la jurisprudencia y a las políticas públicas.⁹⁹

Tanto el principio de legalidad tradicionalmente concebido, así como la distinción entre derecho público y derecho privado han sufrido importantes desarrollos. En el primer caso incrementando numerosas fuentes adicionales a la norma en sí, tales como la jurisprudencia, la doctrina y, como ya se anotó las políticas públicas; y, en el segundo, evidenciando que el ejercicio de las atribuciones y competencias de los órganos administrativos no solo deben sustentarse en normas del derecho positivo sino, además, en las fuentes adicionales que se han anotado, lo cual si bien implica posibles riesgos en cuanto a que la actuación adolezca de inexactitud, aporta en cuanto a facilitar mejores herramientas jurídicas.

Ahora, este desarrollo del principio de legalidad se identifica perfectamente con el comportamiento del ordenamiento jurídico en cuanto sistema dinámico, particularmente en la contratación pública que cambia constantemente y que obliga a que los agentes que participan en ella, es decir, que se involucran en el SNCP, se mantengan atentos a los cambios de estas diferentes fuentes, a fin de aplicarlos de manera oportuna y eficaz.

Es por esta razón que, a decir de Jorge Luis González,¹⁰⁰ en la contratación pública, la aplicación del principio de legalidad tiene gran importancia, por un lado, en la fase precontractual en donde la voluntad administrativa se forma a través de la emisión de actos tales como la convocatoria, el pliego, la oferta, la evaluación, y la adjudicación en los que es menester la estricta observancia de las disposiciones legales que los sustentan; y, en la fase contractual, en la que por la supremacía del interés general sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en ciertos casos la ley establece prerrogativas a favor de la administración que le permiten modificar el contrato e incluso terminarlo.

⁹⁸ Poveda, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 76.

⁹⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11

¹⁰⁰ González, *La contratación pública como sistema*, 53.

2.2 Jerarquía

La jerarquía está determinada por la existencia de *superiores e inferiores* vinculados entre sí por una relación de supremacía y subordinación¹⁰¹ que se constituye en una indispensable regla para la organización administrativa pues permite ordenar la gestión a través de las directrices que emanan de los órganos superiores hacia los inferiores, sin la cual dominaría el caos.

Al respecto, el Código Orgánico Administrativo contempla el principio de jerarquía en los siguientes términos:

Art. 6.- Principio de jerarquía. Los organismos que conforman el Estado se estructuran y organizan de manera escalonada. Los órganos superiores dirigen y controlan la labor de sus subordinados y resuelven los conflictos entre los mismos.¹⁰²

Como lo señala Monti¹⁰³ en una primera instancia este principio puede considerarse estático, pero alcanza gran dinamismo y versatilidad al momento de ejercerlo.¹⁰⁴ La citada autora reúne en este principio varios componentes que dan forma a su concepto y, que tomando en consideración el artículo 6 antes señalado, se resumen en los siguientes: una serie de órganos armónicamente subordinados y coordinados bajo la dirección y responsabilidad de un poder central en donde los inferiores obedecen disposiciones de los superiores, no siendo de carácter absoluto dicha obediencia puesto que los órganos inferiores conservan siempre el derecho de decidir en aquellos casos en que consideren que las disposiciones recibidas se encuentran fuera de los límites dispuestos por la ley.

La principal característica de la jerarquía consiste en la potestad de los órganos superiores de impartir órdenes, sin embargo, éstas no pueden alterar el ámbito de acción del inferior, es decir, pretender que ejecute acciones que no le corresponden por su competencia o por encontrarse reñidas con la ley.

¹⁰¹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3ª ed., (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982), 591

¹⁰² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.

¹⁰³ Laura Monti, "La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa", en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, (Buenos Aires: Ediciones Rap, 2005), 113. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140329-monti-jerarquia_competencia_como_principios.htm

¹⁰⁴ En la función pública cobra vigencia todo el tiempo pues la actividad diaria se basa en la emisión de disposiciones de funcionarios jerárquicamente superiores a sus subordinados.

En la misma línea coexiste la obligación del órgano superior de vigilar al inferior mediante el requerimiento de informes, matrices o rendición de cuentas, a fin de establecer la calidad de sus actuaciones para efectos de medir la gestión o de ser el caso, arbitrar las medidas que correspondan para corregirlas en caso de que éstas no estén generando los resultados deseados.

También se constituye en una responsabilidad del órgano superior el dictar normas de carácter interno que permitan el mejor desarrollo de las actividades, así como avocar¹⁰⁵ competencias del inferior en caso que así lo requieran las circunstancias.

Las citadas características obedecen al *poder de mando o poder jerárquico*¹⁰⁶ en que se expresa la jerarquía y que aplicado al tema de esta investigación, las consecuencias de la subordinación sin cuestionamientos por parte de los inferiores, puede en muchas de las veces, provocar excesos por parte de los superiores en los que no necesariamente estos últimos se vean involucrados sino que traigan consecuencias para aquellos funcionarios que han seguido “órdenes” sin cuestionarlas en el marco de la ley.

A esto se refiere Marienhoff al señalar la existencia de la *subordinación* por una parte y, el *deber de obediencia* por otra, respecto de los cuales existen quienes consideran que la primera es absoluta en tanto que la segunda tiene sus limitaciones. El autor, en cambio, afirma que las dos tienen sus límites jurídicos y lo explica bajo los siguientes argumentos.

En el caso de la *subordinación* esta debe permanecer en el ámbito de la función pública aun cuando sea evidente que su comportamiento en la vida privada pueda incidir en su gestión, de ahí que el funcionario público debe observar siempre un buen comportamiento en todos los actos de su vida; en otras ocasiones, esta incidencia en la vida privada puede ser más intensa pero nunca puede exigirse una subordinación que exceda el ámbito público, es decir, coincido con el citado autor en cuanto siempre existen límites.

En el caso del *deber de obediencia* existen dos corrientes, la una que sostiene la obediencia absoluta y, la otra que admite la desobediencia, en este último caso lo que

¹⁰⁵ Código Orgánico Administrativo, “Art. 78.- Alcance. Los órganos superiores pueden avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda, ordinariamente o por delegación, a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente o necesario. La avocación se notificará a los interesados en el procedimiento, con anterioridad a la expedición del acto administrativo”.

¹⁰⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982), 593.

corresponde es determinar en qué momento es admisible para cuyo efecto existe el denominado *derecho de examen*. A decir del autor, la teoría del absolutismo en la obediencia es carente de toda aceptación pues significa convertir al inferior en un ente sin razón sometido únicamente a cumplir la voluntad de su superior; mientras que la segunda, permite como es lógico, efectuar por parte del inferior el *examen* de la materialidad de la orden para establecer si ésta está o no apegada a la ley; y, en caso de no estarlo, tener la libertad de desobedecerla o en términos de nuestra ley de ponerlo en conocimiento del superior a fin de que su resultado exima de responsabilidad a quien estuvo obligado a cumplirla.¹⁰⁷

En definitiva, la aplicación del principio de jerarquía es indispensable para la existencia de la Administración Pública en los términos que se han señalado, siendo importante puntualizar que de conformidad con artículo 22, letra d de la Ley Orgánica del Servicio Público, al tiempo que es deber del servidor público “Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos [...] podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley”.¹⁰⁸

2.3 Interdicción de la arbitrariedad

En un Estado constitucional de derechos este principio cumple un rol fundamental en la defensa de las minorías contra la opresión de la mayoría democráticamente elegida. En palabras de Blanquer¹⁰⁹ la interdicción de la arbitrariedad permite poner límites al despotismo de la mayoría e impide la servidumbre de la minoría, es decir la “soberanía del número se somete a la soberanía de la razón”.

Para desarrollar este principio es menester citar a modo de antecedente histórico que luego de las revoluciones americana de 1765 y francesa de 1789 los rasgos democráticos de la titularidad y del ejercicio del poder expusieron que la voluntad del

¹⁰⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento de 12 de junio de 2002: “Art. 41.- Órdenes superiores. - Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior”.

¹⁰⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Servicio Público*, Registro Oficial 294 de 6 de octubre de 2010, art. 22, letra b.

¹⁰⁹ David Blanquer, *Derecho Administrativo. Los sujetos, la actividad y los principios*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 2:1306.

soberano ya no era suficiente para legitimar las decisiones del poder. De la mano, para que la ley sea legítima debía nacer de la soberanía popular y no de cualquier poder público, es ahí cuando se instaura la llamada *soberanía de la ley*.¹¹⁰

Esta soberanía reemplazó a la del rey absorbiendo el ilimitado poder del que antes gozó este último, generando una transición de la *legitimidad del título* del poder público -que antes era hereditario y ahora democrático- pero no necesariamente de la legitimidad en el ejercicio de dicho título que al igual que con el monarca ahora seguía gozando de ilimitada libertad.¹¹¹

Todo esto cambia en el Estado de Derecho en donde la Constitución adquiere la soberanía que antes le correspondía al monarca y luego al legislador democrático, estableciendo los límites necesarios al ejercicio del poder, el principal, la interdicción de la arbitrariedad. De ahí que Villacreses, partiendo de que “en el estado de derechos los derechos [...] someten y limitan a todos los poderes [...]”, concluye que en dicha forma de Estado “toda autoridad pública tiene límites en su actuación y esos límites son los derechos”.¹¹²

Ahora bien, siguiendo a Tomás Ramón Fernández el principio de interdicción de la arbitrariedad entraña una clara distinción entre dos conceptos que lo componen: *discrecionalidad* y *arbitrariedad* los que a todas luces deben considerarse antagónicos ya que, como cita el autor, “nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes [...] y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, [...] o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad”.¹¹³

En el marco de la discrecionalidad el ordenamiento jurídico no ha definido la solución que debe adoptar la Administración Pública, otorgándole un margen de actuación de acuerdo a la que considere más conveniente, sin que esto signifique

¹¹⁰ *Ibíd.*, 1304

¹¹¹ Antes del monarca y ahora del legislador democrático que puede imponer en la ley aquello que le plazca, es decir, su arbitrariedad no encuentra límites.

¹¹² Jaime Villacreses, “El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 17.

¹¹³ Tomás R. Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, Quinta Edición, (Thomson Civitas: Pamplona, 2008), 81.

permitir una actuación arbitraria a la hora de decidir. Señala Gamero Casado¹¹⁴ que cuando el legislador determina una potestad discrecional es porque considera inadecuado constreñir a la Administración a seguir un solo camino para resolver un asunto sometido a su conocimiento; de ahí que le otorga un margen de actuación que le permita decidir entre varias soluciones de las cuales deberá optar por aquella que satisfaga los derechos constitucionales y el orden jurídico social. Para asegurarse de aquello es necesario que los actos administrativos expedidos en base a la potestad discrecionalidad se encuentren debidamente motivados, es decir, que cuenten con las razones por las que se emiten ya que, caso contrario, son susceptibles de anulación.

De lo dicho se desprende que el primer requisito indispensable para reafirmar la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, es la motivación. Esta, a decir de Fernández no es sino una “garantía elemental del derecho de defensa incluida en el conjunto de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”.¹¹⁵

En el Ecuador, respecto de la motivación, la letra l del artículo 76 de la Constitución,¹¹⁶ determina:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Es así entonces que todo acto de la administración debe estar debidamente motivado para garantizar sus efectos, caso contrario, puede ser declarado nulo con el perjuicio que eso puede representar a la Administración, en el pago de indemnizaciones por ejemplo, como en el caso de los servidores públicos que son desvinculados de sus puestos de trabajo sin la debida motivación y que luego de un proceso judicial o una

¹¹⁴ Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 77.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 82.

¹¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76

acción constitucional, son reintegrados debiendo recibir el pago de todos los haberes no percibidos durante el tiempo que permanecieron desempleados.

Es así, entonces que Fernández, citando a González Pérez,¹¹⁷ señala que la motivación es “la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto”, y precisa algo que me parece fundamental y es la distinción que debe existir entre los motivos del acto y su motivación que, aunque parezca, no son lo mismo, pues si bien el acto se dicta por una razón o motivo estos no constituyen en sí la motivación, sino el hecho de que consten de manera formal en él las razones que llevaron a su emisión. En definitiva, la motivación no es otra cosa que “el soporte en el que se vuelcan las razones, argumentos o motivos de la decisión administrativa”.¹¹⁸

3. El interés general frente al interés particular

Para iniciar el estudio del tema planteado, debo señalar que la precisión del contenido y alcance del interés general ha sido motivo de análisis desde la promulgación de la legislación francesa de principios del siglo XIX, mencionada en el apartado anterior. Para el Consejo de Estado francés, el interés general constituía el fin, la esencia de la acción pública.

Para la Constitución española de 1978, significa el bien de todos los ciudadanos, vistos como una colectividad. La legislación brasilera, de su parte, considera que esta última afirmación constituye el interés público primario, y los intereses de colectivos e instituciones públicas representan los intereses públicos secundarios.¹¹⁹

En ese orden, explica Rodríguez-Arana¹²⁰ que el interés general instituye el fundamento de la acción pública y es entendido desde dos aristas diferentes: como función del Estado liberal y como expresión de la voluntad general, plasmada en virtud de la alianza de intereses económicos. En el primer caso, el interés general se conforma espontáneamente como resultado de la interacción libre de los sujetos en la economía. En este caso el Estado se desempeña como árbitro que pretende ordenar las iniciativas particulares, de manera tal que sigan y respeten el orden establecido. El interés general

¹¹⁷ Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 532

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El interés general en el derecho administrativo: Notas introductorias”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, n.11 (2012): 70, en *AÍDA (unam.mx)*.

¹²⁰ Ibid., 71.

se convierte entonces en la conjunción de las normas que favorecen el buen desempeño del mercado y, evita y corrige sus errores, a fin de garantizar el sistema social.

De igual manera el autor considera que la visión voluntarista del interés general defendida por los franceses, constituye la función principal del Estado de garantizar el bienestar de sus ciudadanos, entendido ello como el disfrute de la educación, la salud y otros derechos. Sobrepasa la actividad del Estado liberal que se limita a un actuar negativo y reactivo ante las dificultades del mercado, fomentando el desarrollo de la economía mediante la garantía en el ejercicio de los derechos ciudadanos.¹²¹

Dicho autor considera que es esta la mejor manera de entender el interés general, en tanto sus postulados ofrecen una definición abierta, plural, dinámica, coherente con valores como la solidaridad y el equilibrio social, herramientas que permiten trabajar en función de lograr la armonía entre los intereses del mercado y los intereses generales.¹²²

Así mismo, Quadra-Salcedo¹²³ afirma que el interés general es el elemento clave de la Administración que justifica los poderes y libertades de que disfruta. En una primera definición doctrinal, se entendía que la administración protegía los intereses generales en virtud de los poderes exorbitantes con los que contaba; el transcurso del tiempo ha demostrado que la satisfacción de las necesidades generales es la razón por la cual se otorga a la Administración pública las potestades exorbitantes que la caracterizan.

Habría que agregar también que para el mismo autor el interés general no es la suma de intereses particulares, revelando que resulta necesario y útil distinguir entre interés público e interés general, que habitualmente se emplean como sinónimos, pero que los diferencian los matices.¹²⁴ El interés general cuenta con un matiz sociológico, y el interés público se caracteriza por su matiz político. El interés general se refiere a las necesidades humanas de la comunidad, sea nacional o regional; el interés público se preocupa por la organización política de esa colectividad, aunque su objetivo sea, en última instancia, satisfacer las necesidades de interés general.¹²⁵

¹²¹ *Ibíd.*, 73.

¹²² *Ibíd.*, 72, 87.

¹²³ Quadra-Salcedo, “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”, 4.

¹²⁴ *Ibíd.*, 6.

¹²⁵ *Ibíd.*, 7.

En la misma dirección, Oelckers¹²⁶ coincide con los criterios antes planteados y asevera que se le conceden prerrogativas y privilegios a la administración pública, justamente por su función de brindar los servicios públicos que garanticen la satisfacción de los intereses generales. Advierte el autor que los intereses públicos revisten un carácter político y están determinados por la Ley.

Se debe señalar que no existe una contraposición entre el interés general y el interés particular. Pueden complementarse y coincidir; pero si así no fuere, el interés general prevalecerá por encima del particular, en tanto cuenta con superioridad moral frente a este último. Ello no excluye la necesidad de que el Estado desarrolle políticas y actividades en pro de lograr la integración de los variados intereses sociales y, en consecuencia, la aproximación de los intereses individuales de cada ciudadano al interés general en su conjunto.¹²⁷

Por supuesto, siempre existirán intereses generales o públicos que colisionen con intereses particulares. La construcción de un aeropuerto que beneficia a toda la comunidad, afectará el patrimonio de los titulares del terreno donde se asentará, con independencia de las políticas de complementariedad e integración que haya desplegado la administración para tratar de equilibrar los intereses generales con los privados; pero ello no obsta para que la intención de integración y armonización de los intereses privados y generales primen en la gestación de las políticas y normas jurídicas y en la solución de las controversias.

De hecho, es tan frecuente la colisión de los intereses particulares con los generales, que en muchas ocasiones la propia norma se anticipa y ofrece en su texto, la solución para ellos a fin de minimizar, en la mayor medida posible, las consecuencias negativas del actuar administrativo respecto a los intereses de los particulares.¹²⁸ Por ejemplo, la expropiación forzosa constituye una de las instituciones jurídicas que permiten la efectividad en la protección de los intereses generales. Cuando estos últimos requieren de la ejecución de determinada obra, en los predios del que es titular un particular, la legislación dispone la expropiación del bien y la entrega al expropietario

¹²⁶ Osvaldo Oelckers Camus, “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v.7 (1983), 151.

¹²⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, “El interés general en el derecho administrativo: Notas introductorias”, 85.

¹²⁸ Quadra-Salcedo, “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”, 10.

de su valor, de tal manera que pueda acceder, si lo desea, a un bien con características semejantes al perdido.¹²⁹

En el plano nacional, la LOSNCP establece la protección de los intereses públicos como regla de interpretación y ejecución de todos los procedimientos y negocios jurídicos, formalizados a su amparo. Así también instituye la defensa de los intereses nacionales e institucionales como principio fundamental de todo proceso contractual al declarar desierto un procedimiento cuando afecte esos intereses; al adjudicar un contrato fallido, cuidando siempre de garantizar los intereses nacionales e institucionales; de igual manera al adjudicar las subastas inversas y al disponer las declaratorias de utilidad pública para la adquisición de bienes inmuebles.¹³⁰

4. Potestades exorbitantes de la Administración Pública

Las potestades exorbitantes de la administración han sido reconocidas por Ferrada¹³¹ como privilegios específicos, unilaterales y coactivos de que disfruta el poder público, representado por los órganos de la administración estatal y que se fundamentan en el interés superior de satisfacer intereses o bienes jurídicos públicos. El ejercicio de estas facultades habrá de estar determinado rigurosamente a fin de evitar arbitrariedades, al tiempo que se deben prever mecanismos de defensa e impugnación, posibilitando a los administrados la tutela contra los actos que excedan las prerrogativas otorgadas.

El mismo autor reconoce a las potestades exorbitantes de la Administración, como las prerrogativas exclusivas de dictar reglamentos, la facultad de ejecución, de revisar actos administrativos y, de sancionar las infracciones.¹³²

Estas facultades son catalogadas como exorbitantes, en tanto son privativas de la Administración frente a los administrados, constituyen privilegios del poder público, que rompen con el principio de igualdad entre las partes del derecho privado, por lo que exceden al derecho común. Se encuentran fuera del ámbito de las atribuciones

¹²⁹ *Ibíd.*, 12.

¹³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts. 5, 33, 35, 47, 58.

¹³¹ Juan Carlos Ferrada, "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno" *Revista de Derecho (Valdivia)*, N.2 (diciembre 2007), 20:70, en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>.

¹³² *Ibíd.*, 72.

permitidas a los particulares en el derecho privado, resultando antijurídico su uso por este sector.¹³³

Potestad reglamentaria

Corresponde decir que la potestad reglamentaria constituye una de las más relevantes atribuciones conferidas a la administración, puesto que otorga la capacidad legal de crear normas jurídicas. Esta potestad habilita a los órganos y organismos de la Administración del Estado a ejercer, de hecho, la función legislativa, lo cual implica un privilegio exclusivo que no se concede a ningún otro actor social o político del país. No existe persona natural o jurídica privada, asociación o sociedad, que cuente con la potestad legal de crear normas jurídicas generales y obligatorias y, de estricto cumplimiento. En esa línea, la LOSNCP,¹³⁴ como ya lo señalamos dispone la creación del SERCOP, como el organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, que cuenta con personalidad jurídica propia y autonomía técnica, financiera y administrativa.

Entre las funciones asignadas al SERCOP en el referido artículo 10, consta la de emitir normas jurídicas, con carácter administrativo, manuales y documentos didácticos para la aplicación correcta de las disposiciones de la Ley (número 9); así como implementar los modelos obligatorios de contratos y documentos precontractuales, que habrán de emplearse en los diversos procesos de contratación (número 8).

Potestad de ejecución

Por otro lado, la facultad de ejecución es reconocida por García y Fernández¹³⁵ como la potestad de autotutela, que otorga a la Administración la posibilidad de precisar el tipo de relaciones jurídicas que entablará con los particulares. Determina la administración, la manera en que se desarrollarán dichas relaciones; el contenido y extensión de los derechos y obligaciones de cada parte, excediendo cualquier facultad que el derecho común pudiera reconocer a los particulares en el libre ejercicio de sus

¹³³ Agustín A. Gordillo, *Derecho Administrativo de la economía*, Tomo 9, (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1967), 332.

¹³⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art.10.

¹³⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Cizur Menor: Civitas, 2011), 492.

derechos y atribuciones. Así también el antes mencionado artículo 10, en su segundo inciso, establece la obligación del SERCOP de ejecutar la política de contratación, dictada por el Directorio, organismo colegiado que representa la máxima autoridad nacional en materia de contratación pública (artículos 11 y 12).¹³⁶

Potestad de revisión de oficio

Así también, el revisar los actos administrativos, como otra de las facultades exorbitantes de la administración pública, consiste en la posibilidad de revocar e invalidar sus actos, sin la intervención de los tribunales de justicia. La revocación deja sin efecto un acto administrativo válido y ajustado a derecho, por razones que la administración considera suficientemente justificadas. La invalidación consiste en la anulación de un acto administrativo ilegítimo.¹³⁷

Hernán Jaramillo¹³⁸ explica que, en sentido general, todo acto administrativo es susceptible de ser revocado por el mismo funcionario que lo emitió, aunque existen determinados actos cuya revocación corresponde a otros órganos de mayor jerarquía. La intervención de éstos se hace depender de la petición de parte interesada o de la administración, en caso de tratarse de recursos. Los actos administrativos de carácter subjetivo podrán ser revocados únicamente bajo el consentimiento expreso de su titular. Brewer Carías ratifica este criterio, afirmando que la administración puede revocar sus propios actos excepto aquellos que hayan creado o declarado derechos a favor de particulares.¹³⁹

Los actos administrativos que crean derechos a favor de particulares, se denominan actos favorables que comprende, entre otros, las concesiones, autorizaciones y dispensas. Los actos administrativos desfavorables son aquellos que limitan la esfera jurídica de los particulares, como las sanciones administrativas y las expropiaciones.

Para la revocación de los actos administrativos, el COA distingue entre actos favorables y actos desfavorables; y será la máxima autoridad administrativa de la esfera

¹³⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts. 11,12.

¹³⁷ Ferrada, *Las potestades y privilegios de la administración pública*, 79.

¹³⁸ Hernán Jaramillo Ordóñez, *Manual de derecho administrativo*, (Loja: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, 1999), 114.

¹³⁹ Allan Brewer Carías, “Comentarios sobre la revocación de los actos administrativos”, *Revista de Derecho Público*, No. 4, (1980), 27.

que se trate la competente para revocar, en cualquier momento, un acto administrativo desfavorable.¹⁴⁰

Igualmente, los actos administrativos nulos nunca podrán ser convalidables y las administraciones públicas podrán declarar su nulidad de oficio o a instancia de parte. Son actos administrativos nulos aquellos que contradicen la Constitución, las leyes, las competencias y atribuciones del órgano que los emitió, fueron emitidos fuera del término establecido para ello, o se funda en un hecho ilegítimo declarado judicialmente.¹⁴¹

En la materia motivo de esta investigación, esta potestad se evidencia en las disposiciones de los artículos 102 al 105 de la LOSNCP¹⁴² en los que se define el procedimiento de reclamaciones y solución de controversias que será resuelto por la entidad contratante y contará con la mediación y el arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos.

Estas disposiciones autorizan a la persona afectada por la actuación de la entidad contratante, para presentar una reclamación ante el SERCOP, quien notificará a la máxima autoridad de la entidad, cuando advierta que existen indicios de quebrantamientos a la ley, reglamento u otra normativa aplicable a la materia. La entidad contratante suspenderá el proceso de que se trate, por el lapso de tiempo que corresponda y, una vez analizadas las pruebas y los argumentos presentados por el reclamante, podrá rectificar los errores cometidos, revocando los actos que los contienen.

Potestad sancionadora

Finalmente, la potestad de sancionar se otorga a determinados órganos de la Administración, para castigar a los infractores de las obligaciones o prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico.¹⁴³ Es una expresión del principio de intervención mínima, o derecho de última fila del Derecho Penal. No es posible criminalizar las infracciones de todas y cada una de las normas jurídicas establecidas en el ordenamiento, por ello se otorga a la administración la función de cumplir con la prevención general de pretender disuadir a los individuos de la comisión de un conjunto

¹⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, arts. 118 y 119

¹⁴¹ *Ibíd.*, arts. 104-106 y 132

¹⁴² Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts.102-105.

¹⁴³ Ferrada, *Las potestades y privilegios de la administración pública*, 80.

de infracciones y de la prevención especial de evitar que tales infractores, reincidan en las violaciones de normas sectoriales sustantivas.¹⁴⁴

En relación con lo anterior, la LOSNCP prevé en el artículo 107 las sanciones a imponer a los proveedores que infrinjan las normas establecidas en la Ley, que serán dispuestas por el SERCOP, en virtud del mandato otorgado en el artículo 108 de la propia Ley.¹⁴⁵

Otras sanciones autorizadas por la LOSNCP, consisten en la potestad de las entidades contratantes de suspender, por cinco años del RUP, a aquellos consultores, cuyos estudios sean la causa de perjuicios técnicos o económicos. Si el consultor laborare en la misma institución podrá ser destituido de sus funciones, sin derecho a indemnización.¹⁴⁶ Así también, en caso de que la infracción de un servidor público, consista en la demora o retención injustificada de pagos durante la ejecución del contrato, sufrirá la destitución y se le impondrá una multa no menor a diez salarios básicos, que podrá ascender al 10% del valor retenido.¹⁴⁷ Estas sanciones serán impuestas por la entidad contratante, nunca por el contratista.

Esta autora se afilia a la teoría y doctrina antes expuestas, que consideran estas potestades como exorbitantes, en tanto exceden las facultades y atribuciones del resto de los actores de la sociedad. Otorgan innegables privilegios a uno de los participantes en la relación jurídica, permitiendo al otro únicamente la opción de aceptar en bloque el conjunto de derechos y obligaciones dispuestos por el primero; sin poder negociarlos o variarlos en lo más mínimo. Ello excluye la posibilidad de igualdad entre las partes. Ninguna de las facultades antes expuestas es reconocida al contratista, todas son disfrutadas por la entidad contratante.

En tal virtud, queda claro que las potestades exorbitantes obedecen a la supremacía estatal y constituyen elementos imprescindibles para que la administración pública pueda desempeñar sus funciones. Conforman una parte del poder formal y relacional del Estado; se caracterizan por someterse, estrictamente al imperio de la Ley y estar al servicio de los intereses generales. Su intensidad varía, al igual que su contenido y, suponen la capacidad de la Administración de imponer políticas y

¹⁴⁴Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”, (Curso Instituciones básicas del Derecho Administrativo Lección 7, Universidad Carlos III de Madrid, diciembre de 2017): 11-12, en [Leccion7.pdf \(uc3m.es\)](http://uc3m.es).

¹⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts.107 y 108

¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 100

¹⁴⁷ *Ibíd.*, art. 101

lineamientos, mediante los mecanismos jurídicos previstos para ello, siempre con el objetivo de salvaguardar el interés general.

En el siguiente capítulo abordaré las potestades exorbitantes que puede ejercer la administración pública exclusivamente en la etapa contractual, y que pueden expresarse en el contrato a través de las cláusulas exorbitantes.

4.1 La discrecionalidad y sus límites

Las atribuciones y potestades de las que goza la administración pública las otorga la ley, la misma que luego de habilitar a la administración para determinadas acciones debe definir los límites de su actuación. En consecuencia, el poder de la administración parte del principio de legalidad. Sin embargo, no siempre es posible otorgar potestades con alcances o contenidos rígidos, específicamente determinados, de ahí que existen potestades que revisten un carácter abstracto, cuyo margen de actuación constituye el poder discrecional de la administración.¹⁴⁸

Acerca de las potestades la doctrina reconoce dos tipos: aquellas que son de mera aplicación o de aplicación automática, no sujetas a interpretación alguna del servidor público, como por ejemplo el cálculo del tributo o la jubilación por razones de edad; y las potestades discrecionales, que son aquellas por las cuales la norma jurídica concede al funcionario un margen de apreciación para tomar la decisión de que se trate; por ejemplo, el nombramiento o remoción de una persona para un cargo.¹⁴⁹

Es importante resaltar que con independencia de que la potestad incluya facultades discrecionales o no, siempre contarán con cuatro elementos fundamentales: la previsión de la potestad en el ordenamiento jurídico; la identificación de su alcance (en ningún caso podrá ser absoluta); la definición de la autoridad competente para actuar y la precisión del fin que se persigue.¹⁵⁰

Explica Villacreses,¹⁵¹ en este sentido, que el carácter primordial del principio de legalidad como sustento de la actuación de toda autoridad pública, ha dado paso al principio de juridicidad, en virtud del cual las autoridades han de fundar sus decisiones en el ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual incluye normas superiores,

¹⁴⁸ Villacreses, “El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008”, 27.

¹⁴⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Cizur Menor: Civitas, 2011), 444.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 46.

¹⁵¹ Villacreses, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, 15.

inferiores, supranacionales y, en especial, el respeto y el ajuste de sus decisiones a los principios y valores, incluso aquellos que no se encuentran dispuestos en Ley pero que han sido reconocidos por la jurisprudencia del país.

Por otra parte, está la teoría de la discrecionalidad en el ámbito contractual que se deriva del principio de autonomía de la voluntad. Este principio invoca el derecho a la libertad de decidir las cláusulas contractuales y, en consecuencia, los derechos y obligaciones que se pacten en el negocio jurídico. En el caso de la administración pública, la facultad discrecional está limitada por disposiciones legales que rigen su actuación, sin negar la posibilidad de gozar de cierta libertad, dentro de los límites establecidos en la Ley.¹⁵² Un claro ejemplo, es la facultad de la entidad contratante de decidir la terminación unilateral del contrato cuando las multas hubieren superado el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato,¹⁵³ es decir, existe la facultad concedida por la ley a la entidad contratante, sin embargo, el administrador del contrato bien puede no considerar necesario solicitar la terminación del contrato, en consideración a que su ejecución está a punto de cumplir el 100%, por ejemplo, y, terminarlo acarrearía más perjuicios que beneficios.

Corresponde subrayar que los excesos en el ejercicio de las potestades discrecionales son reconocidos como arbitrariedades o desvío de poder. Afirma Villacreses¹⁵⁴ que los últimos constituyen la falta de consistencia entre los intereses sociales, generales y públicos que supuestamente debía perseguir la administración y los que, efectivamente, persigue. Son actos contrarios a la legalidad, a la justicia y la razón, fundados en el antojadizo deseo del funcionario o servidor público. Mediante ellos pretenden alcanzar fines diversos a los dispuestos en la ley para la institución u organismo público de que se trate y pueden referirse a intereses personales, a disputas políticas u otras ventajas individuales.

Para la jurisprudencia española apreciar el desvío de poder, es decir, el exceso en la facultad de discrecionalidad asignada al funcionario, requiere de tres características: i) revestir el acto cuestionado de una aparente legalidad, en el sentido de simular un interés público amparado en la legislación cuando en realidad se pretende un objetivo diferente; ii) presumirse que la administración está obrando en el marco de las atribuciones asignadas y iii) avalar la existencia de hechos o condiciones que permitan

¹⁵² Oelekers Camus, “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 7 (1983): 143.

¹⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 94.3.

¹⁵⁴ Villacreses, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, 69.

concluir que la administración, lejos de actuar conforme a derecho, manipuló la situación de manera que pareciera que ello ocurría, cuando en realidad, sólo pretendía satisfacer sus intereses personales.¹⁵⁵

Por su lado, Quadra-Salcedo considera que la desviación del poder puede darse incluso cuando se persigue un fin público, pero resulta diferente al previsto por la disposición jurídica para el asunto en discusión. Afirma que esta situación no sólo se manifiesta en potestades discrecionales, también es posible su ocurrencia en aquellas regladas.¹⁵⁶

En el ámbito de la contratación pública ecuatoriana, el considerando segundo de la LOSNCP señala que la discrecionalidad de las entidades contratantes ha traído como consecuencia para el país el desperdicio de recursos públicos. Por tal razón, en una primera instancia se instauró como una de las prioridades del Estado impedir la contratación pública; sin embargo, haciendo uso personal del aforismo *todo extremo es malo*, considero valioso que en la última reforma incorporada a través de la Ley reformativa al COIP en materia anticorrupción, se haya incorporado dentro del artículo 6, apartado 9.2,¹⁵⁷ el concepto de discrecionalidad en los siguientes términos:

9.2. Discrecionalidad en contratación pública: Cuando la normativa de contratación pública permita actuaciones administrativas discrecionales, las mismas serán ejecutadas con racionalidad y objetividad en relación con los hechos y medios técnicos, buscando cumplir siempre con el fin que la norma persigue; evitando así convertirse en una actuación arbitraria o de desviación de poder, en cuyo caso será observado y sancionado por los organismos de control. Por tal deberán ser estrictamente motivadas fundándose en situaciones fácticas probadas, valoradas a través de análisis e informes necesarios.

A criterio de esta autora, el uso de la discrecionalidad está presente en casi todo el ejercicio de la función pública, la normativa cada vez más estricta encaminada a evitar errores lo que ha provocado es transformar a esta función en una camisa de fuerza en la que es muy difícil actuar basados únicamente en lo que *está escrito*, haciéndose necesario hacer uso de la discrecionalidad para adoptar decisiones en determinados momentos, basadas en la ley por supuesto, pero no necesariamente expresadas taxativamente en ella. De ahí que la formación ética de los servidores públicos, más que la cantidad de leyes, es fundamental para evitar abusos.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 73,74.

¹⁵⁶ Quadra-Salcedo, “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”, 9.

¹⁵⁷ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*, Disposición Reformatoria Primera, Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021.

En esta materia, la discrecionalidad se subordina, en el marco contractual administrativo ecuatoriano, a los procedimientos, formularios, manuales, requerimientos y exigencias establecidos en Ley y que deben cumplir tanto la entidad contratante, en representación de la administración pública, como el contratista.

Los límites en el ejercicio de la potestad discrecional de la administración se rigen por las normas y principios de control del ejercicio del poder, encaminadas a garantizar que las acciones de los servidores públicos y el empleo de los recursos económico-estatales se realicen en el marco de las atribuciones y facultades otorgadas.

Este control se efectúa en tres momentos diferentes: *ex – ante*, concurrente y *ex-post*. El primero, es decir, el término *ex ante* es una alocución latina que se emplea, al igual que la frase *antes del suceso*, para identificar las medidas, políticas, procedimientos o normas que se establecen con el objetivo de lograr un adecuado funcionamiento de los organismos estatales y un correcto ejercicio de las atribuciones encomendadas.¹⁵⁸ El objetivo de estas medidas consiste en evitar resultados no deseados, limitando las actuaciones de la administración estrictamente a las actividades necesarias para la consecución de los fines previstos.

Este control previo evita los inconvenientes del despliegue de todas las acciones posteriores que resultarían necesarias para rectificar las actuaciones indebidas y resultados contraproducentes, constituyendo requisito indispensable para que este control resulte efectivo, contar con toda la información necesaria y actualizada de la actividad a controlar, de manera tal que el control coadyuve a su éxito y no constituya un obstáculo.

El mencionado autor expone que el control concurrente es aquel que se ejecuta en la medida en que la institución u organismo estatal desempeña la actividad que se pretende controlar. Abarca la vigilancia encaminada a garantizar que las acciones se realicen según los requisitos de tiempo, recursos y demás condiciones estipuladas.¹⁵⁹

El control *ex – post* también conocido como de retroalimentación, consiste en el examen de los resultados a fin de identificar los errores y prever sus futuras rectificaciones. Este control no se realiza, necesariamente, al final de toda la actividad;

¹⁵⁸ Christian Iglesias Ramírez, “El control social en la contratación pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 36.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 37.

se puede ejercer al finalizar alguna de las etapas que la componen y así, rectificar el curso que podría haberse desviado garantizando el resultado final.¹⁶⁰

Uno de los límites más importantes en el ejercicio de las facultades de la potestad discrecional de la administración pública es la interdicción. La interdicción de la arbitrariedad fue expuesta en 1928 por el profesional del derecho alemán Leibholz,¹⁶¹ en la intención de lograr el respeto al principio de igualdad ante la ley, mediante la prohibición de cualquier variante de arbitrariedad entendida como una diferencia injusta impuesta sin fundamento alguno.

La doctrina española, posteriormente, retomó el principio de interdicción con un alcance mayor, es decir, como un mecanismo de control y fiscalización de los poderes del Estado mediante el que se pretende impedir que el ejercicio de las facultades concedidas se convierta en arbitrariedad.¹⁶² La interdicción de la arbitrariedad constituye, por tanto, la limitación establecida a la Administración pública de proceder de manera voluntariosa con base a otras razones que no sean las dispuestas en el ordenamiento jurídico o carente de la fundamentación exigida por las normas jurídicas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 9, ordinales 3 y 10 establece como objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública “garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública” y “garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público,¹⁶³ para ello, la Ley establece los requisitos, formalidades, procedimientos y metodologías que deben cumplirse de manera indefectible so pena de nulidad de las actuaciones.

El Reglamento a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por su parte, regula pormenorizadamente desde la planificación anual de las contrataciones de obras, bienes y servicios incluidas las consultorías, hasta la manera en que serán ejecutadas y las condiciones para ello. En su artículo 25 establece la obligación de todas las instituciones del Estado y de aquellas que gestionen recursos estatales de publicar, antes del día 15 de enero de cada año, el Plan Anual de

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ Villacreses, “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, 12.

¹⁶² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Cizur Menor: Civitas, 2011), 485.

¹⁶³ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 9.3 y 9.10.

Contrataciones a fin de informar todas las contrataciones que se pretenden concretar en el año fiscal.¹⁶⁴

Finalmente, y quizá la herramienta de comunicación más importante en cuanto a contratación pública, el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec informa el estado de cumplimiento del Plan entregado ofreciendo datos sobre los procesos en negociación y los contratos formalizados.

La pormenorizada regulación del procedimiento y requisitos para la ejecución de los procesos de contratación de obras, bienes y servicios incluidos las consultorías, en el ámbito público ecuatoriano, no ha sido suficiente para evitar la corrupción que propicia la arbitrariedad en el ejercicio de las funciones del servidor público. Pazmiño¹⁶⁵ advierte sobre ello y señala que la capacidad de las empresas públicas de reglamentar sus procedimientos de contratación por giro específico de negocio se puede prestar para el uso excesivo de la discrecionalidad por parte de los directivos de tales empresas, en tanto son esos mismos cuerpos colegiados o los representantes legales los que aprueban dicha normativa; y, siendo que el SERCOP apenas realiza una verificación de los productos o servicios que se pueden contratar en ese marco, no es suficiente para controlar el establecimiento de requisitos o la creación del procedimiento para la selección de los oferentes, con lo cual queda a discreción de los mismos directivos su determinación.

Esta situación se hace más evidente, señala el mismo autor, en “las industrias como la hidrocarburífera, la minera y otras, cuyo mercado de proveedores puede resultar limitado, contexto en el cual, se han celebrado contratos sin un concurso o proceso de selección de oferentes, pues en muchos casos son contrataciones tan específicas que la experiencia para esos servicios está en la minoría de proveedores, vinculadas a los grupos que administran las mismas empresas públicas”,¹⁶⁶ planteando como una de las soluciones, fortalecer los mecanismos de control establecidos en la ley como, por ejemplo, el control de legalidad que debe efectuar el Procurador General del Estado, así como la CGE y el SERCOP,¹⁶⁷ aspectos que ya abordamos al analizar el Subsistema Nacional de Control.

¹⁶⁴Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*, art.25.

¹⁶⁵César Augusto Pazmiño Gaibor, “Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio”. (tesis de maestría Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 85.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid., 86.

Otro de los mecanismos para mantener en sus límites las facultades discrecionales de la Administración, es el control ciudadano. Este control permite al ciudadano verificar y exigir el cumplimiento de las garantías de transparencia y publicidad en la tramitación y ejecución de los procesos de contratación, procurando impedir los actos de corrupción derivados del exceso en los poderes discrecionales. El ejercicio de este control constituye un derecho ciudadano, que permite al individuo fiscalizar la actuación de las autoridades y coadyuvar en la consecución de los intereses colectivos.¹⁶⁸

Por su lado, el artículo 9 de la LOSNCP,¹⁶⁹ en sus numerales 7 y 10 establece como objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, promover la participación social en los procesos de contratación, mediante la veeduría ciudadana, garantizando así la transparencia del gasto público y la efectividad de los mecanismos de control.

Corresponde agregar que estas veedurías ciudadanas se implementan a partir de un convenio marco formalizado entre el SERCOP y los gremios, colegios profesionales u organizaciones civiles interesadas que designarán a un representante para efectuar los intercambios necesarios con dicha entidad. La información de los procesos de contratación puede obtenerse del Sistema Oficial de Contratación del Estado, SOCE, en el portal institucional ya mencionado www.compraspublicas.gob.ec, en el cual podrán verificarse los pormenores de todos y cada uno de los procesos de contratación pública. En el supuesto de identificarse irregularidades se podrán formalizar las correspondientes denuncias ante los organismos de la Función de Transparencia y Control Social.¹⁷⁰

Efectuando una síntesis de los temas expuestos en esta sección, resulta posible afirmar que la contratación pública pertenece al derecho público, en particular al derecho administrativo. Por su intermedio, la administración pública se provee de obras, bienes y servicios a través de procedimientos que propenden a la concurrencia y transparencia. Es una materia dinámica en la que interviene una amplia gama de sujetos, desde el Estado como actor principal por su obligación y responsabilidad de velar por el interés general, los proveedores, entes de control, y ente rector, hasta llegar al fin último y más importante, el ciudadano.

¹⁶⁸Iglesias, “El control social en la contratación pública”, 53, 65.

¹⁶⁹Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts. 9.7, 9.10.

¹⁷⁰Iglesias, “El control social en la contratación pública”, 64.

La garantía y protección del interés general constituye la función primordial del Estado. Este interés general está conformado por los derechos que permiten el bienestar de los ciudadanos, traducidos en el acceso a salud, educación, trabajo, entre otros, por tanto, no se encuentran reñidos con los intereses particulares, pues la administración pública traza estrategias y medidas encaminadas a armonizarlos, y dispone instituciones jurídicas que así lo garanticen.

Es esa obligación primordial la que justifica la existencia de las potestades de la administración que constituyen prerrogativas exclusivas y compulsivas del poder público, encaminadas a garantizar la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, que se materializan mediante las atribuciones de la administración pública, entre otras, de dictar reglamentos, ejecutar y revisar los actos administrativos, así como de sancionar las infracciones a las normativas dispuestas; y que se instituyen en instrumentos indispensables para conseguir sus fines, siendo su mayor limitación la ley que impone el ámbito de su accionar. Sin embargo, la gran cantidad de funciones a cargo de la administración, determina la necesidad de contar con un margen de actuación al que la misma ley ha estatuido como poder discrecional siendo éste el que permite al servidor público contar con cierta libertad para adoptar decisiones en determinado momento, pero que siempre deben estar enmarcadas en la ley y con la debida motivación.

De forma general debo decir que el fundamento de la existencia de los límites al poder discrecional de la administración consiste en la necesidad de impedir los abusos en el ejercicio del poder, evitando o poniendo fin a la arbitrariedad y garantizando el principio de legalidad, como medida de protección de los derechos de los administrados.

Capítulo segundo

Las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo

Luego de haber estudiado varias cuestiones doctrinales acerca de la contratación pública y de las potestades de la Administración Pública, corresponde detenerse en la revisión del contrato administrativo, sus formalidades, partes intervinientes: entidad contratante y contratista; y, finalmente, las potestades exorbitantes relativas a la contratación administrativa, traducidas en las llamadas cláusulas exorbitantes.

1. El contrato administrativo

Para Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, la Administración actúa mediante el ejercicio de sus potestades con el fin de satisfacer el interés general.¹⁷¹ Dicha cuestión rige su actuación en el ámbito contractual, teniendo en cuenta que el contrato administrativo es un instrumento fundamental para lograr dicho objetivo.

La definición del contrato de naturaleza administrativa ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Enrique Sayagués¹⁷² cuestiona que la relación con la administración pública pueda considerarse como contrato propiamente dicho, en tanto ella actúa a través de actos unilaterales y solo exige la adhesión o consentimiento del administrado; además de ello, los actos administrativos gozan de unilateralidad. Sin embargo, admite que los contratos de suministros, arriendo o de ejecución de obras con la Administración, revisten características del negocio jurídico correspondiente al derecho privado.

De igual manera señala que, en el ámbito administrativo, se pueden expedir tanto actos de tipo unilateral como suscribir contratos administrativos que pueden incluso responder a las normativas del derecho privado.¹⁷³

El contrato, cuando una de sus partes es la Administración Pública, va a tener siempre un carácter administrativo, porque esta institución jurídica goza de una personalidad única que responde al derecho público.¹⁷⁴ Para ratificar lo expuesto es

¹⁷¹Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Madrid: Thomson-Civitas, 2008).

¹⁷² Enrique Sayagués, *Tratado de Derecho administrativo*, (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria y Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002).

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001).

importante mencionar que para Marienhoff,¹⁷⁵ dicha figura es un acuerdo de voluntades, que produce obligaciones y que tiene lugar entre un órgano estatal que ejerce funciones administrativas, ya sea con otro órgano administrativo o con un administrado, cuya finalidad última sea satisfacer el bien común.

Por su parte, Roberto Cassagne¹⁷⁶ analiza de manera más amplia el contrato administrativo, aunque coincidente con los autores antes citados. Lo concibe como una vía para satisfacer el interés público y materializarlo, tanto de manera directa como inmediata. Considera que esta figura va más allá de la voluntad que lo origina, pues parte de que el contrato es una conmutación de carácter voluntaria, un intercambio de prestaciones que conduce al equilibrio teniendo en cuenta que las partes persiguen el bien general, al existir un interés público que se tutela mediante él.

El autor considera que la relación contractual se formaliza con el objetivo de ejecutar una función administrativa, que tributa a un interés público. Este interés público, común, está por encima de los intereses propios de las partes, que establecieron un vínculo de colaboración para ejecutarlos.

Como se observa de forma general, la peculiaridad que distingue al contrato administrativo es la existencia del interés público como cuestión esencial del vínculo contractual administrativo, y como explica Cassagne se sustenta en una tesis finalista porque dicho interés está presente durante toda su ejecución; además que impacta en la interpretación de las cláusulas contractuales y en cualquier modificación que resulte necesaria realizar. Por ello, afirma que se conforma una zona común en materia de contratación estatal, la cual asegura el principio de igualdad a las personas y a las entidades en los procedimientos que permiten acceder a cualquier beneficio que nace de la contratación con el Estado.

En la legislación ecuatoriana, el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, COA, establece que contrato administrativo es “el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos*, Tomo III-A, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 32-3.

¹⁷⁶ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, 3ra. ed., (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 21-2.

¹⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 31 de 07 de julio de 2017, art. 125.

En concordancia, la LOSNCP en su artículo 60 expresamente determina: “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.¹⁷⁸

De estas disposiciones legales se infiere que nuestra legislación concuerda con la corriente doctrinal que sostiene que el contrato adquiere el carácter de administrativo cuando una de sus partes es la administración pública.

1.1 Formalidades

Ismael Farrando¹⁷⁹ afirma que la principal característica del contrato administrativo es su formalidad, es decir, el cumplimiento de un conjunto de requisitos, cuya omisión trae como consecuencia la invalidez de lo pactado, donde la subsanación resulte para la mayoría de los casos, imposible.

Por su lado, Marienhoff¹⁸⁰ sostiene que para su formación el contrato requiere de dos aspectos fundamentales: que quede expresada y exteriorizada la voluntad de las partes, lo cual se manifiesta en las cláusulas del contrato; y, por otro lado, que se perfeccione. Sin embargo, en el contexto de la contratación pública, al estar presente el interés general por parte del Estado, este opera de forma diferente y, por consiguiente, exige que el contratista acepte ciertas cláusulas prefijadas; es decir, que se adhiera a ellas y, por lo tanto, debe aceptarlas expresamente.

En ese sentido, en el contrato producto de un procedimiento de contratación pública no existe en sí un acuerdo directo de voluntades entre las partes, puesto que el contratista no está en la capacidad de objetar las llamadas cláusulas exorbitantes, sino adherirse a ellas y suscribirlo observando los señalamientos que para el efecto determina la normativa expresa en la materia.

En esa línea, la LOSNCP establece que los procedimientos dispuestos en esa norma son los que habrán de seguirse para la compra o arrendamiento de bienes, la prestación de servicios, incluidos los de consultoría y la ejecución de obras, cuando una de las partes sean las entidades públicas y privadas con recursos públicos, detalladas en el artículo 1 de dicha ley. El incumplimiento o inobservancia del procedimiento o

¹⁷⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 60.

¹⁷⁹ Ismael Farrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002), 428.

¹⁸⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos*, Tomo III-A, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

solemnidades, traerá como consecuencia la nulidad del contrato con la correspondiente responsabilidad civil, administrativa o penal para los servidores públicos que hubieren intervenido en el mismo.¹⁸¹

Las formalidades identificadas en el procedimiento dispuesto por la LOSNCP y su Reglamento se describen a continuación:

- Inscripción del contratista en el Registro Único de Proveedores que constituye la base de datos de las personas jurídicas y naturales, extranjeras y nacionales, autorizadas a formalizar contratos administrativos.¹⁸² La inscripción opera como un acto habilitante para la participación en los procesos; excepto en las contrataciones de menor cuantía, que no será necesaria para ofertar, pero sí para suscribir el contrato, tal como lo dispone el artículo 18 de la mencionada Ley.
- El uso de los modelos y formatos de documentos establecidos por el SERCOP, en todas las fases del procedimiento contractual, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 27 de la LOSNCP y 28 de su Reglamento General.¹⁸³
- Presentación de la escritura pública de creación de la asociación o consorcio, que pretenda formalizar el contrato administrativo, en la que deberá constar la designación de un apoderado.¹⁸⁴
- Existencia de la competencia para la contratación del órgano interesado; la capacidad del contratista; la disponibilidad del presupuesto y el capital suficiente para honrar las obligaciones asumidas y la celebración del contrato en estricto cumplimiento de las disposiciones de la Ley y el Reglamento. La redacción del contrato se considera incluida en esta exigencia, amparando específicamente las disposiciones respecto a la obligatoriedad de circunscribir en el texto del instrumento jurídico, las funciones de los administradores de contrato y sus supervisores, así como las cláusulas de multas y plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.¹⁸⁵

¹⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 65.

¹⁸² *Ibid.*, arts. 6.28, 6.29 y 18.

¹⁸³ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art.

28.

¹⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 67.

¹⁸⁵ *Ibid.*, arts. 68, 70-1.

- La protocolización notarial de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación, la cual deberá efectuarse a cargo del contratista, en un plazo no mayor de 15 días, contado a partir de la fecha en que se hubiere notificado la adjudicación.¹⁸⁶ Se protocolizarán, además, otros documentos como son: la identificación de las partes y sus representantes, las copias certificadas de las garantías rendidas, las certificaciones presupuestarias, la certificación de la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes, entre otras que resulten de interés para el contrato o la institución.¹⁸⁷
- La rendición de garantías, previo a la formalización del contrato.¹⁸⁸ Estas garantías pueden ser otorgadas por o mediante bancos e instituciones financieras del país; la fianza dispuesta en una póliza de seguro; certificados de depósitos a plazo endosados a favor de la entidad contratante, entre otros. Se constituyen en garantías de fiel cumplimiento, garantías por buen uso de anticipo o garantías técnicas.¹⁸⁹
- En los casos en que establezca la ley, los contratos se instrumentarán por escritura pública. Al respecto, el artículo 69 de la LOSNCP, dispone la obligatoriedad de suscribir un documento para formalizar el contrato, entendiéndose como documento escrito, aquel elaborado por medios físicos o electrónicos, de conformidad con el artículo 6.26 de la LOSNCP.¹⁹⁰

1.2 Breve referencia a las etapas del procedimiento contractual

La existencia de un procedimiento legal para la preparación, negociación y ejecución de los contratos administrativos constituye, a criterio de Rodríguez de Santiago¹⁹¹ una vía mediante la cual el Estado moderno permite a los ciudadanos participar en las actividades inherentes al Estado prestacional, no interventor, garantizando así la efectividad de los derechos relacionados con las referidas prestaciones.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 69.

¹⁸⁷ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 112.

¹⁸⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 67.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, arts. 73,74,75,76.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, arts. 6.26. Por Escrito: Se entiende un documento elaborado en medios físicos o electrónicos.

¹⁹¹ José María Rodríguez de Santiago, *La administración del Estado social*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007), 132.

Para Miriam Ivanega¹⁹² de otro lado, constituye una limitación a la libertad de decisión de la Administración Pública y una manifestación de ética y transparencia en su ejercicio; sin embargo, para Fiorini¹⁹³ representa una limitación a la discrecionalidad del Estado que garantiza la legalidad, moralidad y la conveniencia de la selección realizada.

De Mello¹⁹⁴ coincide con los criterios antes comentados afirmando que los particulares gozan de la libertad para arrendar comprar, vender y contratar la prestación de servicios o ejecución de obras; mientras que el poder público requiere para materializar tales acciones, establecer y respetar un procedimiento legal rigurosamente concebido.

El procedimiento de contratación establecido en la LOSNCP consta de tres etapas: preparatoria, precontractual y contractual.

a) Fase preparatoria: esta fase en todo proceso de contratación comienza con la elaboración del Plan Anual de Contratación de la entidad contratante, cuyas particularidades ya se abordaron en el primer capítulo de esta investigación. Comprende, además, los estudios de mercado, especificaciones técnicas y términos de referencia, así como la definición del presupuesto referencial sin descuidar los estudios propios que determinen las particularidades del bien, servicio u obra a contratar; elaboración y aprobación de pliegos, conformación de comisión técnica, y todas aquellas actividades necesarias hasta antes de la publicación del proceso en el portal institucional del SERCOP.¹⁹⁵

Como ya se había señalado anteriormente, la Disposición Reformatoria Décima de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392, de 17 de febrero de 2021, incorporó en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado el artículo 18.1, el cual dispone al organismo de control emitir un informe de pertinencia, como requisito previo a la suscripción de los procesos de contratación pública determinados en la ley de la materia.

Es así que el 12 de agosto de 2021, mediante Decreto Ejecutivo No. 155 se reformó el Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado,

¹⁹² Miriam Ivanega, "El procedimiento de la licitación pública", *Derecho PUCP* 66 (2011), 231-259.

¹⁹³ Bartolomé Fiorini, *Derecho Administrativo*, t. I, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976).

¹⁹⁴ Celso Bandeira de Mello, *Curso de Derecho administrativo*, (México DF: Porrúa, 2006), 459.

¹⁹⁵ Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, art. 2.28.

adecuándolo a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y, por consiguiente, la obtención del informe de pertinencia se incluye también dentro de la fase preparatoria.¹⁹⁶

b) Fase precontractual: Comprende todos los procesos desde la publicación de la convocatoria en el portal institucional del SERCOP, hasta la publicación de la resolución que adjudica el contrato o declara desierto el procedimiento de contratación. En esta etapa se incluye la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, estas últimas mediante las cuales se pueden modificar los pliegos de oficio por parte de la entidad contratante o motivadas por las preguntas efectuadas por los proveedores; puede, incluso, cancelarse el procedimiento. Se reciben las ofertas, se convalidan errores en caso de existirlos, se evalúan, verifican y califican.¹⁹⁷

Se adjudicará el contrato al proveedor cuya oferta cumpla con todas las exigencias técnicas, financieras y legales requeridas por la entidad contratante; mientras que se declarará desierto, entre otras circunstancias, cuando no se reciba oferta alguna, las recibidas resulten inconvenientes o inhabilitadas por contravenir los intereses de la institución o si se detecta falsedad o inexactitud en la información aportada por el proveedor que resultó ganador.¹⁹⁸

c) Fase contractual: Comprende la totalidad de los eventos ocurridos en virtud del instrumento jurídico formalizado hasta la extinción de las obligaciones pactadas. Incluye el registro del contrato en el portal institucional y la administración del contrato, conteniendo los contratos complementarios y las órdenes de trabajo o de cambio, si las hubiere.¹⁹⁹

2. Partes

En el contrato administrativo una de las partes ha de ser siempre la Administración Pública en el ejercicio de las funciones de esta naturaleza; la otra parte

¹⁹⁶ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 27.1- Informe de Pertinencia. - Previo al inicio de un procedimiento de contratación pública, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado deberá solicitar a la Contraloría General del Estado un Informe de Pertinencia para dicha contratación [...].

¹⁹⁷ Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, art. 2.29.

¹⁹⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 33.

¹⁹⁹ Ecuador, *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*, art. 2.30.

podrá ser uno o varios particulares o incluso, otro órgano del poder público en el ejercicio de una función administrativa.²⁰⁰

La desigualdad entre las partes del contrato administrativo constituye una de sus características esenciales. Ello fundamenta el criterio de Bercaitz²⁰¹ respecto a la inexistencia de contrato entre entidades administrativas. Afirma el autor que existe un convenio de colaboración o un acto colectivo. Sin embargo, Fernández²⁰² discrepa de tal aseveración, al considerar que el co-contratante puede ser también otro órgano del poder público en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas o jurisdiccionales; denomina a estos contratos *interadministrativos* y asevera que la competencia no es un elemento del contrato, sino una característica del órgano público que interviene.

Ambas partes sufren la restricción de las libertades que caracterizan el contrato civil: la administración pública no puede adjudicar arbitrariamente el contrato al proveedor de su preferencia; tiene que respetar el procedimiento de contratación establecido, así como la estructura y el contenido previsto en la normativa para el instrumento legal de que se trate. La otra parte, el co-contratante tampoco podrá intervenir en la redacción del clausulado contractual ni ceder el contrato suscrito o subcontratar libremente, en tanto ello constituiría una manera de burlar el procedimiento establecido en Ley para la selección del contratista.²⁰³

De ahí que es evidente que las partes que intervienen en el contrato administrativo son: entidad contratante y contratista, cuyas particularidades analizaré a continuación.

2.1 Entidad contratante

Las partes en el contrato administrativo, generalmente se denominan: contratante y contratista o co-contratante. El primero, comprende el Estado, es decir, la administración pública, representada por las instituciones públicas, en el ejercicio de sus potestades administrativas.

²⁰⁰ Héctor Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Tercera edición, (Buenos Aires: Depalma, 2004).

²⁰¹ Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría de los contratos administrativos*, (Buenos Aires: Depalma, 1980).

²⁰² Jorge Fernández Ruíz, *Derecho administrativo. Contratos*, (México: Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), 176.

²⁰³ *Ibíd.*

La legislación ecuatoriana, en la LOSNCP, denomina a las partes: Entidad Contratante y Contratista.²⁰⁴

La Entidad Contratante puede ser cualquier persona jurídica estatal, cuya función consista en la prestación de un servicio público, así como las dependencias, organismos, instituciones públicas dispuestas por la Carta Magna o las leyes para ejercer cualquier potestad estatal, prestar servicios públicos o participar en la actividad económica del país.

El sector privado, también, puede asumir el rol de entidad contratante, siempre que se refiera a corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles constituidas, mayoritariamente, organismos o entidades estatales que posean o administren bienes, títulos, acciones u otras propiedades estatales, en un 50% igual o mayor que su capital y que sus recursos estén conformados en un 50% o más de participación estatal.²⁰⁵

2.2 Contratista

Contratista es la persona jurídica o natural que suscribe el contrato, también denominado co-contratante. Debe contar con la capacidad legal para comparecer, es decir, tener la aptitud para asumir derechos y obligaciones y, eventualmente, puede estar obligado a cumplir determinados requisitos, como estar inscrito en un registro determinado,²⁰⁶ e indudablemente debe haber cumplido con el procedimiento que luego de ser oferente y adjudicatario lo convierta en contratista.

Para Pedro Lamprea Rodríguez el contratista se convierte en “colaborador de la entidad contratante”²⁰⁷ en tanto comparte el propósito de la administración de satisfacer un interés general mediante la prestación de un servicio o la ejecución de una obra de carácter social.

De su parte, la LOSNCP reconoce como contratista a “la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios incluidos los de

²⁰⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art 6, números 6 y 12.

²⁰⁵ *Ibíd.*, art. 1, números 7 y 8.

²⁰⁶ Héctor Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo. Tercera edición*, (Buenos Aires: Depalma, 2004).

²⁰⁷ Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos Estatales*, (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 189.

consultoría”.²⁰⁸ Igualmente, la normativa ecuatoriana reconoce el término de consultor, para aquellas personas (jurídicas o naturales; extranjeras o nacionales) autorizadas a brindar servicios de consultoría, advirtiendo que podrán ser denominadas, también, como contratistas.

Un requisito indirecto para adquirir la condición de contratista, según nuestra legislación, es la inscripción en el RUP, conforme lo analizamos en el capítulo anterior, lo cual convierte a la persona jurídica o natural, extranjera o nacional en proveedor y lo habilita para participar en todos los procedimientos establecidos para la contratación pública.²⁰⁹

3. Cláusulas exorbitantes

En criterio de Escola²¹⁰ las cláusulas exorbitantes constituyen una condición suficiente para que un contrato pueda ser catalogado como contrato administrativo. Afirma el autor, que las mencionadas cláusulas serían inaceptables en el marco del derecho privado, por lo que evidencian un régimen específico de derecho público.

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que condicionan una relación desigual entre las partes, otorgando poderes a una de ellas, sin reconocerlos a la otra. Se justifican en la finalidad perseguida por la administración de satisfacer una necesidad pública.²¹¹

Existen autores que diferencian cláusula y régimen exorbitante. Ambos términos se emplean indistintamente en el argot jurídico. Para Rodríguez²¹² la cláusula constituye uno de los pactos del contrato, la cual se encuentra estipulada en su texto y respeta, por supuesto, el ordenamiento jurídico aplicable, mientras que el régimen exorbitante consiste en todo el andamiaje jurídico que resulte aplicable a la relación jurídica, haya sido declarada o no en el contrato específico y que determina, en este caso, la actuación de la administración.

²⁰⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6.

²⁰⁹ *Ibíd.*, art. 6 número 28.

²¹⁰ Escola, *Tratado Integral de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Depalma, 1977).

²¹¹ Martín Loo, “Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la administración del Estado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2018), 3:142-163.

²¹² María José Rodríguez, *Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo en la jurisprudencia del Consejo de Estado y su recepción (y customización) por la doctrina de la procuración del tesoro de la nación*, (Buenos Aires: Rubinzal. Culzoni, 2020).

Sin embargo, para Marienhoff²¹³ el andamiaje jurídico que Rodríguez define como régimen exorbitante, lo constituyen justamente las cláusulas virtuales o implícitas que materializan las prerrogativas inherentes a la administración como órgano del poder público. En consecuencia, emplea la alocución *cláusula exorbitante* con independencia de que la atribución, es decir la potestad, se encuentre taxativamente reconocida en el instrumento legal o no pero sí en la norma, y es ahí donde se evidencia la estrecha relación entre potestades exorbitantes y cláusulas exorbitantes, pues las primeras se materializan en las segundas en algunos casos y en otros no, por ejemplo, en nuestra legislación la potestad de modificación o *ius variandi* se evidencia en las figuras de diferencia en cantidades de obra u órdenes de trabajo que se encuentran contempladas en la LOSNCP, sin embargo, no es obligatorio que se hallen expresadas necesariamente en el contrato y, a pesar de ello, ser plenamente aplicables.

En el presente trabajo trataré las potestades exorbitantes que, a su vez, se traducen en las denominadas cláusulas exorbitantes de: i) modificación unilateral del contrato o *ius variandi*; y (ii) resolución unilateral del contrato.

3.1 La modificación unilateral o *ius variandi*

La potestad de modificación del contrato o *ius variandi*, consiste en la posibilidad que tiene la administración de variar los pactos acordados en el contrato, amparado en la satisfacción de una necesidad pública concreta. Para el ejercicio de esta atribución no podrá ser responsabilidad de la administración la circunstancia que condiciona el cambio en el texto contractual. Esta circunstancia, posterior a la formalización del contrato, deberá ser consecuencia de otro acto administrativo o ejercicio de una potestad infrecuente, no ordinaria y debe incidir de forma grave y negativa en la economía del contrato.²¹⁴

Eduardo Gamero y Severiano Fernández²¹⁵ consideran esta potestad como una excepcional diferencia respecto a las normas que rigen el derecho privado, donde los pactos acordados constituyen la ley entre las partes y resulta inadmisibles su modificación unilateral.

²¹³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

²¹⁴ Santiago González-Varas, *El contrato administrativo*, (Madrid: Civitas, 2003).

²¹⁵ Eduardo Gamero y Severiano Fernández, *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Tecnos, 2019), 850.

Por respeto a los principios de *pacta sunt servanda* y de seguridad jurídica, el ejercicio de esta potestad ha de ajustarse a las formalidades establecidas y a la existencia de las siguientes condiciones:

a.- El ejercicio legítimo de una potestad contractual de la administración:

Para explicar esta condición Ariño²¹⁶ parte de la distinción entre el derecho subjetivo y la potestad, en el sentido de que el primero se extingue con su ejercicio, en tanto la potestad es inagotable, no desaparece ni decrece en su ejercicio. Por tanto, en su criterio, no es posible entender el *ius variandi*, como un derecho subjetivo, sino como una potestad atribuida a la administración por Ley, que podrá ser ejercida sólo ante el interés público, en la seguridad de la nación o determinadas causales previstas en su norma correspondiente.

Para que el ejercicio del *ius variandi* resulte legítimo, el acto administrativo que lo dispone ha de ser válido; es decir, ha de carecer de cualquier vicio esencial, trascendente o perjudicial que convierta en nula su ejecución. Es decir, el acto no podrá incurrir en ninguna de las causales de nulidad, como por ejemplo, tratarse de un acto emitido en contra de una prohibición legal o dispuesta por una autoridad, fuera del ámbito de su competencia.²¹⁷ Si se manifestaren vicios menores, susceptibles de rectificación o convalidación, el contratista estará obligado a cumplirlo en pro del interés general, con el correspondiente derecho a una justa compensación, como consecuencia de la quiebra del equilibrio económico financiero de la relación contractual.²¹⁸

b.- La modificación debe ser consecuencia de una circunstancia imprevista:

El contratista que decide formalizar un contrato con la administración, asume el riesgo de que ésta, bajo determinadas circunstancias, varíe unilateralmente las condiciones del contrato, pero ello no significa que cualquier nueva circunstancia cuente con la entidad suficiente para considerarse causal del ejercicio de tal facultad. Podrán justificar su ejercicio, solo aquellas que signifiquen un cambio sustancial, económico o fáctico de las condiciones en las que se desenvuelve la relación jurídica y que resulten

²¹⁶ Gaspar Ariño, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).

²¹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 105.

²¹⁸ Juan Flores, "Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 53 (2019), 61-73.

imposibles de prever por la administración, al momento de concertar el negocio.²¹⁹ Podría suceder, por ejemplo, que en el transcurso de la ejecución del contrato las normativas sobre ruido, traslado de escombros o tráfico obligasen a variar las horas y días de trabajo, siendo necesario extender el cronograma pactado y aumentar gastos como combustible y, otros relacionados.

c.- Daño económico:

El Estado asume la responsabilidad de indemnizar al contratista cuando ejerce su potestad de *ius variandi*. Para hacerla efectiva es necesario que exista un daño económico como consecuencia del encarecimiento del cumplimiento de las obligaciones contractuales, en virtud del ejercicio de la referida potestad.

Rodríguez²²⁰ considera que el deber de indemnizar se manifiesta con independencia del monto del daño sufrido. Si el co-contratante logra demostrar la existencia del daño habrá que indemnizarlo con independencia del monto; en tanto constituye responsabilidad y deber estatal, salvaguardar la igualdad de las cargas públicas, en especial en estos casos, en que el perjuicio provocado se sustenta en el beneficio de la colectividad o de un interés general.

La obligación del Estado de indemnizar al contratista, no puede estar limitada a supuestos previstos en la ley, es decir, circunscrita a las posibles causales relacionadas en una lista. Ello pondría en estado de indefensión al contratista privado, cuyas condiciones de ejecución del contrato ya le fueron variadas sin su intervención. Por tal razón, no debe asignarse también al Estado, la posibilidad de determinar cuáles perjuicios indemnizará y cuáles no.

d.- Alcance y límites del *ius variandi*:

García de Enterría y Fernández afirman que el *ius variandi* es ilimitado en su alcance y contenido, en tanto el interés público tiene prioridad sobre cualquier otro elemento en toda circunstancia. Los mencionados autores exponen como ejemplo, el

²¹⁹ Ariño, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).

²²⁰ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2012).

absurdo que constituiría imponer a la comunidad una carretera o un embalse mal ubicado e inútil, solo por respeto al texto contractual.²²¹

Sin embargo, otra parte de la doctrina representada por Coviello²²² y Marienhoff²²³ aboga por una armonía entre el *ius variandi* y el principio *pacta sunt servanda*, por cuanto resulta necesario que el *ius variandi* se someta a los principios de legalidad y de esa manera no afecte la esencia del contrato, así como a la obligación de probar el interés colectivo que fundamente el uso de la potestad administrativa y su primacía respecto al principio *pacta sunt servanda*.

Ariño²²⁴ considera que los límites del *ius variandi* deben ser la naturaleza del contrato y la prohibición de que ocurra un beneficio ilegítimo a favor del Estado, pues esa potestad constituye lo contrario del principio de respeto al equivalente económico del contrato. En ese mismo sentido, Granillo²²⁵ expone que la referida potestad no puede extenderse a todas las cláusulas del instrumento legal, porque ello constituiría una potestad discrecional de la administración para someter a la otra parte, arbitrariamente, a su voluntad. Afirma el autor que no puede la administración variar los pactos contractuales, de manera tal que se configure un contrato diferente al originalmente pactado, como tampoco debe modificar la ecuación económica del contrato.

En esa línea, Vázquez²²⁶ asevera que una parte de la doctrina reconoce la modificación del contrato, desde un sentido estricto y otra desde un sentido amplio. Así cualquier modificación del instrumento legal, por pequeña que fuere, podría ser considerada una variación del mismo (sentido amplio). Y en el sentido estricto, sólo se considerarán variaciones aquellas que se efectúen sobre los elementos estructurales del contrato. Explica el referido autor, que la facultad de variar un contrato, por parte de la administración, no requiere de la existencia de una cláusula contractual que así lo autorice ya que es una potestad extracontractual otorgada a la administración por la Ley y no por el contrato.

²²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Cizur Menor, Civitas, 2011), 705.

²²² Pedro Coviello, “El contrato administrativo: ¿lex inter-partes o ius variandi?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Perú*, No 66 (2011), 2:150-192.

²²³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, III-A, 4ª edición, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994), 395.

²²⁴ Ariño, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).

²²⁵ Raúl Enrique Granillo Ocampo, *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*, (Buenos Aires, Astrea, 1990), 92.

²²⁶ Francisco Javier Vázquez, *La modificación de los contratos públicos*, (Madrid: Aranzadi, 2015), 32- 35.

Las variaciones del texto contractual que resultan tolerables, en virtud de la potestad del *ius variandi*, son aquellas relacionadas con los elementos accidentales; pero nunca deberán estar referidos a elementos esenciales que conviertan en inocuo el principio de *pacta sunt servanda*.²²⁷

En la legislación ecuatoriana, los artículos del 85 al 91 de la LOSNCP regulan los contratos complementarios mediante los que se amplía, modifica o complementa una obra o servicio determinado por situaciones no previstas o requerimientos técnicos, no siendo precisamente la modalidad bajo la cual se evidencia la presencia de la potestad del *ius variandi*, puesto que, al ser un contrato, se requiere de la voluntad del contratista para su suscripción, desnaturalizando la calidad de unilateral de dicha potestad.

El artículo 87 de la LOSNC establece los límites hasta los que se podrá aumentar el monto del contrato como consecuencia del incremento de las obras o los rubros nuevos,²²⁸ necesitando el visto bueno del Contralor General del Estado, para que la suma de todos ellos alcance el 35 % del valor del contrato pactado, siendo esta una reforma legal que se introdujo en el mes marzo del año 2017, con la que se pretendió limitar el uso desmedido de estas figuras que hasta entonces, en casos que se han denominado “emblemáticos” se emplearon de forma arbitraria generando ingentes perjuicios económicos al Estado.²²⁹

Sin embargo, en los artículos 88 y 89 se advierten las siguientes excepciones en las que sí se evidencia la presencia del *ius variandi*:

Art. 88.- Diferencia en cantidades de obra. Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieron diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del contrato principal, siempre que no se modifique el

²²⁷ Coviello, “El contrato administrativo: ¿lex inter-partes o ius variandi?”, 150-192.

²²⁸ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 87. “Para el caso de las obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera: 1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la presente Ley. 2. Para el caso de los rubros nuevos se empleará el artículo 89 de esta Ley. 3. Si se sobrepasa los porcentajes previstos en los artículos señalados en los numerales que preceden será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que estos no excedan del ocho por ciento (8%) del valor del contrato principal. La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, en ningún caso excederá del quince por ciento (15%) del valor del contrato principal”.

²²⁹ Diana Romero, “El verdadero costo de las escuelas del milenio”, *Vistazo*, 5 de febrero de 2019, párr. 5,7,11,13, <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/el-verdadero-costo-de-las-escuelas-de-milenio-BDVI126061>

objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.

Art. 89.- Órdenes de trabajo. La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley.

Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

La norma regula la formalización de contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia de cantidades como una posibilidad, empleando siempre el verbo podrá; imponiendo en el artículo 85 como única condición, el mantenimiento de los precios.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera excepcional la modificación del contrato inicialmente pactado, para adjudicarle nuevos trabajos al Contratista. Los principios de transparencia e igualdad de trato, que garantizan una competencia leal en el mercado, requieren que todos los proveedores cuenten con las mismas oportunidades, por tanto, sostiene que la aprobación y adjudicación de los contratos complementarios deberían seguir las mismas reglas que los contratos nuevos.²³⁰

3.2 La resolución unilateral del contrato

Sayagués²³¹ afirma que la resolución de un contrato resulta procedente, incluso, si no se ha pactado en el contrato acuerdo alguno. Si el contratista incumple, la administración podrá dar por terminada la relación contractual, de manera unilateral, sin acudir a los órganos jurisdiccionales y sin que resulte indispensable haberlo previsto así en el texto contractual. Ello se fundamenta en la importancia y premura que la satisfacción del interés público reviste, y la eventual demora de los procedimientos jurisdiccionales.

Sin embargo, Cajarville²³² critica fuertemente la existencia de esa potestad y afirma, que constituye un error reconocerla por la administración. Explica el autor que

²³⁰ Vázquez, *La modificación de los contratos públicos*, 83-84.

²³¹ Enrique Sayagués, *Tratado de Derecho administrativo*, (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria y Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002).

²³² Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Extinción de los contratos de la Administración", en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, editado por Jaime Rodríguez- Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales y Miguel Ángel Sendín García. (Londres: Junta de Castilla y León, 2008).

si existiese una norma legal que confiera a la administración tal potestad, habría que analizar detenidamente la legitimidad de tal disposición jurídica. De no existir, y reconocerse la potestad implícita de la administración para resolver unilateralmente el contrato, estaría otorgándose a la administración la potestad de resolver un conflicto intersubjetivo concreto, derivado de una pretensión fundada en el derecho, lo que constituye la esencia de la función judicial y no puede asignarse a otro órgano de la administración ni siquiera mediante una ley, pues resultaría inconstitucional.

Durán ²³³ coincide plenamente con Cajarville y asevera que la administración no puede invocar privilegios una vez firmado el contrato, pues debe respetar los pactos acordados. La solución ante el incumplimiento de las obligaciones, que constituye el mayor conflicto entre las partes, compete a la función jurisdiccional resultando inadmisibles las resoluciones unilaterales por parte de la administración.

La LOSNCP sí reconoce, en su artículo 92 (4) el privilegio de la administración de dar por terminado el contrato de forma unilateral ante el incumplimiento del contratista, desarrollando el contenido de tal potestad en el artículo 94. La norma reconoce siete supuestos:²³⁴

- Por incumplimiento del contratista;
- Por quiebra o insolvencia del contratista;
- Si el valor de la multa supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento;
- Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
- Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
- La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

²³³ Augusto Durán Martínez, “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, editado por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales, y Miguel Ángel Sendín García (Londres: Junta de Castilla y León, 2008), 756.

²³⁴ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 94.

Es necesario destacar que, para la apreciación del primero de los supuestos, el incumplimiento del contratista no resulta trascendente que obedezca al principio de *exceptio non adimpleti contractus*,²³⁵ es decir, que el incumplimiento del contratista constituya una reacción ante los incumplimientos de la entidad contratante.

De la lectura de la norma, resulta claro que el contratista no cuenta con ese derecho. Si la entidad contratante incumple reiteradamente con sus obligaciones, el contratista debe continuar la ejecución del contrato, (pues de no hacerlo, la entidad contratante puede darlo por terminado) o puede demandar la terminación anticipada del contrato, pero ello exige que el incumplimiento de la entidad contratante se extienda por más de 60 días.²³⁶

En el ámbito de la contratación administrativa, la terminación unilateral del contrato solo puede ocurrir por parte de la Administración²³⁷ pues, como ha quedado dicho, constituye una de sus potestades exorbitantes. Sin embargo, tal como está establecida en la LOSNCP puede prestarse a abusos por parte de las entidades contratantes por el uso muchas veces arbitrario, y porque como quedó dicho, el artículo 94 franquea siete causales para que las entidades contratantes ejerzan la facultad de terminar anticipada y unilateralmente los instrumentos contractuales, y una de dichas causales, la número 1 concretamente, consiste en “cualquier” incumplimiento del contratista, sin más.

Para sustentar esta afirmación a continuación analizaré por partes el artículo 95 de la LOSNCP:

Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato. [...]

Para iniciar señalaré que el término de diez días para remediar incumplimientos en contratos de complejidad técnica y elevado presupuesto resulta por demás

²³⁵ Real Academia Española, *Diccionario Prehispánico del Español Jurídico*, Vol. I, (Madrid: Santillana Educación S.L.), 2017. La excepción de incumplimiento de contrato o *exceptio non adimpleti contractus* es “la excepción que paraliza la exigencia del cumplimiento de un contrato hasta que la contraparte acredite haber cumplido con sus obligaciones contractuales”.

²³⁶ *Ibíd.*, art. 96.

²³⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 94.

insuficiente, de ahí que no es adecuado ubicar en un mismo nivel a contratos de suministros de oficina o de servicios de limpieza, por ejemplo, con aquellos relativos a construcción de obra de gran envergadura o de consultorías especializadas, mucho más si estos pertenecen a sectores estratégicos como petróleo o electricidad. Ahí ya una primera desventaja para los contratistas.

En cuanto a los “informes” técnico y económico a los que se refiere la norma, hay que decir que se trata de uno solo y no de dos. Podría parecer algo mínimo, pero en la práctica genera confusión a los contratistas que esperan dos informes definidos y que al no recibirlos insisten ante la Entidad Contratante que, sin detenerse a explicarlo, continúa con el conteo de los diez días término.

El citado informe técnico y económico referente al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista, es elaborado por el Administrador del contrato y, por tanto, carece de imparcialidad, requisito indispensable para garantizar un proceso transparente en el que se respeten los derechos de las partes. Aquí, otra gran desventaja para el contratista.

De otra parte, el segundo inciso del artículo 95 señala:

[...] Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. 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. [...]

Del texto de la norma se desprende que la decisión de dar por terminado o no el contrato es una potestad discrecional de la Entidad Contratante en la figura de la máxima autoridad o su delegado, pues la norma le otorga esa facultad al incluir en su texto la palabra “podrá”. Esta decisión siendo tan delicada, pues comporta serias consecuencias tanto para el contratista -ser inhabilitado para contratar con el Estado por cinco años- como para la propia entidad -quedarse a medias en la ejecución de un contrato solo acarrea inconvenientes- debería ser adoptada solo en casos excepcionales luego de un exhaustivo e imparcial análisis, y no como acontece en la actualidad que es “pan de todos los días”.

La penúltima frase de este inciso -que bien encuentra su justificación en la intención de que la Entidad Contratante continúe con la ejecución que quedó pendiente

y logre el fin que persiguió al iniciar la contratación- demuestra la desmedida fuerza con que actúa la Administración en los casos de terminación unilateral pues imposibilita -en el caso de interposición de recursos- suspender sus efectos más próximos que son la inhabilitación en el RUP por cinco años y la ejecución de las garantías que, como quedó dicho, en más de un caso representa la quiebra del contratista.

Empero, sí que llama la atención la última frase del inciso comentado, porque desnuda una disposición legal que pretende justificarse a sí misma e incluso, en palabras de Marco Ricaurte Martínez, realiza “impertinentes juicios de valor”²³⁸ al expresar que las resoluciones de terminación anticipada y unilateral de los contratos no son susceptibles de acciones constitucionales porque se tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, lo cual, está muy lejos de ser real por las razones que se analizan a lo largo de este subtema.

Una disposición de igual tenor existía en el séptimo inciso del artículo 102 de la LOSNCP, relativa a los reclamos. Sin embargo, la Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436.3 de la Constitución de la República, mediante sentencia No. 006-17-SEP-CC, aprobada por el Pleno en sesión de 11 de enero de 2017, declaró la inconstitucionalidad del referido inciso; aunque el caso que se analizaba en tal sentencia, por originarse en la terminación anticipada de un contrato, no tenía relación con el artículo 102 de la LOSNCP, sino con el artículo 95 de la misma. Aquello que debió haber sido declarado inconstitucional, entonces, era la parte final del segundo inciso del artículo 95 de la LOSNCP, no el séptimo inciso del artículo 102 como en efecto ocurrió.²³⁹

Siguiendo con el análisis, el quinto inciso del artículo 95 dispone:

[...] La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, 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. [...]

²³⁸Marco Ricaurte, *El mecanismo planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para presentar reclamos y recursos y los derechos constitucionales a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso* (tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2017), 56.

²³⁹ *Ibíd.*, 57.

Además de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, la inhabilitación en el RUP por cinco años, la imposibilidad de suspender los efectos por la interposición de recursos, y la orden dada a los jueces para que inadmitan acciones constitucionales, también se ejecuta la garantía de buen uso de anticipo en la proporción del anticipo sin devengar para cuya devolución, sea cual sea el valor, se impone el término de apenas diez días, fenecido el cual sin haber pagado, empiezan a correr intereses hasta la fecha efectiva del pago. Es decir, como se evidencia, la terminación unilateral acarrea una serie de sanciones al contratista de graves consecuencias.

Finalmente, el inciso séptimo del citado artículo 95, señala:

[...] 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.

Esta facultad discrecional de la Administración de contratar de manera directa con otro proveedor la continuidad y ejecución del objeto cuyo contrato terminó de forma anticipada y unilateral, difícilmente deja de ser abusiva, pues como queda dicho, no existe imparcialidad en la Entidad Contratante al momento de establecer y calificar los incumplimientos del contratista que decantarán en la terminación unilateral del contrato; y, por consiguiente, la contratación directa con un nuevo proveedor estará marcada por la duda, cuando no por el interés de favorecer a determinados contratistas, los cuales terminan beneficiándose en doble vía: (i) la contratación directa, discrecional y sin más trámite que aquel señalado en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 146 del Reglamento General a la LOSNCP; y, (ii) el pago de dicho contrato, en todo o en parte, con lo obtenido por la ejecución de las garantías producto de la terminación anticipada y unilateral. Así las cosas, no es descabellado afirmar que, en algunos casos, los contratistas vencidos terminan cofinanciando las obras, los bienes o los servicios que ejecutaban antes de la declaratoria de terminación unilateral.

En efecto, el Contratista está a merced de las Administraciones Públicas, -y al buen o mal juicio de sus administradores-, puesto que, mientras las entidades públicas pueden, legalmente, declarar anticipada y unilateralmente terminado el contrato tan pronto se cumpla el plazo útil de diez días concedido al contratista para que “justifique” o “remedie” el incumplimiento, -y la validez y suficiencia de dicha justificación o remedio depende del juicio de la parte que atribuye ese incumplimiento-, el Contratista

debe acudir a la justicia para demandar o la resolución del contrato o la ilegalidad del acto administrativo con el cual se ha terminado el instrumento contractual, en juicios que la evidencia empírica demuestra toman varios años.

En definitiva, la potestad exorbitante que se comenta, conlleva un alto grado de discrecionalidad y, por tanto, de riesgo de exceso de poder que, indefectiblemente, puede afectar el derecho del contratista a ser tratado con imparcialidad y a contar con un trato justo. El interés público que fundamenta la actuación de la administración, no se puede convertir en la justificación para el abuso del ejercicio de las atribuciones recibidas por Ley.

4. Multas ¿Sanción administrativa o cláusula penal?

He considerado necesario abordar la cláusula de multas en el contrato administrativo, a fin de establecer si se trata de la expresión de la potestad sancionadora del Estado a través de una cláusula exorbitante o si obedece a la figura de cláusula penal concebida al amparo del derecho civil.

Empezaré diciendo que la doctrina debate la naturaleza jurídica de las multas aplicadas por la administración ante incumplimientos contractuales, entendiendo algunos que constituyen una cláusula penal y, otros, que se encuadra en las características de sanción administrativa.²⁴⁰

En materia civil, la cláusula penal es aquel pacto incorporado al contrato, mediante el cual las partes se obligan a dar o hacer algo, ante el incumplimiento o retardo en la obligación principal. Tiene naturaleza civil, en tanto implica que las partes actúen en situación de igualdad en el ejercicio de sus derechos. En cambio, en materia de contratos administrativos, existe una tendencia que considera a la multa como “una sanción que se impone en ejercicio de potestades públicas, de una facultad de imperio y con fuerza obligatoria contra los particulares”.²⁴¹

²⁴⁰ Emilio Pfeffer Berger, “La moderación judicial de la cláusula penal y las multas que aplica la administración a raíz del contrato administrativo” en *Actualidad jurídica-La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, N° 37 (2018), 257-289.

²⁴¹ Camilo Lledó Veloso y José Pardo Donoso, “Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública”, *Revista de Derecho Público*, No 82, 1° semestre, (2015), 54-55.

En esta línea se encuentran Lara Arroyo y García-Huidobro²⁴² quienes consideran que, en atención a la esencia y las particularidades del contrato administrativo, han de aplicarse las reglas del derecho público, por resultar específicas y ajustarse mejor al contenido del contrato administrativo. En consecuencia, según los citados autores, la imposición de la multa reviste naturaleza jurídica de sanción administrativa y no de cláusula penal. Argumentan, además, que el hecho de reconocer la multa de la administración como sanción administrativa, ofrece mayores garantías a los particulares, en tanto la administración se encuentra obligada a valorar todos los elementos involucrados en el caso concreto, justificar su decisión de manera eficaz y suficiente; y aplicar el procedimiento administrativo dispuesto para la imposición de una sanción contenido en el derecho a la defensa del contratista.

En nuestro país, de la lectura del oficio SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF de 7 de junio de 2021, suscrito por el Coordinador Jurídico del SERCOP, se puede decir que el ente rector de la contratación pública, coincide con el criterio de los autores antes mencionados cuando al absolver una consulta de la Escuela Politécnica del Litoral, relacionada con la imposición de multas, señala lo siguiente:

Cabe señalar que la cláusula de multas, se encuentra prevista en la normativa por el reconocimiento del poder de *imperium* de la administración pública a través de sus cláusulas exorbitantes, que le permite asegurar la finalidad pública y con ello el interés general al evitar incumplimientos contractuales, análisis que ha sido abordado por la doctrina que, para efecto define a las multas como: “(...) *aquellas que ponen de manifiesto el conocimiento de poderes excepcionales de la Administración, que le permite asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato (...) Este tipo de cláusulas son propias del derecho público, y son inusuales en el derecho privado, pues su inclusión acarrearía la nulidad del contrato. Permiten a la Entidad Estatal el control excepcional del contrato (...) en virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, como por ejemplo: terminar unilateralmente el contrato, imponer sanciones, dar directrices al contratista, etc. (...)*”²⁴³

No así la Procuraduría General del Estado, que en un pronunciamiento contenido en oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, señaló:

²⁴² José Luis Lara Arroyo y Luis Eugenio García-Huidobro, “Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la ley N°19.886”, en *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo*, editado por Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jara, (Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014).

²⁴³ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, oficio SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF de 7 de junio de 2021, en <https://portal.compraspublicas.gob.ec>

La imposición de sanciones y entre ellas las de carácter pecuniario como son las multas (...) expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración (...) por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda, por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional) La aplicación de sanciones en materia contractual es definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad. En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales (...).

La determinación de la naturaleza jurídica de la multa impuesta por la administración, ante el incumplimiento contractual, reviste especial trascendencia, puesto que su reconocimiento como cláusula penal implica la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para impugnar o reclamar su aplicación, en cuyo marco se presenta la extrema dificultad en demostrar, por ejemplo, la desproporcionalidad de la multa impuesta. En cambio, su reconocimiento como sanción administrativa implica que su procedimiento de aplicación e impugnación será dirigido por una de las partes interesadas,²⁴⁴ lo cual, puede generar cierto riesgo de no contar siempre con la suficiente imparcialidad al momento de resolver.

En el Ecuador, la LOSNCP establece con carácter obligatorio la incorporación al contrato de la cláusula de multas, determinando que se aplicará por la demora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, sea principal o no. El cálculo se realizará por cada día de demora, en correspondencia con el importe de las obligaciones pendientes de ejecutar; y podrá ser impugnada por la vía administrativa, judicial o arbitral.²⁴⁵

En este sentido podría decirse que la multa en la contratación pública ecuatoriana, por una parte, reúne características de sanción administrativa en cuanto la impone la entidad contratante, sin embargo no cumple el presupuesto de ser impuesta luego de un procedimiento administrativo sancionador, por cuanto es únicamente impuesta de acuerdo con la cláusula contractual respectiva; y, por otro, de cláusula penal en cuanto puede ser impugnada ante los jueces competentes, sin embargo, solo está establecida para el contratista y eso marca una diferencia importante respecto a la

²⁴⁴Pfeffer, "La moderación judicial de la cláusula penal", 257-289.

²⁴⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 71.

esencia de la cláusula penal que, como quedó dicho, implica que las partes actúen en situación de igualdad en el ejercicio de sus derechos. En definitiva, existe una mixtura que, a mi criterio, no llega a definir la cláusula de multas como una cláusula exorbitante.

Considero que en las dos vías existen desventajas para el contratista. Si acaso se considera sanción administrativa, no existe imparcialidad de la Administración para imponer la multa y, mucho menos para resolver la impugnación porque ésta se realiza ante la máxima autoridad de la entidad contratante que, para emitir su resolución, se basa en el informe del administrador del contrato, que valga decir, es quien impuso la multa, es decir, la administración es juez y parte. Y, en caso de considerarse cláusula penal, hasta que la justicia conozca la impugnación y la resuelva, el contratista puede sufrir importantes afectaciones a su patrimonio.

Para profundizar en el análisis, cito a continuación el artículo 71 de la LOSNCP que determina:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas [...].

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

En todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerán el incumplimiento, fechas y montos.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.²⁴⁶

De la lectura del texto se puede apreciar que es obligatorio incluir una cláusula de multa en todo contrato sometido a la LOSNCP, la cual como hemos visto tiene como objetivo sancionar el incumplimiento del contratista respecto de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, también es evidente que la ley no puede fijar un porcentaje para el cálculo de la multa pues éste dependerá de la clase de objeto contractual de que se trate y, por tanto, de las obligaciones que éste imponga para su cumplimiento, sin que sea posible unificar un solo porcentaje para aplicarlo en todos los casos, justamente por esta diversidad de objetos.

²⁴⁶ *Ibíd.*

Sin embargo, sí existe un porcentaje mínimo que debe constar en la cláusula de multa, según lo establece el artículo 6 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, al decir que “En caso que la entidad contratante no especifique el valor de la multa, se entenderá que por cada día de retraso en la ejecución de las obligaciones del contratista se aplicará una multa equivalente al 1 por 1.000 del monto del contrato”,²⁴⁷ la cual consta también en el proyecto de contrato que se incuye en los modelos de pliegos obligatorios, en los siguientes términos:

Cláusula Octava.- MULTAS

Por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales por parte del contratista, se aplicará la multa de (*valor establecido por la entidad contratante, de acuerdo a la naturaleza del contrato, en ningún caso podrá ser menos al 1 por 1.000 del valor del contrato*). (*El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la entidad en función del incumplimiento y de la contratación*).²⁴⁸

Como se puede apreciar del texto transcrito, la entidad contratante es la llamada a establecer el porcentaje de la multa de acuerdo a la naturaleza del contrato, no pudiendo ser menor al 1x1000 del valor del contrato, conforme lo ha establecido el SERCOP. Esta atribución debería ser llevada a cabo de forma técnica por las áreas requirentes de la contratación y no tomar el mínimo del 1x1000 como general para todos los casos por el único hecho de encontrarse así establecido en los modelos de contrato.

En cuanto al valor máximo que la entidad contratante puede llegar a imponer al contratista por sus incumplimientos, si bien no está expresamente normado, la jurisprudencia se ha decantado por la siguiente vía:

Al caso se observa que la entidad contratante (Municipio de Chambo), inobserva los derechos y los principios que rigen la administración pública los cuales son de eficacia, eficiencia y calidad, pues al asunto en concreto se demoró más de ciento setenta y un días en emitir la resolución de terminación unilateral del contrato, y el valor (\$47.726.10) por mora de 171 días en la entrega del producto que pretende como pago por la multa, sobrepasa el valor (\$13.955,08) del 5% por ciento del valor del contrato, **siendo por tanto esta multa ilegal en la parte que excede del porcentaje del 5% del valor del contrato, por contravenir expresamente el Art. 74 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública**; lo correcto es que el valor por multas sea hasta un máximo del 5% por ciento del valor del contrato, porque para su pago se efectiviza las garantías previamente constituidas a favor de la entidad contratante, conforme la normativa expuesta y que regula la forma en cómo se calculara (sic) el pago de las

²⁴⁷ Ecuador, *Codificación de Resoluciones del SERCOP*, art. 6.

²⁴⁸ Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública en https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/licitacion_bs (énfasis agregado)

multas por retraso en el cumplimiento de un contrato. En virtud de lo expuesto, lo procedente en el presente caso, es que el contratista pague al contratante, únicamente la multa por un monto que no sobrepase el 5% del valor total del contrato.²⁴⁹

Al respecto, el inciso sexto del artículo 74 de la LOSNCP señala “Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se “podrá” efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista”,²⁵⁰ es decir, es una posibilidad con que cuenta la entidad contratante, sin que sea obligatoria, pues utiliza el verbo “podrá”, es decir puede o no proceder conforme dispone la norma, para cuyo efecto, la entidad debería analizar técnica, económica y legalmente sobre la conveniencia de hacer efectiva la garantía de fiel cumplimiento para efectivizar las multas, sin que deba considerarse como un límite fatal el 5% del monto total del contrato, pues esto implicaría también que la terminación unilateral del contrato deba ser mandatoria y, como ya vimos es una típica cláusula exorbitante sometida al cumplimiento de varios requisitos para su procedencia. En este sentido, el Procurador General del Estado, al absolver una consulta del Ministerio de Defensa, se pronunció en los siguientes términos: “...se concluye que corresponde a esa Secretaría de Estado (...) determinar la multa por retardo en la entrega de los bienes y servicios objeto del contrato (...) según lo previsto en el numeral 14.1 de la cláusula décima cuarta del contrato, sin considerar el 5% del valor del contrato como máximo o límite de multa...”²⁵¹

Sin perjuicio de lo señalado, debo decir que el hecho de que no exista un límite expresamente señalado en la norma para el cobro de multas, no significa que sea tolerable imponerlas sin ningún control, es decir, si en determinado momento la entidad contratante no considera procedente hacer efectiva la garantía de fiel cumplimiento o incluso no dar por terminado el contrato por haber superado el 5% del valor del contrato en concepto de multas, si bien puede seguir imponiendo multas si es que existen incumplimientos, no es procedente que lo haga sin ningún criterio técnico y solo basada en la falta de un expreso límite legal, pues al hacerlo puede suceder –como en efecto ha sucedido- que se llegue incluso a superar el monto total del contrato por ese concepto.²⁵²

²⁴⁹ Ecuador Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, “Sentencia”, en *Juicio n° 18803-2017-00222*, 17 de julio de 2019, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

²⁵⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 74 (énfasis agregado)

²⁵¹ Ecuador, *Procuraduría General del Estado*, oficio 05179 de 25 de noviembre de 2011, en http://jufu1.pge.gob.ec:7782/sipge/consultas.RESULTADO_PALABRA_22_1B

²⁵² Carlos Baldeón Barriga, “Aplicación de las multas en el Sistema Nacional de Contratación Pública”, Grupo CEAS, 6.

En definitiva, diré que en materia de contratación pública, las multas son la consecuencia de la declaración unilateral por parte de la Administración Pública de un incumplimiento contractual. Consisten en la facultad de ésta de imponer sanciones al contratista por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin que sea necesariamente la expresión del *ius puniendi* del Estado, buscando corregir su comportamiento hacia la observancia estricta de sus compromisos, y no de enriquecer al Estado. No se requiere que se produzcan perjuicios, en tanto no persiguen un fin resarcitorio, basta que se incumpla la obligación principal, puesto que su objeto es precisamente garantizar su ejecución.

A modo de resumen, luego de revisada la doctrina acerca del contrato de carácter administrativo y las partes que intervienen en él, resulta posible aseverar que el contrato en estudio, es aquel acuerdo de voluntades en que una de las Partes es la Administración Pública, en el ejercicio de su función administrativa de satisfacer necesidades comunes, denominada en la legislación ecuatoriana, Entidad Contratante y la otra Parte, Contratista es la persona natural o jurídica que deberá cumplir los requisitos exigidos para pertenecer al RUP. El proceso de contratación se efectuará según las formalidades establecidas en la LOSNCP y su Reglamento, cuya infracción conducirá a la nulidad del contrato y a la exigencia de responsabilidades civiles, penales o administrativas. Este procedimiento constituye un freno para la arbitrariedad y la corrupción administrativa y una limitación a la clásica libertad contractual de la materia civil, en tanto el clausulado y su contenido se encuentran precisados en la Ley.

Considero que las cláusulas exorbitantes, a la vez de caracterizar el contrato administrativo, constituyen una necesidad para garantizar la satisfacción del interés público, objetivo y fin de cada instrumento contractual de ese tipo. Sin embargo, no puede convertirse el interés público en la justificación que permita a la Administración inobservar procedimientos o abusar de ellos. Deben establecerse límites a la Administración para el ejercicio de estas facultades, de manera tal que, esté obligada, a demostrar el referido interés público, que ha de resultar indubitado y la imposibilidad real de haber previsto las nuevas circunstancias, que motivan, entre otras, la modificación del contrato.

Puedo concluir entonces que la existencia per sé de las cláusulas exorbitantes no afecta el derecho del contratista en su relación contractual con el Estado, puesto que lo que pretenden y está suficientemente justificado es garantizar que la provisión de obras, bienes y servicios por parte de los proveedores se cumpla de acuerdo a los términos en

que se contrata y, a través de ello, garantizar el interés general; es la arbitrariedad con la que el Estado las aplica lo que genera perjuicios a la parte contratista que, en determinados casos, se revierte en contra del mismo Estado cuando las decisiones jurisdiccionales obligan a la reparación de los perjuicios causados a los contratistas, generando la erogación de recursos que estaban destinados a solventar reales necesidades ciudadanas.

Capítulo tercero

Los derechos del contratista y su afectación por la potestad exorbitante del Estado

Una vez que se han analizado las particularidades de las cláusulas exorbitantes y su papel en el contrato administrativo como manifestación de las potestades exorbitantes del Estado, corresponde responder la pregunta de esta investigación: ¿De qué manera las potestades exorbitantes afectan los derechos del contratista en la contratación pública? Para el efecto abordaré los principales derechos del Contratista en su relación contractual con el Estado, para luego continuar con el análisis de la aplicación arbitraria de las cláusulas exorbitantes en un caso concreto y, finalmente concluir con algunas reflexiones acerca de los mecanismos necesarios para procurar un trato justo al contratista en su relación contractual con el Estado.

1. Derechos del contratista en la relación contractual administrativa y su posible afectación

Luego de examinada la figura del contrato administrativo y sus cláusulas exorbitantes, es necesario abordar el estudio de los derechos de los contratistas dentro de esta relación desigual, vistos desde el ejercicio de la potestad de imperio del Estado en el marco de la contratación pública.

La potestad *imperium*, como se ha planteado, es un poder estatal, que le corresponde de forma única y exclusiva al Estado. De este se deriva como explica Ferrada²⁵³ que la potestad administrativa permite a sus órganos ejecutar sus fines. Es un poder jurídico que la normativa le atribuye a la Administración para que ejecute acciones que generan efectos sobre terceras personas y sus intereses, que inciden en determinadas cuestiones y se enfocan en la satisfacción del interés general.

²⁵³ Juan Carlos Ferrada, “Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno”, *Revista de Derecho*, Volumen XX, N° 2, Santiago de Chile, (2007), 35.

En ese orden Cassagne²⁵⁴ señala que el Estado para ejecutar y lograr sus fines, necesita que la administración pública esté dotada de prerrogativas para materializar de forma integral el objetivo del bien común que persigue, al tiempo que facilitan el desarrollo de sus funciones con cierta preferencia jurídica la cual implica que los administrados deban cumplir a cabalidad con los actos que expide la Administración en el ejercicio de sus potestades. Lo antes expuesto ratifica la posición del Estado ante terceros, sin embargo, ello no implica que este, por gozar de la potestad *imperium*, pueda vulnerar los derechos de los administrados en su actividad, ni actuar de forma arbitraria.

El indebido ejercicio de dichas potestades en el contexto de la contratación pública, puede conllevar a actos abusivos e injustos hacia los contratistas. Por ello, el ejercicio arbitrario de la potestad de imperio puede afectar derechos como la seguridad jurídica, el equilibrio económico del contrato y el pago de obligaciones, cuestiones que se revisarán más adelante.

Así mismo, la vulneración del principio de legalidad resulta contrario a la naturaleza misma de la potestad *imperium*, al nacer del ordenamiento jurídico. En el orden práctico su irrespeto puede suponer una violación de los derechos de los contratistas, ya que el mero hecho de inobservar las normas que rigen el proceso de contratación pública puede conllevar a que éstos se vean afectados en sus derechos a participar en igualdad de condiciones. En esta línea, si bien la administración pública puede hacer uso de la potestad discrecional de la que goza como una prerrogativa para facilitar su accionar, no hay que olvidar que ésta debe estar suficientemente motivada y claramente contenida en la ley a fin de evitar arbitrariedades a la hora de tomar decisiones que, en el marco de dicha libertad, contraríe disposiciones legales y afecte derechos.

1.1 Seguridad jurídica

La seguridad jurídica se desprende del término *seguridad* que para Pérez²⁵⁵ tiene su génesis en el vocablo latino *securitas*, cuyo significado es estar seguros. En ese orden García Máynez²⁵⁶ expone que la conducta de las personas, en el orden social, debe

²⁵⁴ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, (Palestra Editores SAC: Lima, 2010), 146.

²⁵⁵ Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, (Barcelona: Ariel, 1994).

²⁵⁶ Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, (México D.F: Editorial Porrúa, 2005).

responder al ordenamiento jurídico, de ahí que la seguridad se sustenta en los siguientes puntos de vista: en la orientación y en tener la certeza de que existe el orden. Igualmente, expone que entre las situaciones que violan la seguridad jurídica están el desconocimiento de las normas, la contradicción entre ellas, el ejercicio de la potestad de imperio y el exceso de disposiciones jurídicas.

Para Squella,²⁵⁷ la seguridad es sinónimo de certeza, específicamente, en que el ordenamiento implica continuidad y por ello, se puede conocer cualquier cambio que ocurra en su interior, es decir, todas las materias del derecho deben contar con disposiciones jurídicas claras, públicas y legítimas. Ello, a los efectos de lograr que la persona cuando ejercite sus derechos, esté respaldada en el plano jurídico para hacerlos valer. Esto permite que confíe en las normas legales y se pueda estimar el curso y resultado de determinado asunto ante cierta actuación. Igualmente, opera como instrumento para evitar excesos de disposiciones jurídicas, ambigüedades e incoherencias que afecten la seguridad que exige este ámbito.

En la misma línea, para Coviello²⁵⁸ la seguridad jurídica constituye un valor en el orden axiológico que se determina por el hecho de que la norma sea clara, proteja derechos y genere confianza ante distintas situaciones de orden legal. Este autor explica que la seguridad jurídica se conforma por un aspecto objetivo que se manifiesta en su consagración en el ordenamiento jurídico y que impone la obligación de ser observado. Por su parte, el aspecto subjetivo, se aprecia en la confianza que las personas deben tener en los poderes públicos. Por ello, la seguridad jurídica se vincula con la confianza legítima.

El principio de seguridad jurídica para Hernández,²⁵⁹ también reconocido como derecho de manera amplia, es la certeza de la que goza todo sujeto de derecho acerca de la aplicación del ordenamiento jurídico estatal de forma efectiva y la garantía que, ante una vulneración de la norma, se imponga a los responsables las sanciones correspondientes.

²⁵⁷ Agustín Squella, *Introducción al Derecho*, (Santiago-Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007).

²⁵⁸ Pedro José Jorge Coviello, *La protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004).

²⁵⁹ Miguel Hernández Terán, *Contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial*, (Madrid: Aranzadi, 2016).

Corresponde, con base a los criterios doctrinales planteados, afirmar que la seguridad jurídica supone claridad en el orden normativo, en el sentido de que asegura que las normas gozan de legalidad y han sido expedidas por autoridades competentes. Por esto es una herramienta de protección de los derechos de las personas, ya que una vez que los individuos conocen la ley, se sienten respaldados por ella, en consecuencia, pueden actuar dentro de un procedimiento con la seguridad de que sus derechos serán respetados. Dicha seguridad, está prevista constitucionalmente como derecho²⁶⁰ en tanto existan disposiciones jurídicas previas, claras y públicas que se apliquen por las autoridades que gozan de competencia para ello.

Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador (2008) ha planteado que la seguridad jurídica es:

El elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de Derechos y Justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; en la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente; es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. [...] garantizan la seguridad jurídica, a través de algunas concreciones, como el principio de la legalidad y el debido proceso.²⁶¹

También, como principio, está regulado en la norma administrativa vigente²⁶² y prevé que las administraciones públicas deben actuar sujetas a criterios de previsibilidad y certeza. Además, que los derechos de las personas no deben ser objeto de afectación motivado por errores u omisiones de los servidores públicos en cualquier clase de procedimiento administrativo, excepto cuando estos hayan sido impulsados por dolo o culpa grave de la persona interesada.

Es importante plantear que el contrato administrativo que se suscribe en el marco de la contratación pública permite ordenar y determinar las condiciones jurídicas bajo las que se establecerán los vínculos entre la administración y el contratista, cuestión que conduce a un clima de confianza y seguridad para ambas partes. En ese sentido, indican Amado y Miranda,²⁶³ que la seguridad jurídica tiene dos dimensiones. La primera, que se sustenta en el vínculo contractual, la cual brinda seguridad jurídica para quien invierte amparado en una disposición jurídica; y, la segunda, se basa en los

²⁶⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 82.

²⁶¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 014-10-SEP. 0371-09-EP*, 15 de abril de 2010, 9.

²⁶² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 22.

²⁶³ José Daniel Amado y Luis Miranda, "La seguridad jurídica en la contratación con el Estado el contrato ley", *Revista de Derecho Themis No 33*, (1996),15-21.

acuerdos establecidos en el contrato que respaldan un vínculo jurídico cuantioso, propio de dicha relación entre el contratista y el Estado.

Como se aprecia, el contrato en el marco contractual debe operar como ley según los autores mencionados, de ahí la necesidad de que durante el proceso objeto de estudio, esté presente la seguridad jurídica que proteja el vínculo de los particulares con el Estado, especialmente cuando éste ejercita sus poderes de *imperium*.²⁶⁴

Debo subrayar que, según lo planteado, el respeto al debido proceso constituye un elemento esencial de la seguridad jurídica, por lo que resulta imprescindible en el tema en estudio, ya que garantiza que los actos emanados del poder, incluyendo los administrativos, sean justos, razonables y se dicten respetando la Constitución. Esto debe verse en el sentido de que, todo proceso, debe realizarse de conformidad con lo regulado constitucionalmente, en cuanto al debido proceso. Ejemplo, en la contratación pública, se debe asegurar que, durante el desarrollo de dicho proceso, se actúe apegado a la normativa, se observen los términos establecidos legalmente, lo desarrollen las autoridades con competencia para ello, se cumpla con las formalidades, se garantice la publicidad, etc., es decir, todo lo que permite garantizar la seguridad jurídica en la relación contractual.

En ese orden, el debido proceso, en el contexto administrativo, específicamente contractual, garantiza la seguridad jurídica a partir de que las normas se apliquen y los procesos se sustancien apegados a la normativa y con transparencia. Además, que los resultados de estos procesos se enmarquen en la Ley y que, a los contratistas, se les dé un trato justo y digno sustentado en los principios que rigen la contratación pública. En el caso de las cláusulas exorbitantes, que estas se apliquen en el marco del procedimiento establecido en la ley y de manera motivada e imparcial puesto que las consecuencias que genera su aplicación impacta gravemente a la parte contratista; no por otra cosa se considera que una de las mayores amenazas a la seguridad jurídica en materia de contratación pública, consiste en las potestades de modificar o extinguir la relación contractual que la mayoría de legislaciones occidentales otorga al Estado, basado únicamente en el interés general.

En fin, la seguridad jurídica garantiza que las decisiones de la Administración se sometan al principio de legalidad inherente al Estado de derecho, y que las decisiones

²⁶⁴ *Ibíd.*

respeten las normas generales y abstractas habilitantes para ello, prohibiéndose toda acción que no se encuentre previa y correctamente legislada.

1.2 Derecho al pago como contraprestación

El pago constituye la obligación principal de la entidad contratante y ha de realizarse, en cumplimiento de las regulaciones legales aplicables al negocio jurídico y a lo pactado en el contrato. Se produce en la fase de ejecución y presupone el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones.

El artículo 112 del RGLOSNCNP establece que el contrato administrativo se encuentra regido, en primer término, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General; en segundo término, por leyes especiales que norman contratos públicos específicos, como, por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos o la Ley de Minería y, en última instancia con carácter subsidiario, por el Código Civil.²⁶⁵

Visto el contrato como el fundamento de obligaciones correlativas para las partes, es responsabilidad de la entidad contratante el abono de la suma pactada como contraprestación a los bienes, servicios u obras que recibe, y ello ha de hacerse, en obediencia al principio de *pacta sunt servanda*, en los términos exactos que fueran acordados en el contrato.²⁶⁶

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas ²⁶⁷ establece que el importe contratado quedará comprometido del crédito presupuestario correspondiente, desde el instante en que la entidad contratante asuma el compromiso contractual, resultando absolutamente prohibido destinar el presupuesto para otras actividades que no sean las previstas.

Pueden acordarse pagos parciales, en dependencia de objetos de obra terminados, o una suma global, al finalizar el contrato. La primera opción resulta la más beneficiosa para el contratista, en tanto le ayuda con el financiamiento de los trabajos.

Especial importancia reviste para el pago de los contratos administrativos la determinación de un procedimiento de pago, previamente establecido, que permita la

²⁶⁵ Ecuador, *Reglamento General Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art.112.

²⁶⁶ Libardo Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos* (Bogotá: Temis, 2012).

²⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306 de 22 de octubre de 2010, art.116.

administración eficaz y efectiva del contrato y, consecuentemente, el pago oportuno y correcto de las obligaciones pactadas.

Por ejemplo, la Corporación Eléctrica del Ecuador, ha elaborado un procedimiento para la administración de contratos,²⁶⁸ que ofrece una guía muy completa para la ejecución del pago de las obligaciones de los contratos administrativos. Parte de la importancia de determinar las fechas de las entregas de obras, servicios, productos; los hitos de facturación, los informes que se requieran, así como los documentos habilitantes para el pago, en correspondencia con lo establecido en el contrato, la legislación y las guías vigentes. Indica que, si la fecha de inicio de los trabajos estuviese condicionada por el pago de un anticipo o la existencia de alguna condición, habrá que determinar criterios claros para su acreditación.

Para efectuar el pago habrá que verificar que las facturas emitidas sean válidas, por su fecha y su contenido, en función de la normativa tributaria vigente; que la información contenida sea la correcta: importe, certificado de validez, destinatario, dirección y que cumplan con los requisitos formales establecidos.

La certificación presupuestaria aportada al proceso de contratación será válida dentro del año de su emisión, hasta el valor declarado. Esta certificación en ningún caso incluye los contratos complementarios.

En definitiva, el pago acordado en el contrato constituye el objetivo principal de la participación del contratista en el negocio jurídico administrativo y su compensación por los servicios ejecutados o el bien vendido. Es el estímulo que lo motiva a arriesgarse a contratar con el Estado, de ahí que no se constituye en un particular cualquiera, sino que adquiere la calidad de colaborador de la entidad contratante.

Ahora bien, para la eventualidad de que, a pesar de haber cumplido cabal y oportunamente las obligaciones asumidas en el instrumento contractual, la entidad contratante, en la persona del funcionario responsable, retuviera o retardare el respectivo pago en favor del contratista, el artículo 101 de la LOSNCP contiene una sanción en contra del funcionario o empleado "...que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes",²⁶⁹ sanción que se verifica a través de "...una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a

²⁶⁸ Corporación Eléctrica del Ecuador, Procedimiento para la administración de contratos, 2015, accedido 12 de agosto de 2021 en <https://www.celec.gob.ec/hidropaute/images/ley-de-transparencia/2016/procedimiento.para.la.administracion.de.contratos.pdf>.

²⁶⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 101.

que hubiere lugar”.²⁷⁰ Lamentablemente la evidencia empírica no da cuenta de casos en los que la Contraloría General del Estado haya sancionado a empleado o funcionario alguno por la infracción que se comenta, lo que también puede significar que siempre existe un sustento para los posibles retrasos en el pago.

1.3 Equilibrio económico del contrato

El equilibrio económico financiero del instrumento contractual administrativo constituye el elemento indispensable para lograr su finalidad que, como ya se ha mencionado, es la satisfacción de una necesidad pública. La correspondencia entre las prestaciones del contratista y el precio que ha de abonar la administración representan el fundamento de la teoría del equivalente económico del contrato.

Es así que analizar el equilibrio económico del contrato llevaría una tesis completa por lo trascendental del mismo, sin embargo, a efectos de complementar este trabajo en cuanto a uno de los derechos fundamentales en la relación contractual administrativa, en este caso para las dos partes -el Estado de no erogar más recursos que los efectivamente planificados y el contratista de recibir el justo precio por el que contrató- considero indispensable tratarlo, aun cuando no sea *in extenso* como ameritaría.

Iniciaré citando a Dromi, para quien la proporcionalidad en las prestaciones presupone el equilibrio entre los derechos y las obligaciones que adquieren las partes que intervienen en el contrato administrativo, a esto se llama la *teoría del equivalente económico*.²⁷¹ Señala que la intangibilidad del precio es la regla más importante dentro de la relación contractual pues es la contrapartida del riesgo que asume el contratista confiando que va a lograr superarlo y, que como resultado, obtendrá la ganancia económica proyectada. De ahí que para garantizar la seguridad jurídica vigente al momento de suscribir el contrato administrativo como resultado de la ganancia en un concurso formal, frente al desfase de ese marco jurídico por fenómenos de la realidad económica, contractual y extracontractual, es menester retomar la adecuada equivalencia para el contratista.

²⁷⁰ *Ibíd.*

²⁷¹ Roberto Dromi, *Ecuaciones de los contratos públicos*, (Buenos Aires/Madrid/México: Hispana Libros, 2008), 279-80.

De su parte, el autor colombiano Pedro Lamprea Rodríguez²⁷² considera que la diferencia sustancial entre el contrato administrativo y el contrato privado radica en que el primero debe mantener a toda costa la base económica sobre la cual se dio inicio a la relación contractual en cuanto fue la principal razón que gatilló la decisión del privado para arriesgarse a contratar con el Estado. Si bien esto involucra que en su momento se deban revisar ciertas condiciones contractuales por cuestiones exógenas, la intención no es generar inestabilidad ni tampoco beneficiar caprichos del contratista sino únicamente adaptar el contrato a la realidad que obliga a revisarlo.

Los contratos administrativos, comúnmente, constituyen relaciones jurídicas de extensa duración con grandes volúmenes de dineros involucrados y grandes obras a realizar con alta complejidad técnica. Ello condiciona que, en ocasiones, se susciten circunstancias técnicas, económicas y organizativas imposibles de prever por las partes al momento de formalizar el contrato y que modifiquen sustancialmente el proyecto o las condiciones de su ejecución y con ello, las bases económicas del contrato.

La seguridad jurídica, así como la equitativa distribución de las cargas públicas y la inviolabilidad del patrimonio de los administrados, presuponen la incorporación en los contratos administrativos de los mecanismos que resulten necesarios para evitar los imprevistos en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.²⁷³ Sin embargo, ello no impide que éstos ocurran y que la normal ejecución de un contrato se vea interrumpida por el uso del *ius variandi*, por ejemplo, y que el contratista perjudicado por tal circunstancia deba ser compensado para restaurar el equilibrio económico del contrato.

Para fundamentar el hecho de que sea el Estado quien repare, compense y equilibre la economía contractual afectada, la doctrina administrativa²⁷⁴ esgrime como argumento el principio de igualdad ante las cargas públicas y la responsabilidad objetiva de la administración a quien corresponde asumir los sacrificios que implique la satisfacción de los intereses públicos, no así al particular contratista. Este último, como ya lo advertimos se entiende como un colaborador de la administración en la satisfacción de los referidos intereses, pero nunca en la adjudicación de los excesos económicos que conlleve su cumplimiento.

²⁷² Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos Estatales*, (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 64.

²⁷³ Juan Flores, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53 (2019), 34-84.

²⁷⁴ Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015).

Lamprea Rodríguez²⁷⁵ respecto de la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato, señala que el Consejo de Estado colombiano en consulta del 11 de marzo de 1972, se pronunció en los siguientes términos:

Ciertamente el interés privado no puede paralizar la acción administrativa que busca satisfacer el interés general, pero si en este proceso resultan lesionados legítimos intereses patrimoniales de particulares, la administración está obligada a reparar el daño causado, dentro del conjunto de disposiciones legales y principios jurídicos que establecen en el derecho colombiano la oportunidad, razón y cuantía de estas reparaciones. El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del contratista al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. En este equilibrio se expresa la existencia del contrato.

Esta regla, señala, es la expresión del principio de equidad aplicado al contrato estatal, en donde el contratista pretende recibir el justo reconocimiento económico en el marco de la ley, convirtiéndose dicho equilibrio en la regla básica de existencia del contrato. Es así que la jurisprudencia francesa estableció el principio del mantenimiento del *equilibrio financiero del contrato* la cual sostiene que cuando se hayan impuesto obligaciones nuevas al contratista que desequilibre el presupuesto económico con el cual se inició la relación contractual, la administración debe indemnizar al contratista para restablecer el presupuesto original, es decir, la relación costo beneficio que motivó al particular a aceptar contratar con el Estado.

En este punto cabe referirme a lo que el profesor Ramón Parada llama la *compensación al régimen de privilegio* de la Administración. Al respecto señala que todas las potestades que ésta ejerce en el contrato y que significan, como ya se ha señalado, una profunda desigualdad, tienen una sola contrapartida pero de gran trascendencia por parte del contratista que es el derecho al equilibrio económico del contrato que según manifiesta “se concreta en tantas acciones de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios cuantas hayan sido las agresiones sufridas a sus derechos contractuales provenientes de la Administración o, de otras causas”.²⁷⁶

Esta obligación de la administración de compensar los perjuicios ocasionados puede estar dispuesta por el legislador en una Ley general o particular, regulando los mecanismos de indemnización y los supuestos ante los que proceden o puede el

²⁷⁵ Pedro Lamprea Rodríguez, *Contratos Estatales*, (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 64.

²⁷⁶ Ramón Parada, *Derecho Administrativo I*, (Madrid: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010), 311.

legislador, haber otorgado a las partes la facultad de elaborar la manera en que se efectuará la compensación, mediante cláusulas de revisión de precios. Esta última variante, no goza de la aceptación de Flores,²⁷⁷ quien considera que resulta sumamente útil en el derecho privado, no así en el público, en el que la cláusula de revisión de precios podría quedar reducida a las disposiciones unilaterales de la administración o renunciada anticipadamente por el contratista, violentándose así la obligación de la administración de reparar integralmente el daño.

Es justamente lo que sucede en nuestra legislación, en donde el segundo inciso del artículo 131 del Reglamento General de la LOSNCP establece la posibilidad de renunciar al reajuste de precios por parte del contratista, hecho que, si bien acontece en los contratos no sujetos a precios unitarios, no deja de ser una renuncia de derechos.

Puede ocurrir también que el legislador no realice disposición alguna respecto a la responsabilidad estatal en la compensación de los perjuicios provocados con los cambios en las condiciones de la ejecución del contrato y las partes hayan obviado regular tal supuesto. En estos casos, Momberg,²⁷⁸ considera que la doctrina civil resulta perfectamente aplicable, en tanto la negativa de la administración de indemnizar los perjuicios ocasionados, como consecuencia de la onerosidad excesiva sobreviniente, quebranta el principio de buena fe y, en consecuencia, el compromiso de mutua cooperación. Así también, el principio de igualdad ante las cargas públicas impide que sea el contratista quien asuma el total del sacrificio en pro del beneficio de la colectividad.

Sin embargo, Ponce de León²⁷⁹ explica que hay determinados supuestos que justifican la imposición gratuita al contratista en determinadas cargas, poniendo como ejemplo el incremento en las obras, considerando que podría justificarse por estar asociado a su propia carga y al adecuado equilibrio entre la afectación económica del contratista y el impacto favorable para la sociedad. Esto en nuestra legislación se aprecia en la figura del contrato integral por precio fijo en el cual se prohíbe la celebración de contratos complementarios así como el reajuste de precios, asumiendo el

²⁷⁷ Juan Carlos Flores Rivas, “Responsabilidad contractual del Estado: recepción del principio de reparación integral”, Sentencias Destacadas, *Anuario de doctrina y jurisprudencia*, 2016. Accedido el 20 de agosto de 2021. <https://lyd.org/sentencias-destacadas/>

²⁷⁸ Rodrigo Momberg Uribe, “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2010), 15:21-53.

²⁷⁹ Viviana Ponce de León Solís, “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno” *Revista Chilena de Derecho*, No 42, (2015), 782- 861.

contratista todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones pactadas.²⁸⁰

Flores²⁸¹ afirma que, en cualquier variante, para justificar la imposición de cargas gratuitas al contratista, resulta muy necesario constatar la existencia de beneficios para el contratista, así como la previsión en el contrato cuando se trate de mecanismos de compensación ante la ocurrencia de las modificaciones en las cláusulas del contrato, motivadas en el ejercicio de las potestades públicas. La proporcionalidad de la carga pública estaría entendida, en la medida que no constituya una privación del derecho afectado al contratista. Si la restricción que impone la carga no consiste en la privación del derecho, puede considerarse exenta de la obligación de indemnizar, entendiéndose que una carga es capaz de privar al titular de un derecho, cuando significa un traslado patrimonial; es decir, cuando el bien que soporta la carga deja de pertenecer al patrimonio del titular. Despoja, también, al titular de un derecho, la carga que quiebra el núcleo esencial del derecho, privando las facultades de disposición, goce o uso, y cuando provoque daños innecesarios o implique gravámenes de gran magnitud.

En consecuencia, la obligación o la exención de indemnizar por las modificaciones en el contrato, dependerá del cumplimiento del principio de justicia distributiva, en base al cual, los perjuicios que impliquen la producción de un bien o servicio de utilidad pública no pueden recaer en un solo integrante de la comunidad, sino deben ser distribuidas equitativamente, entre todos.²⁸²

Especial vigencia cobra tal principio en los contratos administrativos, en tanto, la presencia del contratista evita al Estado tener que asumir la totalidad de los gastos, por lo que el contratista se desempeña como un colaborador en la satisfacción de una necesidad pública. La salvaguarda del equilibrio económico financiero del contrato constituye, además de expresión del principio del derecho administrativo de igualdad ante las cargas públicas, la garantía de continuidad de la prestación de los servicios públicos, y la ejecución de las obras públicas planificadas.²⁸³

²⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 53.

²⁸¹ Juan Flores, "Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 53 (2019), 67-981.

²⁸² Juan Alfonso Santamaría Pastor, "La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador", *Revista de Administración Pública*, (1972), 68:121-143.

²⁸³ Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa*, 2ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

De obligarse al contratista a cargar gratuitamente con todas las modificaciones que la administración puede incorporar al contrato de forma legal y unilateral, no es posible formalizar contrato alguno con particulares dispuestos a asumir tales riesgos. Es por eso que en el Ecuador, como ya quedó dicho, las modificaciones o ampliaciones que se requieran efectuar en la etapa de ejecución, se materializan a través de contratos complementarios, es decir, a través de un instrumento legal en el que confluye la voluntad de ambas partes –Estado y contratista- sin que sea posible, por tanto, imponer dichas modificaciones en contra de la voluntad del contratista. Lo propio sucede con las modificaciones que se efectúen a través de diferencia en cantidades de obra y órdenes de trabajo (rubros nuevos) en donde la ley prevé el pago por toda actividad extra al contrato que se requiera por parte del contratista que, además, debe quedar formalizada mediante documentos que contengan las firmas de las partes, es decir, que expresen su voluntad para ello.

2. Aplicación arbitraria de las cláusulas exorbitantes en el marco de la contratación pública: análisis de un caso concreto

El caso que analizaré dentro de este trabajo de investigación ha sido escogido porque a mi juicio los hechos que lo motivan demuestran de forma clara la arbitrariedad con la que puede actuar el Estado en el ejercicio de sus potestades exorbitantes, traspuestas a los contratos administrativos, al tiempo que intenta visualizar la importancia de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y hacer uso efectivo de las garantías que franquea la Constitución para impugnar los actos del poder público, cuando dichos actos vulneran esos derechos.

Conforme se verá infra, el caso analizado presenta la particular situación en la que una entidad contratante es obligada a aplicar las cláusulas exorbitantes estipuladas en un contrato administrativo, a instancias de una tercera entidad, la Contraloría General del Estado, con lo cual se demostrará una doble manifestación de la arbitrariedad con la que puede actuar el Estado en perjuicio de los contratistas: por un lado, el exceso de poder por parte de la Contraloría General del Estado al rebasar, con “recomendaciones”, los límites que el ordenamiento jurídico impone a las actividades de control gubernamental; y, por otro lado, la imposibilidad material de las entidades públicas examinadas para dejar de aplicar tales recomendaciones, aunque en el presente caso el mentado cumplimiento a pie juntillas llevó a la entidad contratante a inobservar una

expresa prohibición que se contenía en una ley orgánica, promulgada apenas un mes antes de que se inicie el procedimiento de terminación anticipada y unilateral del contrato administrativo. En efecto:

El 26 de febrero de 2015 el Consorcio Quito, integrado por las empresas Bueno & Castro Ingenieros Asociados Cía. Ltda., y Castro y Castro Constructora Cía. Ltda., celebró con el Consejo Nacional de la Judicatura el contrato No. 013-2015 para la “Ejecución de la obra para la construcción de la Unidad de Flagrancia Tipo A en Quitumbe D.M Quito, provincia de Pichincha”, por un monto de USD 7’831.729,97 (Siete millones ochocientos treinta y un mil setecientos veintinueve 97/100 dólares de los Estados Unidos de América);²⁸⁴ y, ii) Con fecha 13 de octubre de 2017 las mismas partes suscribieron el Contrato Complementario No. 1 al Contrato de ejecución de obra para la “Construcción de la Unidad de Flagrancia tipo A, en Quitumbe D.M, Quito, provincia de Pichincha” por un monto de USD\$ 2’521.586.54 (Dos millones quinientos veinte y un mil quinientos ochenta y seis con 54/100 dólares de los Estados Unidos de América).²⁸⁵

Hallándose la obra prácticamente construida, el 25 de abril de 2017 el Consejo de la Judicatura -CJ- tomó posesión y uso de la Unidad de Flagrancia Tipo A en Quitumbe. Al efecto, el 18 de enero de 2018 se suscribió la respectiva acta en la que el Consejo de la Judicatura reconoce que se encuentra en uso de dicha Unidad desde el 25 de abril de 2017. Al momento de suscripción del acta de uso el Consejo de la Judicatura adeudaba a la Contratista la suma de USD 2.481.427,82, descontado el anticipo.

Al año siguiente, la Contraloría General del Estado, dentro de su actividad de control de 2019, realizó el “Examen especial a los estudios y diseños; y, a las etapas preparatoria, precontractual, contractual y ejecución de los contratos de construcción y fiscalización de la Unidad de Flagrancia tipo A ubicada en Quitumbe, Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a cargo del Consejo de la Judicatura, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2019”, cuyos resultados constan en el Informe DNA8-0025-2019.²⁸⁶

²⁸⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio n° 17297202100904*, 15 de septiembre de 2021. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ Ecuador Contraloría General del Estado, *Informe DNA8-0025-2019*, aprobado el 22 de noviembre de 2019. <https://www.contraloria.gob.ec/Consultas/InformesAprobados>

Producto del citado examen la Contraloría General emitió, entre otras, las siguientes “recomendaciones” dirigidas al Director General del Consejo de la Judicatura:

6. Dispondrá al Administrador del contrato y al Fiscalizador de la obra, impongan al Consorcio Quito la multa de 2 929 249,12 USD, por incumplimiento de personal técnico propuesto.²⁸⁷

14. Una vez cuente con los informes respectivos, en observancia de las disposiciones legales y normativas pertinentes, iniciará y tramitará la terminación unilateral del contrato 013-2015, por los incumplimientos del Consorcio Quito descritos en los comentarios que anteceden, con la finalidad de precautelar la inversión realizada por el Consejo de la Judicatura en la construcción de la Unidad de Flagrancia tipo A Quitumbe.²⁸⁸

15. Efectuada la terminación unilateral del contrato, iniciará las acciones legales que correspondan, para demandar al Consorcio Quito, la indemnización por los daños y perjuicios a que haya lugar, por los incumplimientos de sus obligaciones contractuales.²⁸⁹

Como se puede apreciar, a través de estas denominadas recomendaciones, en franca contradicción con su ámbito de acción (particularmente lo previsto en el artículo 31.28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y del segundo inciso del artículo 20 del Código Orgánico Administrativo), la Contraloría General del Estado dispuso a una entidad pública y autónoma imponer multas, terminar anticipada y unilateralmente un contrato y demandar al contratista, por daños y perjuicios. Utilizo el verbo “ordenar” porque el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala:²⁹⁰

Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado.

En el contexto de lo mencionado se tiene, por una parte, que las recomendaciones de la Contraloría General del Estado, nacidas de exámenes de auditoría, son de cumplimiento inmediato y obligatorio; y, por otra parte, que la

²⁸⁷ *Ibíd.*, 89.

²⁸⁸ *Ibíd.*, 147.

²⁸⁹ *Ibíd.*

²⁹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 92.

recomendaciones Nos. 14 y 15 del Informe DNA8-0025-2019, al tiempo de introducir una soslayada reforma al artículo 94 de la LOSNCP -porque transmuta el verbo podrá por deberá-, engendra un mecanismo atentatorio al derecho a la defensa puesto que poco importará lo que el Contratista “justifique” o remedie”. Hay una orden del organismo de control, y esa orden debe ser cumplida inmediatamente y obligatoriamente.

En efecto, la recomendación No. 15 no deja margen a la duda cuando, dando por descontada la terminación unilateral y anticipada del contrato No. 013-2015 (efectuada la terminación unilateral), a renglón seguido ordena al Consejo de la Judicatura “...iniciará las acciones legales que correspondan, para demandar al Consorcio Quito, la indemnización por los daños y perjuicios a que haya lugar, por los incumplimientos de sus obligaciones contractuales”.

Otra cuestión que llama la atención del caso analizado es que la Contraloría General del Estado, sin competencia legal según se verá infra, en una franca manifestación de exceso o desvío de poder disponga la terminación de un contrato de obra que, al tiempo de iniciar el examen especial y emitirse las recomendaciones citadas, ya había sido concluido por agotamiento de su objeto y ya llevaba más de dos años en uso de la entidad contratante, con lo cual se advierte que una velada intencionalidad detrás del examen especial en cita, habría podido estar orientada a que el Estado se enriquezca sin causa justa dejando de pagar sus obligaciones, pues no de otra manera se explica que se disponga la terminación unilateral de un contrato de obra que se ya se había construido, y que se hallaba en uso de la entidad contratante, con la peculiaridad de que ésta adeudaba a la contratista una cantidad superior a los dos millones de dólares.²⁹¹

Finalmente, la orden de terminar el contrato anticipada y unilateralmente e iniciar acciones legales de daños y perjuicios en contra del contratista supondría, llegado el momento, que éste: (i) no reciba el pago de lo adeudado por la entidad contratante desde la fecha en que entregó la obra; (ii) deba reembolsar a la aseguradora el monto de las garantías ejecutadas; (iii) deba permanecer inhabilitado para contratar con el Estado, por cinco años; y, (iv) deba indemnizar a la entidad contratante por los “daños y perjuicios”

²⁹¹ Aunque no es materia del presente trabajo, y solo con el propósito de dejar sentados mayores precedentes sobre la arbitrariedad de la Administración en este caso, no contenta con haber ordenado al Consejo de la Judicatura la imposición de multas por una suma superior a lo que el CJ adeudaba al contratista, la propia Contraloría General del Estado predeterminó y confirmó sendas glosas en contra del Consorcio Quito, por 2 929 249,12 USD (el monto de las multas ordenadas imponer) y 7 270 852,60 USD (cifra aproximada al precio del contrato principal), respectivamente, incurriendo con ello en una nueva arbitrariedad al sancionar dos veces un mismo hecho.

proferidos con la construcción de una obra que está en pleno uso desde abril de 2015. En otras palabras, para la Contraloría General del Estado, a través del Consejo de la Judicatura, es como si la obra no existiere o, existiendo, el Consorcio Quito deba cubrir todos los costos de construcción y, adicionalmente, pagarle una indemnización al Consejo de la Judicatura y otra a la Contraloría General del Estado por haberle permitido construir la Unidad de Flagrancia Tipo A en Quitumbe.

Frente a tales evidencias y consecuencias surge el siguiente cuestionamiento: ¿Puede la CGE disponer la toma de decisiones a funcionarios de otras entidades en materia de contratación pública, que causen efectos jurídicos directos a un tercero?

Para responder esta interrogante e iniciar el correspondiente análisis, es menester remontarnos a junio de 2002, cuando se expidió la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Desde entonces, este instrumento legal ha sido materia de discusión académica y jurisprudencial la naturaleza jurídica de los informes de la Contraloría General del Estado, particularmente por la imposibilidad de impugnación de tales informes, según lo establece el artículo 69 de la citada Ley. Y es que, en la práctica, los informes de la Contraloría General del Estado pueden llegar a convertirse en verdaderos actos administrativos cuando, a través de recomendaciones de hacer, causan efectos directos en las personas naturales o jurídicas examinadas. Las recomendaciones 6, 14 y 15 del Informe DNA8-0025-2019 son un claro ejemplo de ello.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado -LOCGE- señala:

Examen Especial.- Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones.²⁹²

Los informes de auditoría y de exámenes especiales regulados en la LOCGE, son actos de simple administración sobre cuya base la Contraloría General del Estado, siguiendo el procedimiento establecido en dicha Ley, puede llegar a determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas, e indicios de responsabilidad penal. En esa línea, el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo, respecto de los actos de simple administración, establece: “[...] es toda declaración unilateral de

²⁹² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 19.

voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta”.²⁹³

En tal virtud, los informes de auditoría que contienen los exámenes especiales realizados por la Contraloría General del Estado no pueden (o no deberían) generar efectos jurídicos directos²⁹⁴ bajo ninguna circunstancia o al menos así debería ser si se respeta estrictamente el sentido de la norma, lo cual en el caso en análisis no aconteció, evidenciándose, por el contrario, una actuación arbitraria por parte del órgano de control.

Tanto son actos de simple administración -los informes que elabora la CGE- y no generan (o no deberían generar) efectos jurídicos directos, que el artículo 69 de la misma LOCGE determina:

Decisiones susceptibles y no susceptibles de impugnación.- Podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, las resoluciones de la Contraloría General del Estado, que impliquen establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles culposas, conforme lo dispuesto en los artículos 45 y 52 de esta ley.

No podrán, en consecuencia, impugnarse los informes de auditoría, de exámenes especiales, los que consistan en dictámenes o informes que le corresponda emitir de acuerdo con la ley, ni las actuaciones que establecieren indicios de responsabilidad penal.²⁹⁵

En concordancia con este análisis, dentro de las funciones y atribuciones asignadas a la Contraloría General del Estado, el artículo 31 de la LOCGE en su número 2, establece:

28. Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. **Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen.**²⁹⁶

²⁹³ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 120.

²⁹⁴ Las recomendaciones de la CGE dirigidas a disponer la terminación unilateral del contrato, en el caso en análisis, evidentemente generó efectos jurídicos directos, que además comportan la declaración como contratista incumplido con la prohibición de contratar con el Estado por un período de cinco años.

²⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 69. (énfasis agregado)

²⁹⁶ *Ibíd.*, art. 31, no. 2. (énfasis agregado)

La disposición legal citada deja en claro que las potestades de la Administración traducidas para el caso concreto en las cláusulas exorbitantes de un contrato administrativo suscrito como resultado de un proceso de contratación pública son de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante en la persona de los servidores encargados de llevar adelante la etapa de ejecución. De ahí que, en el caso en revisión, la decisión de imponer multas, su cálculo y monto, así como de terminar anticipada y unilateralmente el contrato e iniciar acciones legales en contra del Contratista no le correspondía adoptarla a la CGE a través de sus recomendaciones, sino al Consejo Nacional de la Judicatura de manera independiente y autónoma, más aún si se considera que las facultades del órgano de control se circunscriben a revisar, verificar y evaluar las actividades de la Administración con posterioridad a su ejecución.

En el caso de la recomendación relacionada con la imposición de multas, debo decir que, como vimos en el capítulo anterior, la sanción coercitiva o multa es una de las formas de cláusulas exorbitantes, toda vez que su aplicación es únicamente potestad de la entidad contratante. Al respecto, el artículo 71 de la LOSNCP²⁹⁷ determina que aquellas son atribuciones exclusivas del administrador y fiscalizador del contrato, según corresponda, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en dicho instrumento legal. El hecho de que sea la CGE la que disponga la imposición de una multa al Contratista le afecta a éste en su derecho a la defensa como parte del debido proceso, toda vez que, si bien el mismo artículo 71 antes referido permite que las multas sean impugnadas en vía administrativa y judicial, lo hace en el entendido de que éstas sean impuestas por aquellos a quienes la ley autoriza, es decir administrador o fiscalizador, más no por un órgano de control cuyos informes, como se dijo, no son impugnables.

Para el caso de la recomendación mediante la cual la CGE dispone al CNJ que termine anticipada y unilateralmente el contrato, esta infringe la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 20 del COA que expresamente establece “Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo”,²⁹⁸ ya que al respecto los artículos 94 y 95 de la LOSNCP, otorgan dicha competencia exclusiva a la entidad contratante en la persona de los funcionarios encargados de llevar adelante cada proceso y de supervisar la ejecución de cada contrato.

²⁹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 71,

²⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 20.

En este contexto, encuentro una contradicción entre la naturaleza jurídica de los informes de exámenes especiales de la CGE como actos de simple administración con la aplicación que estos imponen a los ciudadanos sujetos a esos mecanismos de control, puesto que la recomendación es, conforme el Diccionario de la Real Academia Española:²⁹⁹ “Encargo o súplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia”, “Alabanza o elogio de alguien para introducirlo con otra persona” o “Autoridad, representación o calidad por la que algo se hace más apreciable y digno de respeto”. En el caso de la CGE, las recomendaciones son, en cambio, verdaderas órdenes o disposiciones de obligatorio cumplimiento según lo establece el artículo 92 de la LOCGE,³⁰⁰ lo que de suyo desnaturaliza al propio término.

Esto, a mi criterio, afecta también los derechos de la entidad contratante en la persona de los servidores y funcionarios – para el caso en particular del Administrador, Fiscalizador y técnicos afines para la recepción- que se ven entre la espada y la pared al tener que cumplir de manera obligatoria disposiciones que puedan comportar responsabilidades que no necesariamente nazcan de su decisión en el libre ejercicio de su función sino de la imposición de un tercero que, como se ha visto, no es competente para aquello.

En síntesis, los informes de la CGE, en cuanto actos de simple administración, causan efectos jurídicos individuales y de forma indirecta, sin embargo, para el caso en análisis queda evidenciado que el informe DNA8-0025-2019 a través de las recomendaciones 6, 14 y 15 si generó efectos jurídicos de aplicación directa en contra de la Contratista viciando su naturaleza jurídica en cuanto acto de simple administración y provocando afectación a los derechos de aquella.

El primero de ellos, la seguridad jurídica. En su momento señalé que ésta se erige como uno de los principales derechos en la relación contractual administrativa, pues está llamado a proteger el vínculo de los particulares con el Estado cuando este ejerce su poder de imperio, garantizándoles el cumplimiento irrestricto de las condiciones bajo las cuales se generó la relación contractual.

²⁹⁹ Diccionario de la Real Academia Española <https://dle.rae.es/recomendaci%C3%B3n?m=form>

³⁰⁰ “Art. 92.- Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado”.

En el caso que analizo se evidencia que en el año 2016 el CNJ inició el trámite de terminación unilateral del contrato 013-2015,³⁰¹ sin embargo, la máxima autoridad, mediante oficio CJ-DG-2017-404 de 11 de abril de 2017, lo dejó insubsistente. Es decir, la Administración -léase Entidad Contratante- que es la única competente para decidir sobre la terminación unilateral de un contrato suscrito por ella, ya expresó su voluntad al respecto; sin embargo, la CGE, en franco ejercicio abusivo de sus competencias y en contra de la disposición expresa del artículo 18, último inciso de la LOCGE³⁰², desoyó dicha voluntad y a través de una *recomendación* dispuso iniciar nuevamente dicho trámite de terminación, con lo cual no solo se extralimitó en sus funciones sino además violentó el artículo 31 número 28 de la LOGCE que le prohíbe disponer la emisión de actos administrativos a través de su función de control; y, finalmente, el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución que determina “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.³⁰³

Este irrespeto al derecho a la seguridad jurídica, que representan las tres recomendaciones en análisis, en la práctica se evidencia en la triple sanción que generan para el Contratista, a saber: i) imposición de multa,³⁰⁴ ii) terminación unilateral del contrato que,³⁰⁵ además, implica su declaratoria como contratista incumplido; y, finalmente, iii) la predeterminación de una responsabilidad civil culposa o glosa por el mismo valor de la multa y del propio contrato,³⁰⁶ configurándose para el Contratista una doble sanción (la multa la impone el CJ por orden de la CGE y la glosa por el mismo valor la impone directamente la Contraloría), violentándose con ello la garantía del *non bis in ídem* consagrado en el artículo 76.7 letra i) de la Norma Suprema.

³⁰¹ Contraloría General del Estado, *Informe DNA8-0025-2019*, 47.

³⁰² “Art. 18.- [...] La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley”.

³⁰³ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 82.

³⁰⁴ Multas que, por lo demás, se encontraban impugnadas en sede judicial (Juicio No. 17811-2018-00799)

³⁰⁵ Contrato que, como quedó mencionado, se encontraba totalmente ejecutado a tal punto que la entidad contratante ha venido usando dicha obra desde el 25 de abril de 2017.

³⁰⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio n° 17297202100904*, 15 de septiembre de 2021. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

En efecto, a más del derecho a la seguridad jurídica también se violentó el derecho constitucional al debido proceso en cuanto una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa, como sucedió en el caso en cuestión, ya que en tanto el Contratista debía enfrentar las consecuencias de la terminación unilateral de su contrato -sin justificación, sustento, ni motivación algunas- debía defenderse frente a la determinación de una responsabilidad civil culposa que también le impuso la Contraloría General del Estado, restándole posibilidades de ejercer su legítimo derecho a la defensa.

La otra cara de este caso, cuyo detalle no sería posible efectuar por lo limitado del espacio en este trabajo, comporta la afectación directa al patrimonio así como al derecho al trabajo de los contratistas por la aplicación arbitraria de las cláusulas exorbitantes, en particular de la terminación unilateral por parte de la Entidad Contratante, pues de la lectura del caso y de varios documentos del mismo no existe más argumento para ello que la recomendación de la CGE a través del informe resultado del examen especial practicado, que valga decir, tampoco encuentra argumento sólido para disponer tal arbitrariedad, más aún si dicho sustento -el edificio es vulnerable a la ocurrencia de sismos- es responsabilidad de un tercero (el consultor que efectuó los estudios); sin embargo, el ejercicio abusivo de la actividad de control, derivó en la aplicación de sanciones al contratista de la obra, en una suerte de “responsabilidad solidaria” no prevista en la ley .

En este punto debo decir que este trabajo no busca cuestionar la existencia de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos pues es evidente que en una sociedad debe primar el bienestar general por sobre los intereses particulares y, por tanto, el Estado debe contar con los mecanismos suficientes que le permitan constreñir a los contratistas de obras, bienes o servicios a cumplir con sus obligaciones en aras de dotar a la ciudadanía de lo necesario para una vida digna, ya que también es cierto que no todos los contratistas actúan con la debida diligencia y responsabilidad en la ejecución de los contratos a cuyo cumplimiento se obligan, perjudicando de esa forma los recursos públicos y el interés general. Sin embargo, como también he manifestado a lo largo de este trabajo, no puede abusarse de las cláusulas exorbitantes sino utilizarlas con la responsabilidad que implica afectar la economía, el patrimonio, el prestigio y el derecho al trabajo de los ciudadanos.

Para concluir con el caso debo señalar que mediante sentencia de 16 de julio de 2021 la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito

Metropolitano de Quito, ante la demanda planteada por el Consorcio contratista, luego de concluir que:

las Recomendaciones 6, 14 y 15 del Informe DNA8-0025-2019 aprobado el 26 de noviembre de 2019, objeto de la acción de protección, inobservan el procedimiento regular que debe seguirse para que se pueda multar a un contratista y dar por terminado un contrato administrativo, sometido a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP. Por las mismas razones expuestas respecto de la violación del derecho al debido proceso, existe también una violación al derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Norma Suprema, quedando en evidencia que las recomendaciones materia de la presente acción de protección no se ajustan a la normativa preestablecida por el ordenamiento jurídico, de tal forma que los derechos fundamentales del accionante no se encuentran debidamente tutelados.³⁰⁷

Resolvió:

7.1.- Declarar la vulneración del derecho constitucional al (sic) **SEGURIDAD JURÍDICA (Art. 82); IGUALDAD FORMAL Y DEBIDO PROCESO (Art. 76 numerales 1 y 3**, consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.

7.2.- Aceptar la acción de protección planteada [...]

7.3.- En cuanto a la reparación integral de la accionante dejar sin efecto las recomendaciones 6, 14 y 15 y sus consecuencias, del Informe de la Contraloría General del Estado No. DNA8-0025-2019 aprobado el 26 de noviembre de 2019.³⁰⁸

De la mencionada sentencia, la CGE propuso un recurso de apelación, correspondiendo su conocimiento a la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, la cual rechazó el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada y confirmó en todas sus partes la sentencia subida en grado.

En suma, para el Contratista fue necesario acudir a la justicia constitucional a fin de conseguir eliminar del ordenamiento jurídico las recomendaciones Nos. 6, 14 y 15 del informe DNA8-0025-2019 y, a partir de ello, intentar revertir, por una parte, el quehacer administrativo-contractual de la entidad contratante, la que apalancada por las antedichas recomendaciones y no obstante encontrarse vigente la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario,³⁰⁹ el 04 de septiembre de 2020 y a través de la Resolución CJ-DG-

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 229 de 22 de junio de 2020, Disposición Transitoria Décimo Novena: “Con el objetivo de mitigar los efectos de la crisis sanitaria y económica provocada por la propagación de la pandemia del COVID-19, por el período de doce meses, las entidades contratantes no iniciarán procesos de terminación unilateral de contratos cuando existan valores pendientes de pago derivados de actas de entrega provisional o definitiva, actas de liquidación, planillas aprobadas u otros instrumentos. El Estado no podrá alegar la inexistencia de cuentas por pagar

2020-50, declaró terminado anticipada y unilateralmente el contrato No. 013-2015, ordenó la ejecución de las garantías y la inhabilitación del Contratista en el registro de incumplidos a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública, y por otra parte, impugnar las glosas impuestas por la misma causa por la Contraloría General del Estado, entidad que, dicho sea de paso, únicamente no confirmó la glosa relativa a la multa, no así aquella que tiene que ver con una suma aproximada al precio del contrato principal, la cual ha sido ratificada.

Como señalé al analizar las cláusulas exorbitantes, estas por el solo hecho de incluirse en el contrato administrativo no causan ninguna afectación a los derechos del Contratista. Es cuando el Estado las aplica de manera arbitraria cuando generan perjuicios directos a los involucrados, afirmación que a través de este análisis he pretendido sustentar.

3. Mecanismos para procurar un trato justo al contratista en su relación contractual con el Estado

Al momento de elaborar la primera versión de este plan de tesis consideré un título denominado “Posibles soluciones”; sin embargo, una vez adentrada en la investigación, considero que el término apropiado para referirme a la protección que requieren los contratistas frente a los impactos que pueden generar las potestades exorbitantes de la Administración -para el caso en particular, las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo- es más que solución, equilibrio, entendido este término no solamente como igualdad, sino también como la introducción en el ordenamiento jurídico de canales de impugnación ágiles, imparciales y eficaces, de los cuales los contratistas puedan echar mano para impugnar los hechos y actos de la Administración, que estimen arbitrarios.

Afirmo aquello porque en el desarrollo de esta investigación ha quedado claro que las potestades exorbitantes son innatas al Estado y se justifican plenamente en cuanto coadyuvan a la supremacía del interés general por sobre el interés particular; entendido aquel como la satisfacción plena de las necesidades de sus ciudadanos, -para el caso de la contratación pública: la dotación de obras, adquisición de bienes y

porque no se ha concluido un trámite que depende de la entidad contratante o el Estado” (énfasis agregado).

provisión de servicios que observen precios justos y garanticen la calidad-. De ahí que no se trata de ofrecer oposición a las potestades exorbitantes, -eliminándolas o disminuyéndolas-, sino de reforzar las vías que permitan garantizar un justo equilibrio de derechos frente a las obligaciones asumidas, así como desde mi posición sugerir otras que puedan aportar a ese objetivo.

En principio, el mismo contrato administrativo, derivado de la aplicación de la ley, debería establecer a través de su clausulado, mecanismos para mitigar los posibles riesgos de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, bajo la premisa del principio *pacta sunt servanda*. Digo debería porque el texto del contrato es producto de un formato preestablecido por el SERCOP que es de uso obligatorio por parte de las entidades contratantes y, por tanto, de adhesión por parte de los adjudicatarios, instrumento que si bien puede ser modificado de forma motivada para adecuarlo a la naturaleza de la contratación,³¹⁰ difícilmente podría serlo para incorporar o eliminar cláusulas no consentidas por el ente rector, sobre todo cuando con dichas modificaciones se excluyan o disminuyan las cláusulas exorbitantes, o se conceda a los contratistas mayores derechos a aquellos acotados en los formatos dictados por el SERCOP.

Sin embargo de ello, es bien sabido que la Constitución que rige al Ecuador es una de “derechos y justicia”³¹¹ y, a partir de ello, tenemos que el “...más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”,³¹² estando éste “..., sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, [...] obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”;³¹³ que en “...todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...”,³¹⁴ debiendo toda “...autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las

³¹⁰ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 28.

³¹¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

³¹² *Ibíd.*, art. 11.9

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ *Ibíd.*, art. 76.1

partes”;³¹⁵ y, finalmente, que las compras públicas deben cumplir “...con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social...”.³¹⁶

Sobre la base de los citados principios, derechos y garantías constitucionales, se justifica la necesidad de modificar determinadas disposiciones de la LOSNCP, de su Reglamento General y de algunas resoluciones del SERCOP,³¹⁷ a fin de proveer canales ágiles, imparciales y eficaces para que los contratistas puedan impugnar y oponerse a los hechos y actos de las entidades contratantes, cuando consideren que tales decisiones rebasen los límites que las propias cláusulas exorbitantes franquean; no obstante, y dado que tales modificaciones pueden implicar una tramitología condicionada por la política, lo que a su vez se traduce en tiempos dilatados, por lo pronto considero menester volver la mirada a los mecanismos que existen actualmente y que por algunas de las razones que más adelante expondré, no son aprovechados en su real dimensión. Me referiré, en primer término, a la mediación.

El artículo 190 de la Constitución preceptúa:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.
En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.³¹⁸

En conexión con el precepto constitucional, el artículo 104 de la LOSNCP determina:

De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.³¹⁹

Sin embargo, el modelo obligatorio establecido por el SERCOP, contempla una cláusula denominada “Solución de controversias”, fundamentalmente enfocada al convenio arbitral, la misma que reza:³²⁰

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.*, art. 288. No debe perderse de vista que la Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008), es posterior a la expedición de la LOSNCP (04 de agosto de 2020), con lo cual sigue siendo tarea pendiente adecuar dicha ley al texto constitucional.

³¹⁷ Bien entendido que las cláusulas exorbitantes de la Administración pública, en la vertiente contractual, son producto de estas normativas.

³¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 190.

³¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 104.

En caso de que, respecto de las divergencias o controversias suscitadas sobre el cumplimiento, interpretación y ejecución del presente contrato, no se lograre un acuerdo directo entre las partes, éstas renuncian expresamente a la jurisdicción ordinaria, y se someten a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, al reglamento de funcionamiento del centro de mediación y arbitraje de (*determinar el centro de mediación acordado entre las partes*) y a las siguientes normas [...].³²¹

No obstante lo anterior, como la mediación es un método alternativo de solución de conflictos que está contemplada en la Constitución y en la Ley, y en razón del efecto que la ley tiene a tenor del artículo 7.18 del Código Civil,³²² su invocación y aplicación es transversal en la contratación pública en tanto el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 16, establece expresamente que “El Estado o una entidad del sector público podrán resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica objeto de mediación, incluyendo dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas, indistintamente del órgano administrativo que los emita”.³²³

En el contexto mencionado, y a los efectos del tema de esta investigación, los asuntos relacionados con actos de terminación unilateral de contrato, así como con las sanciones administrativas o multas, -como se evidencia del texto transcrito-, bien podrían ser ventilados ante los Centros de Mediación autorizados, con lo cual se evitaría que los contratistas que consideren vulnerados sus derechos acudan a los órganos jurisdiccionales para reclamarlos, saturando más el sistema de justicia y demorando un posible reconocimiento de sus pretensiones.

³²⁰ Cláusula introducida en el modelo obligatorio a partir de, entre otros, los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado Nos. 14638 de 11 de junio de 2010 y 09712 de 11 de septiembre de 2012. Sin embargo, la actual obedece a la Resolución SERCOP-120-2021 de 24 de noviembre de 2021 que, a su vez, se fundamenta en la Disposición Transitoria Cuarta del Decreto Ejecutivo 165 de 18 de agosto de 2021, que establece lo siguiente: “*Dentro de los 90 días posteriores a la publicación de este Reglamento en el Registro Oficial, el Servicio de Contratación Pública incorporará en sus pliegos contractuales convenios arbitrales que permitan que las controversias que surjan de la relación contractual sean resueltas mediante arbitraje y mediación (...)*”. Especial análisis requiere esta imposición como una limitante al derecho de las partes de someter las controversias a la vía que consideren más idónea y conveniente -esto último incluyendo la gratuidad- pues como es sabido el arbitraje y mediación pueden resultar onerosos mientras que la jurisdicción contencioso administrativa es gratuita. Sin embargo, estos aspectos no serán abordados en este trabajo.

³²¹ Servicio Nacional de Contratación Pública en <https://portal.compraspublicas.gob.ec>

³²² Ecuador, *Código Civil*, art. 7.18 “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...”.

³²³ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial Suplemento 524 de 26 de agosto de 2021, art. 16.

Sin bien el porcentaje de entidades públicas involucradas en procesos de mediación en el año 2019 asciende al 61% de un total de 2.962 casos, los números arrojan que de las 1.222 mediaciones terminadas, en el 24% se alcanzaron acuerdos totales o parciales, en un 20% no se lograron acuerdos y en 32% los procesos de mediación ni siquiera iniciaron.³²⁴ Estas cifras lo que muestran es que si bien las entidades públicas someten la resolución de sus controversias a este mecanismo, en la mayoría de los casos ni siquiera acuden a los llamados de audiencia, es decir, no se interesan en resolver el conflicto pues la constancia de imposibilidad de mediación se suscribe cuando “convocadas las partes, por dos ocasiones, una de ellas o ambas no asistieren de manera consecutiva [...]”.³²⁵

Variadas pueden ser las razones para esta ausencia;³²⁶ la primera de ellas, el temor que genera en los servidores públicos ser objeto de sanciones por parte de la Contraloría General del Estado en caso de adoptar decisiones que, a los ojos de una auditoría gubernamental, puedan comportar el reconocimiento y la erogación de recursos económicos, -que si bien por tener la calidad de públicos deben ser más cuidadosamente tratados no por eso cada decisión que sobre ellos se adopte deba ser calificada de ilegal por el organismo de control-, desconociendo que las decisiones adoptadas en el marco de la ley con los suficientes justificativos y observando el debido proceso, son perfectamente legítimas y válidas.³²⁷

Una segunda razón y no por eso menos importante, es la falta de preparación, formación y capacitación de los administradores de contratos, bajo cuyos hombros la ley y el reglamento han impuesto una gran y delicada actividad al atribuirles responsabilidad exclusiva de su ejecución. Quiero pensar que el espíritu de la ley fue procurar en las entidades contratantes personal especializado que brinde seguridad en el desenvolvimiento de las actividades encaminadas a revisar el cumplimiento de obligaciones mutuas; sin embargo, luego de años de entrada en vigencia la ley y, por tanto, de la incorporación de esta figura, se evidencia que al tiempo de generar carga laboral adicional a los servidores que son designados administradores de contrato, cuando estos no tienen la suficiente preparación -no me refiero a la académica o profesional sino en administración de contratos en particular- sobre todo en caso de

³²⁴ Ecuador, Procuraduría General del Estado, Centro de Mediación, *Informe de Rendición de Cuentas 2019*, <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/sppagebuilder/37-mediacion-sintesis>

³²⁵ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 29.4.

³²⁶ Más allá de la voluntariedad de este mecanismo de solución de controversias.

³²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 38

contratos de altos montos o que demanden especialización y conocimientos técnicos, surgen altos riesgos de una mala ejecución contractual que generará perjuicios para la entidad contratante pues no recibirá aquello que contrató ni en el tiempo que lo requiere, así como también en el contratista que transitará tortuosos caminos para lograr culminar su contrato indemne de cualquier eventualidad.

Es así que, como primera e impostergable actuación administrativa, es menester brindar una intensiva capacitación a los servidores públicos que fungen como administradores y fiscalizadores de contrato, a fin de dotarlos de los conocimientos suficientes para cumplir satisfactoriamente tan delicado encargo, y con ello echar abajo el tabú de considerar que contar con un título académico, inclusive afín con la materia del contrato que va a administrar, es requisito suficiente para ejercer esa administración. Digo como primera actuación porque considero que lo ideal es contar en un futuro próximo con un organismo técnico especializado dedicado a capacitar a los administradores de contratos de las entidades públicas para que éstos ejerzan esta labor de manera adecuada, de tal forma que sus decisiones sean objetivas, oportunas y garantistas del trato justo.

En segundo término, otro de los mecanismos que existen en la actualidad para garantizar los derechos del contratista es el ejercicio de las garantías jurisdiccionales consagradas en el capítulo tercero del título III (Garantías Constitucionales) de la Norma Suprema, particularmente la acción de protección estatuida en su artículo 88, y desarrollada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a la cual debe añadirse las medidas cautelares, dada su efectividad.

El artículo 88 de la Constitución de la República consagra:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.³²⁸

Como puede inferirse de la garantía constitucional citada, ésta es amplia e incondicional en tanto persiga el amparo de todos los derechos reconocidos en la Constitución frente a actuaciones u omisiones del poder público que vulneren dichos

³²⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 88

derechos constitucionales. En consecuencia, la factibilidad de su invocación y aplicación no debería estar sujeta a condicionamiento alguno; sin embargo, los artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,³²⁹ en su orden prescriben:

Art. 40.- Requisitos. - La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. **Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.**³³⁰

Art. 42.- Improcedencia de la acción. - La acción de protección de derechos no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
 4. **Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.**
 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
 6. Cuando se trate de providencias judiciales.
 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.
- En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.³³¹

De esta manera, el denominado “guardián de la Constitución”, incorporó requisitos y condiciones a una garantía constitucional amplia e irrestricta, hecho éste que se subsume en lo que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero denominan “ilícito atípico” porque se inscribe en la vertiente de “fraude a la ley”.³³² En efecto, la figura del fraude a la ley es axiológica en tanto la expresión "fraude" designa una propiedad valorativa, y el análisis adecuado de la figura exige consentir en que la dimensión regulativa del Derecho está compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios: "...los actos en fraude de ley están permitidos prima facie por una regla pero

³²⁹ Cuyo proyecto, vale decir, fue preparado y propuesto por la propia Corte Constitucional en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 134.4 de la Constitución de la República.

³³⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 40, (énfasis agregado)

³³¹ *Ibíd.*, art. 42 (énfasis agregado)

³³² Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, 2da. Ed., (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 67.

resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión".³³³

En otras palabras, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se justificó, entre otras, en la necesidad de "...ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y la supremacía constitucional;"³³⁴ y en la declaración de que "...la justicia constitucional es una herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares";³³⁵ empero, en la especie incorporó limitaciones para el efectivo ejercicio de los derechos que ofrecía desarrollar, lo cual doctrinariamente se conoce como "fraude de ley".

Por lo demás, y según se verá en detalle infra, los obstáculos generados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fueron luego traspuestos a la normativa sobre contratación pública, a tal punto que mediante reformas introducidas a la LOSNCP el 14 de octubre de 2013, se incorporaron en el artículo 95 y en el artículo 102 -el cual fue declarado inconstitucional- los siguientes textos:

Art. 95.- [...] La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

Art. 102.- [...] Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.³³⁶

En todo caso, y más allá de las restricciones impuestas por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la evidencia empírica demuestra que los contratistas que se sienten perjudicados por las actuaciones del poder público, tienen en las acciones de protección y en las medidas cautelares, mecanismos ágiles y

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ *Ibíd.*, Considerando Tercero

³³⁵ *Ibíd.*, Considerando Quinto

³³⁶ Declarado inconstitucional mediante Resolución de la Corte Constitucional No. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 911 de 21 de febrero de 2017. Sin embargo, permanece en el mismo sentido el contenido del artículo 95 de la LOSNCP.

eficaces para impedir que se consumen actuaciones arbitrarias de la Administración pública en materia contractual. Preciso y justo es señalar que, en este aspecto, la propia Corte Constitucional, mediante sentencia que constituye jurisprudencia vinculante o precedente con carácter *erga omnes*, dejó claro que:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. - 2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o *erga omnes* en casos similares o análogos.³³⁷

Ahora bien, refiriéndome a las reformas que planteo necesario efectuar a la actual normativa de contratación pública para que los contratistas puedan oponerse a los actos arbitrarios de la Administración, la que considero más importante para efectos de este trabajo de investigación es justamente la del artículo 95 de la LOSNCP, referido al trámite de terminación unilateral de contrato.

Como quedó dicho al analizar detalladamente este artículo en el acápite de “Cláusulas exorbitantes”, en él confluyen aspectos que restan credibilidad al citado trámite puesto que es la propia entidad contratante -es decir, una de las partes del contrato- la que funge como juez al actuar sobre la base del informe técnico económico del propio Administrador de contrato -que también es funcionario de la entidad contratante y es quien determina los incumplimientos-, y resuelve declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato. Es decir, no existe para el contratista, al menos *prima facie*, garantía de enfrentar un proceso imparcial.

En igual sentido cuestiono el contenido del artículo en tanto señala que “Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”³³⁸ -esto como quedó dicho, también se contenía en el artículo 102 de la LOSNCP que fue declarado inconstitucional, sin embargo, continúa en el segundo inciso del artículo 95 *ibídem*-. Si al hablar de mecanismos adecuados y eficaces se refiere a los Tribunales

³³⁷ Ecuador, *Corte Constitucional*, Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 767 de 2 de junio de 2016.

³³⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 95.

Distritales de lo Contencioso Administrativo solo basta con valorar el tiempo que demora la calificación de las demandas y de ahí la fecha de señalamiento de audiencias para saber que tal presupuesto no es verdadero y, por tanto, es la justicia constitucional la única que en efecto cumple con tal fin. Sin embargo, es justamente esa vía la que prohíbe utilizar la ley a través del artículo 95.

Y, finalmente, el último inciso del citado artículo que constituye una puerta para la arbitrariedad al permitir que la entidad contratante que ha terminado unilateralmente un contrato, seleccione sin más trámite y de manera directa un nuevo proveedor que concluya el objeto contractual suspenso.

Los términos de la reforma que propongo se relacionan directamente con el punto neurálgico en el trámite de terminación unilateral de un contrato que lo constituye el hecho de que sea la entidad contratante la que determine los incumplimientos del contratista y, a la vez, la que resuelva sobre ellos. En tal sentido, para evitar esta participación de la entidad contratante como juez y parte, convendría que los trámites de terminación unilateral se lleven a cabo ante una entidad distinta que para los efectos, sería el SERCOP como ente rector de la materia que, conociendo los argumentos tanto de la entidad contratante como del contratista y, efectuando un análisis objetivo e imparcial -en cuanto no representa a ninguna de las partes- resuelva al respecto. Por tanto, el texto propuesto es el siguiente:

Art. 95.- Notificación y Trámite.- la Entidad Contratante mediante oficio motivado solicitará al SERCOP dar inicio al trámite de terminación unilateral, para cuyo efecto acompañará el informe técnico y económico del contrato, en el que consten los incumplimientos que le atribuye al contratista.

El SERCOP notificará al contratista con la anticipación de diez (10) días término, sobre la solicitud formulada por la entidad contratante. Junto con la notificación, se remitirá el informe técnico-económico, referente al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá de su obligación de responder presentando sus argumentos de descargo.

Una vez cumplido el término concedido, el SERCOP evaluará los argumentos de descargo presentados por el contratista y, de no ser suficientes o pertinentes, le concederá el término de diez (10) días para que justifique la mora o remedie los incumplimientos, advirtiéndole que, de no hacerlo, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, el SERCOP comunicará del particular a la entidad contratante para que proceda a dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, 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.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Definitivamente una entidad independiente a la ejecución del contrato -que conozca de los trámites de terminación unilateral- aportaría transparencia al proceso, al mismo tiempo que armonizaría la satisfacción del interés público que debe constituir el objetivo de la Administración, con los intereses del Contratista, para quien es tan importante la conclusión feliz de un contrato, como la permanencia en el RUP, para la consecución de otros.

Otra norma que merece reformarse pues, a mi juicio, distorsiona el concepto que reglamenta, porque lo enfoca únicamente desde la visión del contratista, sin tener en cuenta que, una situación de subida o bajada de precios es posible en economías como la nuestra, y que esa probabilidad puede efectivamente perjudicar o beneficiar a cualquiera de las partes contratantes, es el inciso final del artículo 131 del Reglamento General a la LOSNCP, según el cual:

Como el derecho a percibir el reajuste es de aquellos que se pueden renunciar, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes.³³⁹

Esta sola permisividad ha sido traducida en una práctica común y al día de hoy es usual comprobar que los contratos administrativos incluyen una cláusula de renuncia,

³³⁹ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 134, inciso final

de ambas partes, al reajuste de precios. Ello, no solo que implica un desconocimiento de la probabilidad cierta y real de que los precios en un momento determinado bajen y en esa situación puedan las entidades contratantes solicitar un reajuste de los precios en provecho del interés general; sino que adicionalmente, refleja una vez más, cómo a través del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, el Estado se “autotutela”, concediéndose mayores potestades exorbitantes a aquellas previstas en la Ley de la especialidad.

De ahí la necesidad de trabajar en las reformas mínimas propuestas que permitan un restablecimiento de los condiciones contractuales a partir de los lineamientos y parámetros contenidos en la LOSNCP, que impliquen a su vez la observancia irrestricta del mandato constitucional consagrado en el artículo 147 (13) de la Norma Suprema, según el cual la potestad reglamentaria asignada al Presidente de la República, implica la imposibilidad de, a través de dichos cuerpos normativos, contravenir o alterar los textos legales que se reglamentan. Pero de la mano de lo anterior, también es impostergable la urgente capacitación a los servidores públicos vinculados a la contratación pública, de modo y manera que, conociendo los límites en los que puede actuar la administración,³⁴⁰ hagan cumplir las cláusulas contractuales sin excederse en dichas actuaciones.

³⁴⁰ A este respecto véase el Reglamento para el control de la discrecionalidad (Decreto Ejecutivo 3179, publicado en el R.O. 686 de 18 de octubre de 2002)

Conclusiones

La contratación pública pertenece al derecho público, en particular al derecho administrativo y a través de ella la Administración se provee de las obras, bienes y servicios necesarios para cubrir las necesidades ciudadanas mediante procedimientos que observen, entre otros, los principios de igualdad, calidad y concurrencia.

Posee un carácter dinámico pues debe adaptarse a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, de ahí que se ha convertido en un importante instrumento de política pública para la consecución de los objetivos estatales, así como un importante eje dinamizador de la economía, muestra de ello es que en el año 2021 representó el 16.6% del Presupuesto General del Estado y el 5.0% del Producto Interno Bruto.

Las potestades exorbitantes le son innatas al Estado para el ejercicio efectivo de sus deberes. Encuentran su fundamento y fin principal en la consecución del interés general que se diferencia del interés público en cuanto el primero cuenta con un matiz sociológico pues se preocupa del bienestar ciudadano y, el segundo, un matiz político ya que se ocupa de la organización política del conglomerado humano.

La potestad discrecional del Estado es indispensable para la ejecución de sus actividades y el logro de sus objetivos ya que la ley no puede prever y controlar todos los fenómenos jurídicos que se producen en la sociedad, para eso otorga a la Administración Pública un espacio de libertad que le permita, bajo su mejor apreciación, adoptar la decisión que considere más conveniente a los intereses generales en un momento y circunstancia determinados.

En la esfera pública la necesidad de adoptar decisiones que no siempre están expresamente citadas en la ley es común pues, aunque la normativa pretende ser cada vez más estricta en la búsqueda de controlar el cometimiento de errores, no logra establecer un procedimiento específico para cada evento, de ahí que la formación ética de los servidores públicos, más que la cantidad de normas, es fundamental para evitar arbitrariedades.

Las potestades del Estado contenidas en las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo, mal entendidas o confundidas con un concepto de discrecionalidad, corren el riesgo de convertirse en una puerta abierta para que autoridades y funcionarios públicos abusen de sus facultades en su propio beneficio.

La Administración está obligada a proveer de obras, bienes y servicios a los ciudadanos, de ahí que para garantizar su adquisición en condiciones óptimas y minimizar incumplimientos por parte del contratista, es necesario imponer cláusulas exorbitantes en los contratos producto de procedimientos de contratación ya que se justifica en el interés general que debe atender.

La existencia de cláusulas exorbitantes no es en sí perjudicial puesto que más bien son necesarias para constreñir al contratista a cumplir con las obligaciones adquiridas, siendo el abuso que la Administración hace de ellas en la relación contractual con los particulares lo que las torna atentatorias contra sus derechos.

Si bien la justicia contencioso administrativa ha demostrado no ser el mecanismo más adecuado y eficaz para atender las demandas de contratistas afectados por decisiones estatales, existen otros que franquea la ley que si cumplen con esos presupuestos tales como la acción de protección y también la mediación dentro de los métodos alternativos de solución de controversias.

La mediación bien puede ser un mecanismo que permita resolver conflictos en la esfera de la contratación pública y evitar así colapsar el sistema de justicia, sin embargo, la falta de conocimiento de los funcionarios públicos de la real dimensión que alcanzan las actas de acuerdo de mediación en cuanto la fuerza de sentencia de la que gozan, así como el temor a ser sancionados por la Contraloría General del Estado, a través de las auditorias gubernamentales, impide obtener resultados positivos en bien de la propia Administración.

Es trascendental para alcanzar eficiencia en la actividad de contratación pública, la constante capacitación de los servidores públicos en esta materia, pero no solo en los procedimientos de contratación como tales si no en todos los aspectos que comporta esta actividad, sobre todo en la ejecución de los contratos en donde existen mayores y graves incidentes que bien podrían evitarse si se cuenta con administradores y fiscalizadores formados y capacitados en dicha práctica que, por el mismo hecho de contar con los suficientes conocimientos, cuenten también con la seguridad de enfrentar y resolver los distintos problemas que necesariamente conlleva esta importante etapa del ciclo contractual.

Las garantías consagradas en la Constitución de la República no tienen limitantes para su aplicación, sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- en su artículo 95 contradice dicho precepto y, por tanto limita el derecho a la defensa al prohibir que controversias en materia de

contratación pública puedan ser impugnadas ante la justicia constitucional alegando que existen vías más adecuadas y eficaces, obligando a los contratistas a someterse a la jurisdicción contencioso administrativa que por la gran cantidad de procesos que tramita se queda corta en cuanto a oportunidad y celeridad.

Sin embargo, la acción de protección y las medidas cautelares, en la práctica, han demostrado ser las vías más adecuadas para contrarrestar los excesos de poder de la Administración en materia de contratación pública, tanto que la Corte Constitucional ha dispuesto que los jueces constitucionales solo previo un análisis profundo de los hechos que se alegan y de si existe o no vulneración a derechos constitucionales, puedan determinar que la vía ordinaria es la más idónea y eficaz para resolver el caso en controversia, de ahí que toda disposición en contrario no debería existir.

Es necesario reformar el artículo 95 de la LOSNCP a fin de eliminar la restricción para los contratistas de acceder a la vía constitucional cuando consideren que las entidades contratantes han conculcado sus derechos, así como modificar el procedimiento para la terminación unilateral del contrato estableciendo la intervención de un tercero independiente a la ejecución contractual, que propongo sea el Sercop, que la conozca y resuelva, garantizando que no sea la misma entidad contratante -a través de su máxima autoridad y administrador- que al actuar como juez y parte violentan el derecho de los contratistas a ser tratados de manera imparcial.

Finalmente, también es necesario reformar el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de eliminar el último inciso del artículo 131 que permite la renuncia al reajuste de precios por cuanto constituye un exceso de poder por parte del Estado al concederse una potestad exorbitante que no encuentra fundamento legal alguno y, por tanto, impone al contratista la renuncia a un derecho.

Bibliografía

- Amado, José Daniel y Luis Miranda. “La seguridad jurídica en la contratación con el Estado el contrato ley”. *Revista de Derecho Themis No 33*. 2016,15-21.
- Ariño, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.
- Atienza Manuel y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos atípicos*, 2da. Ed., Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- Baldeón, Inés María. *Derecho de la Contratación Pública*, Tomo I. Quito: Consultores Estratégicos Asociados Cía.Ltda /Universidad Castilla-La Mancha, 2013.
- Bandeira de Mello, Celso. “Las cláusulas de reajuste de precios en los contratos administrativos”. En *Derecho administrativo: Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, editado por Juan Carlos Cassagne. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- _____. *Curso de Derecho administrativo*. México DF: Porrúa, 2006.
- Beltrán, Gonzalo Suárez y Roberto Laguado Giraldo. *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*. Santiago de Chile: ONU, 2007.
- Bercaitz, Miguel Ángel. *Teoría de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Bidart, Germán. *El Derecho Constitucional del poder*. Tomo I. 5ta edición. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- Blanquer, David *Derecho Administrativo. Los sujetos, la actividad y los principios*. Valencia: tirant lo blanch, 2010.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. “Extinción de los contratos de la Administración”. En *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, editado por Jaime Rodríguez- Arana Muñoz, Iñigo Sanz Rubiales y Miguel Ángel Sendín García. Londres, Junta de Castilla y León, 2008.
- Cassagne, Juan Carlos. “Los Principios Generales en el Derecho Administrativo”, en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo VI, Bogotá: Temis S.A., 2010.
- _____. *El Contrato Administrativo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- _____. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

- Contraloría General del Estado, *Informe DNA8-0025-2019*, aprobado el 22 de noviembre de 2019.
- Cordero, Luis. *El Estado como sujeto activo de las garantías constitucionales de acción de protección y extraordinaria de protección*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016).
- Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.
- Corporación Eléctrica del Ecuador. Procedimiento para la administración de contratos, 2015, accedido 12 de agosto de 2021 en <https://www.celec.gob.ec/hidropaute/images/ley-de-transparencia/2016/procedimiento.para.la.administracion.de.contratos.pdf>.
- Corral, Hernán. *Contratos y daños por incumplimientos*. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”. *Juicio n.º 17297202100904*. 15 de septiembre de 2021.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Román Ortega Delgado. Fondo de Inversión Social de Emergencia y Procurador General del Estado, *Causa No. 409-2007*. Registro Oficial 9 de 21 de agosto 2009.
- Coviello, Pedro. “El contrato administrativo: ¿lex inter-partes o ius variandi?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Perú*. 2: 150-192, No 66, 2011.
- _____. *La protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1998.
- Dörr Zeger, Juan Carlos. “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, *Revista Chilena de Derecho*. 12: 234-265, 1985.
- Dromi, Roberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- _____. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2010.
- _____. *Ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Hispana Libros. 2008.
- Durán, Augusto. “Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos”. *Revista La Ley Uruguay: legislación, jurisprudencia y doctrina*, N.º. 3, 2008, 244-258.
- Ecuador. *Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 245. Edición Especial.

- Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 31 de 07 de julio de 2017.
- Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395. Suplemento. 4 de agosto de 2008.
- Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.
- Ecuador. *Ley reformativa al Código Integral Penal en Materia Anticorrupción*. Registro Oficial 392. Segundo Suplemento. 17 de febrero de 2021.
- Ecuador. *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588. Suplemento. 12 de mayo de 2009.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 524. Suplemento. 26 de agosto de 2021.
- Escola, Héctor. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- _____. *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Farrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.
- Fernández, Jorge. *Derecho administrativo. Contratos*. México: Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- Fernández, Tomás. *De la arbitrariedad de la Administración*. Quinta Edición. Thomson Civitas: Pamplona, 2008.
- Ferrada, Juan Carlos. “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”. *Revista de Derecho (Valdivia)* (2007): 69-94.
- Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- Flores, Juan. “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53: 34-84, 2019.
- Flores Rivas, Juan Carlos. “Responsabilidad contractual del Estado: recepción del principio de reparación integral”. *Sentencias Destacadas. Anuario de doctrina y jurisprudencia*. 2016.
- Gamero, Eduardo y Severiano Fernández Ramos. *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 14ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.

- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo*. Cizur Menor, Civitas, 2011.
- García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. México D.F: Editorial Porrúa, 2005.
- Garrido Falla, Fernando y Alberto Palomar. *Tratado de Derecho Administrativo*. 14ª. ed., Vol. I. Parte General. Madrid: Tecnos, 2005. 198-9.
- Granillo, Raúl. *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires, Astrea, 1990.
- González, Jorge Luis. *La contratación pública como sistema*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- González-Varas, Santiago. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.
- Gordillo, Agustín A. *Derecho Administrativo de la economía*. Tomo 9. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1967.
- Hernández Terán, Miguel. *Contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial*. Madrid: Aranzadi, 2016.
- Iglesias, Christian. “El control social en la contratación pública”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2016.
- Ivanega, Miriam. “El procedimiento de la licitación pública”, *Derecho PUCP* 66:231-259, 2011.
- Jaramillo, Herman. *Manual de contratación pública*. Loja: Universidad Nacional de Loja, 2006.
- Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1978.
- Jessop, Bob. “El Estado y el Poder” en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 19. Maracaibo: Universidad del Zulia, 2014.
- Jéze, Gastón. *Principios generales del Derecho Administrativo. Teoría general de los contratos de la Administración*. Buenos Aires, Depalma, 1950.
- _____. *Principios generales del Derecho Administrativo*. 8va edición. Madrid: Reus, 2013.
- Jiménez, William. “La Teoría de la Imprevisión ¿Regla o Principio?”. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (2009). 16-49.
- Lamprea, Pedro. *Contratos Estatales*. Bogotá, Editorial Temis. 2007.
- Lara, José Luis y Luis Eugenio García-Huidobro. “Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas bajo la Ley N° 19.886”, en Jaime Arencibia Mattar y Pablo Alarcón (coord.): *Sanciones Administrativas, X Jornada de*

- Derecho Administrativo*, Asociación de Derecho Administrativo. Editado por Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jara. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014.
- Lico, Miguel, Breve estudio de los principios generales del Derecho y de los principios generales del Derecho aplicables y surgidos del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Procuración General, 2018.
- Lledó, Camilo y José Pardo Donoso, “Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública”. *Revista de Derecho Público*. No 82, 1º semestre, 2015. 54-55.
- Loo, Martín. “Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la administración del Estado”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 3: 142-163, 2018.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo, Teoría General*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
- _____. *Tratado de Derecho Administrativo*. Contratos Administrativos. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. *Desarrollo de Gobierno Electrónico en la Administración Pública de Ecuador*, 2018. www.gobiernoelectronico.gob.ec
- Momberg, Rodrigo. “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*. 15: 21-53, 2010.
- Monti, Laura. “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”, en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2005.
- Moraga, Claudio. *Contratación administrativa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Oelckers, Osvaldo. “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. v.7. 1983.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.
- Pazmiño, César Augusto. “Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2018.

- Pérez Luño, Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.
- Pfeffer, Emilio. “La moderación judicial de la cláusula penal y las multas que aplica la administración a raíz del contrato administrativo” en *Actualidad jurídica* N° 37, 2018.
- Peñailillo, Daniel. “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)”. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, 2000, 226-228.
- Polo, Esteban. “Los Principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani Revista de Derecho*, vol. 7 (2018), 223-247.
- Ponce de León, Viviana. “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. No 42. 2015, 782- 861.
- Poveda, Francisco. *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Procuraduría General del Estado, Centro de Mediación, *Informe de Rendición de Cuentas 2019*.
- Procuraduría General del Estado. *Resolución Nro. 011*. Registro Oficial 397. 2 de enero de 2019.
- Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás de la. “Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares”. Curso Instituciones básicas del derecho administrativo. Lección 7. Universidad Carlos III de Madrid. Diciembre de 2017. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion7.pdf>.
- Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, dirigido por Santiago Muñoz Machado. Madrid: Santillana Educación S.L, 2017.
- Ricaurte, Marco. *El mecanismo planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para presentar reclamos y recursos y los derechos constitucionales a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso*. Tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2017.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. “El interés general en el derecho administrativo: Notas introductorias”. *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la*

- Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, n.11 (2012): 69-96.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/pr/pr0.pdf>.
- Rodríguez de Santiago, José María. *La administración del Estado social*. Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
- Rodríguez, María José. *Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo en la jurisprudencia del Consejo de Estado y su recepción (y customización) por la doctrina de la procuración del tesoro de la nación*. Buenos Aires: Rubinzal.Culzoni, 2020.
- Rodríguez, Libardo. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Con la colaboración de Jorge Enrique Santos T. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2012.
- Romero, Diana. “El verdadero costo de las escuelas del milenio”, *Vistazo*, 5 de febrero de 2019, párr. 5,7,11,13, <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/el-verdadero-costo-de-las-escuelas-de-milenio-BDVI126061>
- Santamaría Pastor, Juan. “La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, volumen 68 (1972), 121-143.
- _____. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- Sayagués, Enrique. *Tratado de Derecho administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria y Clásicos Jurídicos Uruguayos, 2002.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021*. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades, 2017.
- SELA, Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe. *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, 2015.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. *Manual del Procedimiento Simplificado para el Registro Único de Proveedores (RUP) por vía electrónica*. Quito: SERCOP, 2020.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. *Informe de rendición de cuentas de la contratación pública*. Quito: SERCOP, 2019.
- Squella, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago-Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Suárez, Gonzalo y Roberto Laguardo. *Manual de contratación pública electrónica para América Latina, bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros e interoperabilidad*. Santiago de Chile: ONU, 2007.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Ambato, “Sentencia”, en *Juicio n° 18803-2017-00222*, 17 de julio de 2019, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.js>

Vásquez, Javier. *La modificación de los contratos públicos*. Madrid: Aranzadi, 2015.

Villacreses, Jaime. “El principio de interdicción de la arbitrariedad, en la emisión de actos administrativos de la Administración Pública, a la luz de la Constitución de la República 2008”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. 2015.