



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Cláusulas exorbitantes en los contratos regulados por la Ley
Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Trabajo de fin de maestría

AUTORA:

Lara Andrade, Silvia Jimena

DIRECTOR:

Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2013

CERTIFICACIÓN

Doctor

Patricio Valdivieso Espinosa

DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE CARRERA

C E R T I F I C A:

Que el presente trabajo, denominado: **“Cláusulas exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”** realizado por la profesional en formación: Silvia Jimena Lara Andrade; cumple con los requisitos establecidos en las normas generales para la Graduación en la Universidad Técnica Particular de Loja, tanto en el aspecto de forma como de contenido, por lo cual me permito autorizar su presentación para los fines pertinentes.

Loja, junio de 2013

f)

Declaración de Autoría y cesión de derechos

“Yo Silvia Jimena Lara Andrade declaro ser autora del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f)

Silvia Jimena Lara Andrade

C.I: 1711237659

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, que representa todos los esfuerzos y sacrificios para cumplirlo, lo dedico al Señor Jesucristo, a la memoria de mi padre Luis Lautaro Lara Andrade, a mi madre Ligia María Andrade Terán y a mi familia.

AGRADECIMIENTO

Mi eterna gratitud a quienes han apoyado esta etapa de crecimiento en mi formación profesional: al Señor Jesucristo en primer lugar, a mi madre Ligia María Andrade Terán, familiares, comunidad educativa de la Universidad Técnica Particular de Loja, a mi Director de tesis Dr. Patricio Valdivieso Espinosa; y, a mis amigas y amigos.

Índice de Contenidos

Certificación del Director	ii
Declaración de autoría y cesión de derechos	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
Resumen Ejecutivo	viii
Abstract	ix

CAPÍTULO I CONTRATOS

1.1 Definición de Contrato	4
1.2 Diferencias entre Contrato Civil y Contrato regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	9
1.3 Definición de Cláusula Exorbitante	38

CAPÍTULO II CLÁUSULAS EXORBITANTES

2.1 Decisión Unilateral	49
2.2 Exigencia del cumplimiento del objeto contractual	51
2.3 Exigencia de la continuidad de la ejecución del contrato	53
2.4 Poder de control y dirección del contrato	55
2.5 Facultad de modificar el contrato	60
2.6 Poder Sancionatorio	67
2.6.1 Sanciones pecuniarias	77

2.6.2 Sanciones Coercitivas	80
------------------------------------	-----------

2.6.3 Sanciones Rescisorias	83
------------------------------------	-----------

CAPÍTULO III TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

3.1 Naturaleza Jurídica de la Terminación unilateral	87
---	-----------

3.2 Por incumplimiento del contratista	97
---	-----------

3.3 Por quiebra o insolvencia del contratista	100
--	------------

3.4 Por multas superiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento	101
---	------------

3.5 Por suspensión del trabajo por parte del contratista	102
---	------------

3.6 Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la ley	104
---	------------

3.7 Por otras causales	105
-------------------------------	------------

Conclusiones	137
--------------	-----

Recomendaciones	144
-----------------	-----

Bibliografía	147
--------------	-----

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo analizó la existencia y naturaleza de las cláusulas exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se demostró que a través de las cláusulas exorbitantes, la Administración Pública ejerce sobre su contratista un control de alcance excepcional; sin embargo, durante su aplicación éstas son distorsionadas ante la ocurrencia de uno o más vicios en las actuaciones de la Administración, reflejando un abuso indiscriminado de dichas cláusulas por parte del Estado.

Durante la investigación se analizó dos casos reales, detectándose varios vicios que reflejaron arbitrariedades de la Administración con lo cual se comprobó un abuso indiscriminado y grosero de la cláusula exorbitante, vulnerando el derecho de igualdad de las partes contratantes, en relación al cumplimiento recíproco de las cláusulas acordadas, la buena fe de las partes y el respeto a los límites de la potestad del Estado, por lo que se propone que las entidades contratantes y los cocontratantes del Estado, no excedan los límites impuestos por el ordenamiento jurídico vigente.

ABSTRACT

This paper analyzed the existence and nature of exorbitant clauses in contracts covered by the Organic Law of the National Public Procurement System. It was shown that through exorbitant clauses, Public Administration contractor has on its exceptional range control, but during application these are distorted upon the occurrence of one or more defects in the proceedings of the Directors, reflecting an abuse indiscriminate use of these clauses by the state.

During the study analyzed two real cases, detected several vices Administration arbitrariness reflected thereby proved indiscriminate and rude abuse of exorbitant clause, violating the right to equality of the contracting parties, in relation to the reciprocal enforcement of agreed clauses, the good faith of the parties and respect for the limits of the power of the state, so it is proposed that the contracting entities and state contracting parties do not exceed the limits imposed by the law in force.

INTRODUCCIÓN

La arbitrariedad de la Administración Pública en la estipulación y uso de las cláusulas exorbitantes, las cuales obedecen al desconocimiento del espíritu mismo de la ley, ahondado por falencias de orden administrativo, entre otras, ha generado serios conflictos en la relación contractual al momento de la ejecución de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo cual ha motivado el desarrollo del presente trabajo investigativo.

En la doctrina internacional existen varios autores que han estudiado de manera detenida el presente tema; doctrina que ha sido recogida por autores nacionales en sus diferentes obras, quienes señalan que estas son manifestaciones de las prerrogativas que tiene el Estado en el ejercicio del poder público, cuyo fin constituye la satisfacción del interés público. El Estado tiene como fin la satisfacción del interés público, para lo cual se halla investido de poder, que lo ejerce al amparo del ordenamiento jurídico. El ejercicio del poder y el ordenamiento jurídico le otorgan al Estado potestades o prerrogativas de poder, subordinando la actuación de los particulares al Estado, con sujeción a las normas del Derecho Público. Las prerrogativas de poder se manifiestan a través de las cláusulas exorbitantes.

En el Ecuador la inclusión de las cláusulas exorbitantes en un contrato, están reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las mismas que resultan inusuales e ilegales en el Derecho Privado, porque

vulneran los principios de igualdad de los contratantes y de libertad contractual, los cuales priman en la contratación civil. Como se podrá observar en el presente trabajo investigativo, la Administración ejerce sobre su contratista un control de alcance excepcional a través de las cláusulas exorbitantes; no obstante lo manifestado, durante su aplicación estas son distorsionadas generando el abuso indiscriminado en su utilización, lo cual indudablemente desemboca en problemas de índole legal y administrativo.

Para el desarrollo de la investigación se contó con bibliografía nacional e internacional, a la cual se accedió con facilidad; así mismo, se contó con el aporte de profesionales con experiencia en el tema tratado.

Dentro del presente tema investigativo se plantearon los siguientes objetivos:

a) “Demostrar que como manifestación del poder público, el Estado tiene prerrogativas en el ámbito de los contratos de la administración, que se imponen mediante el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, que solo las puede ejercer la entidad pública contratante, vulnerando el derecho de igualdad entre los contratantes”. El cual se alcanzó al evidenciar que el Estado cuenta con las prerrogativas de decisión unilateral, exigencia del cumplimiento del objeto del contrato, exigencia de la continuidad de la ejecución del contrato; poder de control y dirección del contrato; facultad de modificar el contrato; y, poder sancionatorio, las mismas que solo las puede ejercer la entidad pública contratante.

b) “Unificar las cláusulas exorbitantes que facultan exclusivamente a la entidad contratante para tomar decisiones en su favor, y que deben aplicarse en los

contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Este objetivo se alcanzó al identificar y determinar en las disposiciones constantes en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuáles son las facultades que se expresan a través de cláusulas exorbitantes y que fueron analizadas en el primer objetivo.

c) “Determinar las condiciones que revisten a las cláusulas exorbitantes y permiten al Estado tomar decisiones unilaterales dentro de la contratación pública”. Este objetivo se logró al establecer la naturaleza, la forma y el procedimiento establecido en nuestra legislación para su correcta aplicación.

CAPÍTULO I CONTRATOS

1.1 Definición de Contrato

El contrato es una figura jurídica que se ha venido desarrollando conforme a las necesidades del hombre, en cada época y ante la necesidad de interrelacionarse con los demás, surge la institución contractual como un mecanismo constante para realizar prestaciones de orden económico o patrimonial.

En el Derecho Romano se plantearon una lista enunciativa de contratos con algunas reglas específicas para cada uno de ellos, distinguiéndose cuatro clases de contratos de acuerdo a las formalidades que debían cumplir, estos son: 1) Contratos literis, que exigían menciones escritas; 2) Contratos verbis que debían utilizar palabras solemnes; 3) Contratos re, que se perfeccionaban con la entrega de la cosa; y, 4) Contratos consensu, que surtían efectos con solo el consentimiento de las partes, y cualquier otra convención que no se encontraba dentro los contratos antes enunciados, no era considerado como un contrato sino como un simple pacto productor de efectos civiles.

Los elementos que se tomaban en cuenta para que un contrato tenga validez, por sus efectos eran: la capacidad, el consentimiento y el objeto que debía ser lícito, posible, determinable y representar un valor económico para el acreedor, así como la causa, que es motivo jurídicamente válido para contratar.

Después de la Revolución Francesa se produjeron grandes transformaciones civiles y comerciales que conllevaron al advenimiento de un Estado moderno esencialmente liberal, en el cual la injerencia de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos era reducida, y la voluntad individual es libre y soberana para disponer de todas las cosas, para asumir y regular cualquier tipo de obligación, con lo cual la ley pasa a desempeñar un papel supletorio, lo que se conoce como la “*autonomía de la voluntad privada*”, destacándose la figura del contrato como medio fundamental de las relaciones jurídicas, y advirtiendo la presencia del carácter privado del contrato, sin que exista la posibilidad de un contrato con características del derecho público.

En la era Napoleónica, la libertad se consagra como un principio del individualismo el mismo que se contempla en el Código Napoleónico, según el cual todas las cosas presentes y futuras, las propias y las ajenas, pueden ser objeto de un contrato, con excepción de aquellas que físicamente son imposibles y las prestaciones que ofenden la moral y al orden público, recayendo además sobre el contenido de las prestaciones, el tiempo, el lugar, el modo y la forma cómo han de cumplirse.

Dentro de este contexto, se puede inferir que de acuerdo con el Derecho Romano y lo adoptado por el Código de Napoleón, el Contrato es una institución estrictamente individualista, que conlleva dos declaraciones de voluntad con fines diferentes, pero en igualdad respecto de los derechos y obligaciones que nacen del contrato.

Durante el siglo XIX se desarrolla la industria, aparecen grandes empresas que tienen que velar por los medios de producción, y adquieren poder para decidir las condiciones en que deseaban contratar, mediante el uso de formatos de contratos que eran impuestos a la otra parte, conocidos como “contratos de adhesión”, lo cual produjo el resquebrajamiento de los principios de igualdad, de proporcionalidad económica, y de la autonomía de la voluntad privada. Posteriormente, aparecen los contratos colectivos de trabajo para regular una relación laboral entre el patrono y los obreros; sin embargo, los intereses de los contratantes generalmente eran incompatibles con los intereses de la sociedad.

Luego de varios estallidos revolucionarios en contra del liberalismo, se buscaba la intervención del Estado para frenar los abusos, y lograr el predominio absoluto de los intereses de la sociedad y del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo, con lo cual el concepto de Estado comienza a evolucionar, hasta convertirse en el protector de esas libertades individuales, formulando nuevas regulaciones y prohibiciones, llegando hasta el punto en que las partes tienen libertad para crear nuevos tipos de contratos o nuevas cláusulas que aunque no se encuentren previstas en la legislación, tampoco se encuentran prohibidas por la ley.

Con la intervención del Estado, para corregir desigualdades y prestar un mayor servicio a la colectividad, fomentando la actividad económica y social, se incrementa las actuaciones del Estado provocando que la administración pública necesite la contratación de particulares para el cumplimiento de sus fines, surgiendo el contrato administrativo, en el que no opera la autonomía de

la voluntad, sino el principio de la utilidad pública, el mismo que se diferencia de los contratos civiles por las normas que lo regulan y las peculiaridades vinculadas con el interés público.

De los antecedentes históricos que se ha expuesto, se colige que el origen y la esencia de los contratos proviene del derecho civil o privado, del cual surge el contrato administrativo o de derecho público.

Partiendo de su etimología, la palabra contrato proviene del latín “*contractus*”, que significa contraer o pacto; la Real Academia Española le da las siguientes acepciones: “1. *m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. 2.m. Documento que recoge las condiciones de este convenio.*”¹.

Para Guillermo Cabanellas el contrato es “*el convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa*”²; es decir, que constituye una convención que se caracteriza por ser productor de obligaciones.

En nuestra legislación, el Art. 1453 del Código Civil dispone: “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los*

¹ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.
<http://lema.rae.es/drae/>

² Cabanellas. Guillermo, (2011). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires - Argentina

cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre padres y los hijos de familia”.

De esta norma se deduce que las obligaciones nacen por imposición de una ley, o por la voluntad de una persona que contrae obligaciones para con otra, a través de un contrato, configurándose con una de las fuentes de las obligaciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

Dentro de este contexto, el Art. 1454 del Código Civil da una concepción civil de contrato, al definirlo de la siguiente manera: *“El contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”.*

De lo enunciado se colige que la definición de contrato, corresponde a la definición de obligación, ya que la obligación es *“un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa con respecto a otra persona también determinada”*³, cualquiera que fuere la fuente que la genere, haya o no convención; consecuentemente, el contrato es una de las fuentes de donde emanan las obligaciones.

Por otra parte, de la definición de contrato también se observa que los conceptos contrato y convención se confunden como sinónimos, sin embargo en derecho no significan los mismo, puesto que son dos instituciones jurídicas

³ Valdivieso Burneo. Carlos (2005). Tratado de las Obligaciones y Contratos. Editorial Offset Grafimundo. Loja, Ecuador.

diferentes. La convención es todo acuerdo de voluntades que tiene como objeto producir cualquier efecto jurídico, que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. Si esa convención o acuerdo de voluntades produce obligaciones, la convención se transforma y se denomina “contrato”. En conclusión, el contrato se lo puede definir de la siguiente manera: *“la convención generadora de obligaciones o como el acuerdo de voluntades creador de obligaciones”*⁴.

1.2 Diferencias entre contrato civil y contrato regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Doctrinariamente se han formulado diversas teorías para alcanzar un criterio que permita distinguir en forma clara y precisa los contratos que se encuentran dentro del ámbito del derecho administrativo y del derecho civil, y otras para desvanecer tales distinciones por considerarlas inútiles. Sin embargo, para este estudio se seguirá la corriente doctrinaria de aquellos que sostienen la existencia de Contratos de derecho privado, entre los cuales se encuentran los contratos civiles; y, Contratos de derecho público que corresponden a los Contratos Administrativos, entre los cuales se encuentran los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual es necesario identificar la naturaleza y la rama a la pertenecen.

El constante, diverso y gran accionar del Estado genera la necesidad de que la administración pública requiera relacionarse con particulares y con entes de la

⁴ Valdivieso Burneo. Carlos (2005). Tratado de las Obligaciones y Contratos. Editorial Offset Grafimundo. Loja, Ecuador.

misma administración, a través de las contrataciones, para el cumplimiento de sus fines y lograr con ello la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos; consecuentemente, el Estado representado a través de sus instituciones, organismos y dependencias, tiene la responsabilidad de celebrar contratos que satisfagan el bien público y el bien común, ejerciendo por sí mismo la actividad pública, por ejemplo cuando ejecuta una obra pública como una carretera, un puente, etc, o a través de la colaboración del particular o administrado, por ejemplo cuando realiza la concesión de un servicio público u obra pública a un particular.

Cuando el Estado celebra contratos, en doctrina se los conoce con el nombre de “Contratos Administrativos”, “Contratos del Estado”, “Contratos Públicos”, “Contratos de la Administración”, “Contratos en la función administrativa”, sin que exista armonía en la doctrina y en la legislación en cuanto a su denominación.

Según el tratadista Juan Carlos Cassagne *“...el Estado, al emitir diferentes especies de actos puede actuar indistintamente bajo formas públicas o privadas. Si opta por lo primero, que es el cauce propio y natural, sus actos serán, en principio, de Derecho Público, aunque puede también celebrar actos de objeto privado o de régimen jurídico mixto, en la medida en que lo admita el ordenamiento. Si, en cambio, asume la condición de una persona jurídica privada, sus actos, en principio, se hallarán sometidos enteramente al Derecho*

Civil o Mercantil, encuadrándose en el régimen ordinario del llamado derecho común, ...”⁵.

En definitiva, el Estado tiene una sola personalidad jurídica pero puede desarrollar sus actividades, con sujeción a regímenes tanto de derecho público como de derecho privado, todo lo cual depende de la voluntad del legislador para determinar el régimen que se deberá aplicar a las relaciones jurídicas, y con ello fijar la modalidad de contrato al que deberá someterse.

Según la afirmación de Miguel Marienhoff⁶, la administración pública puede celebrar dos tipos de contratos que se encuentran dentro de la especie de los Contratos Administrativos: a) Contratos Administrativos propiamente dichos; y, b) Contratos de derecho común.

a) Los contratos administrativos propiamente dichos, están regulados por el derecho público, y están directamente vinculados con la concesión de la prestación de un servicio público, a los cuales se les denomina contratos de Colaboración; y, con la concesión del uso de un bien de dominio público, identificados como contratos de Atribución.

Si se aplica la doctrina antes mencionada a nuestra legislación, los contratos de Colaboración, se comparan con los contratos mediante los cuales se delega la prestación de un servicio público u obra pública, a

⁵ Cassagne. Juan Carlos, (2002). Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁶ Marienhoff. Miguel, (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

cambio de un peaje, pontazgo o tarifa, y están regulados por leyes específicas como son la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Telecomunicaciones; y, los contratos de atribución se comparan con los contratos que conceden el uso, explotación y goce de los recursos del Estado, como por ejemplo los contratos de concesión minera, que permiten la exploración, explotación, comercialización y enajenación de las sustancias mineras de las reservas mineras del Estado, según las regulaciones de la Ley de Minería.

b) Los Contratos de derecho común, por su parte, son aquellos que se encuentran regulados por el derecho privado bien sea civil o comercial. Como ejemplo de estos contratos de derecho común podemos citar los contratos de arrendamiento, comodato, donación, permuta, compraventa de inmuebles, cesión, mandato, etc.

Ediciones Legales en su obra Régimen de Contratos Públicos, manifiesta que los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública *“no pertenecen a ninguna de las categorías citadas pues aquéllos no son contratos de atribución ni de colaboración, más bien son típicos contratos de derecho común, pero en los cuales el Estado está revestido de poder de imperio y por ello participan de los caracteres de los contratos administrativos”*⁷.

⁷ Ediciones Legales. (2008). Régimen de Contratos Públicos, Tomo I. Editorial Corporación MYL. Quito, Ecuador.

En doctrina se acepta y se sigue la corriente del tratadista Roberto Dromi⁸, con la cual comparto, quien al referirse a las diferentes clases de contratos administrativos, afirma que *“Nosotros los denominamos indistintamente contrato administrativo o contrato de la administración, pues no compartimos la distinción entre contrato administrativo y contrato privado o civil de la Administración, en mérito a que el Estado posee una personalidad única y se rige fundamentalmente por el Derecho Público. Aún en aquellos casos en que el contrato celebrado entre el Estado y un particular pudiera regirse fundamentalmente por el derecho privado, ... se han establecido excepciones que exorbitan del Derecho privado, por lo cual no podemos hablar de contratos privados o civiles de la Administración.”*

Partiendo de esta última corriente, y aplicándola a la legislación ecuatoriana, se puede afirmar que el contrato es una institución jurídica de tipo genérico que no es exclusiva del derecho privado, pues tiene varias especies, y de acuerdo al tipo de sujetos que comparecen a su celebración y a la normativa que en ellos se aplica, los contratos se dividen en dos grupos: *“contratos privados”* y *“contratos administrativos”*, dentro de los cuales se enmarcan las diferentes modalidades de contratos, como por ejemplo los contratos civiles y los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁸ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo, 10^a edición actualizada. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

Para establecer las diferencias entre los contratos civiles y los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es necesario partir de varias definiciones, de la naturaleza y de las características que sobre contratos privados y administrativos han emitido varios tratadistas.

Los contratos privados *“...son aquellos en que las partes intervinientes persiguen intereses meramente particulares y se mantienen en situación de igualdad respecto a los derechos y obligaciones recíprocas que nacen del contrato. Tales contratos privados están regulados con carácter general en el Derecho Civil, y con carácter especial, en el Derecho Mercantil y en Derecho Laboral, siendo extremadamente general.”*⁹.

El contrato civil, es *“El que se rige por las normas del Código Civil y sus leyes complementarias.”*¹⁰.

De acuerdo con el Art. 1454 del Código Civil, *“El Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”*

El Dr. Carlos Valdivieso Bermeo, autor de la obra *“Tratado de las obligaciones y Contratos Libro IV del Código Civil”*, define al contrato como *“la convención generadora de obligaciones o como el acuerdo de*

⁹ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

¹⁰ Cabanellas de Torres. Guillermo (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

voluntades generador de obligaciones.”¹¹ . De esta manera el contrato se configura como una de las fuentes de las obligaciones y constituye la especie dentro del género que es la convención. Según el mismo autor, en toda definición de contrato encontramos los siguientes elementos: “un acto o convenio, las partes, que pueden estar conformadas por una o muchas personas; y, las obligaciones consistentes en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”.

Los contratos administrativos por su parte, *“constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la Administración y que llevan explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.”¹²*

El contrato administrativo *“es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”¹³ .*

¹¹ Valdivieso Bermeo. Carlos (2005). Tratado de las Obligaciones y Contratos Libro IV del Código Civil. Editor Offset Grafimundo. Loja, Ecuador.

¹² Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros, (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

¹³ Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina

Para el tratadista Roberto Dromi, *“la caracterización del contrato de la Administración resulta: a) del objeto del contrato, es decir, las obras y los servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.”*¹⁴

Según el mismo autor, Contrato Administrativo es *“toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”*¹⁵

Esta definición guarda conformidad con la establecida en el Art. 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativa de la Función Administrativa que textualmente dice: *“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”*

De las definiciones antes citadas, se puede concluir que la definición de contrato administrativo no difiere de la definición de contrato civil, pues en

¹⁴ Dromi.Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

¹⁵ Dromi.Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

ambos casos constituyen un acuerdo de voluntades en que las partes generan obligaciones; sin embargo, en el contrato administrativo al intervenir el Estado como sujeto, e incidir en su objeto que es la satisfacción de necesidades de orden público, se le confiere una regulación específica sujeta al Derecho Público, surgiendo diferencias en función de los sujetos, objeto, causa del contrato, régimen jurídico, prerrogativas de la Administración, formalidades y jurisdicción.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 60 de la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública *“Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”*, eliminando de esta manera la clasificación de contrato administrativo y contrato administrativo propiamente dicho, existiendo por tanto una en nuestra legislación una sola especie dentro del género de los contratos que son los llamados: “contratos administrativos”, los mismos que poseen elementos, caracteres y efectos que los diferencian de los contratos civiles.

De lo expuesto, podemos mencionar las siguientes diferencias:

1.- SUJETOS.- Este elemento se refiere a las personas que comparecen a la celebración de un contrato y que constituyen las partes contratantes. Dentro de este elemento se va a analizar no solo a las partes contratantes, sino a aquello que es inherente a las personas como son la capacidad y competencia para celebrarlo y ejecutarlo; y, a la voluntad de las partes, con la finalidad de que el contrato sea válido.

1.1 Sujetos.- *“Los sujetos de los contratos públicos son la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases, y los particulares, individual o colectivamente, o también la Administración. En síntesis pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.”*¹⁶

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una de las partes contratantes siempre será la Administración Pública, en calidad de *“Entidad Contratante”*; y, la otra, los *“Contratistas”*.

A.- La Administración o Entidad Contratante: *“Por administración Pública, generalmente, se entiende a la organización integrada por un personal profesional, dotada de medios económicos y materiales públicos que pone en práctica las decisiones tomadas por el gobierno. ... Sin embargo, no solo existe Administración Pública en el Poder Ejecutivo, sino en gran parte del Estado e incluso en entes privados que desempeñan funciones administrativas por habilitación del Estado.”*¹⁷

El Art. 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone que *“La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa,*

¹⁶ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

¹⁷ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.”.

Para el Dr. Juan Larrea Holguín, la administración pública *“Son los actos de gobierno; cuando ejecutan las autoridades y organismos del Estado para conseguir el bien común. Por tanto, se distingue una administración de la función legislativa, otra de la ejecutiva y de la judicial. ... El gobierno se refiere directamente a las potestades públicas con relación a las personas, mientras que la administración se aplica inmediatamente a los bienes, en vista del servicio a las personas”*¹⁸.

En este sentido, la Administración Pública por una parte no solo es entendida como una actividad exclusiva de la función ejecutiva, sino como una actividad que es ejecutada por las demás funciones del Estado; y, por otra, es concebida como una entidad u organismo del sector público que administra asuntos o intereses en representación del Estado, para cumplir con su misión y alcanzar el bien común, con lo cual la Administración Pública actúa a nombre y en representación del Estado.

Dentro de este contexto, el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: *“El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el*

¹⁸ Larrea Holguín. Juan (2006). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, PPL Impresores. Quito, Ecuador.

régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”.

El Art. 6 numeral 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a las Entidades o Entidades Contratantes como *“Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de esta Ley.”.*

El Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP, determina el ámbito de su aplicación, disponiendo que dicha Ley regula los contratos que realicen:

1.- Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado. Comprende a las cinco funciones del Estado que son Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, y de Transparencia y de Control Social; a todas las entidades públicas que pertenecen a cada una de las funciones indicadas; y, a las diferentes unidades administrativas que no tienen personalidad jurídica pero que dependen de dichas funciones.

2. Los Organismos Electorales.

Conformados por el Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral.

3. Los Organismos de Control y Regulación.

Comprende al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Superintendencias, Contraloría y Procuraduría General del Estado.

4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

Estas entidades son las Juntas Parroquiales, Consejos provinciales, Concejos Municipales, Consejos Metropolitanos y Consejos Regionales.

5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

Son todas las personas jurídicas de Derecho Público que no están contempladas en los numerales citados anteriormente, como por ejemplo el Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP, creado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como un organismo de derecho público autónomo, con personalidad jurídica para ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública; el Instituto Nacional de Investigación Geológica, Minero, Metalúrgico, creado por la Ley de Minería, como institución pública encargada de realizar actividades de investigación, desarrollo tecnológico e innovación en materia Geológica, Minera, Metalúrgica; el Servicio de Rentas Internas (SRI) creada mediante Ley como una entidad técnica autónoma, con personería jurídica, de derecho público, ejecutar la política tributaria aprobada por el Presidente de la República.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Dentro de esta categoría se encuentran las empresas creadas mediante ordenanzas municipales o provinciales, como por ejemplo la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito – EP MAPS, Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas de Quito EP MMOP-Q, creadas por el Concejo Municipal del Distrito Metropolitano de Quito; y, la Empresa Pública de Turismo Ciudad del Mundo, creada por el Consejo Provincial de Pichincha, mediante Ordenanza No. 004-HCPP-2010 de 14 de enero de 2010.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos

públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

Este numeral comprende a las personas jurídicas sin fines de lucro reguladas por el Código Civil.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.

Las compañías a las que se hace referencia en este numeral, comprende a todas las compañías mercantiles que manejan fondos públicos en un porcentaje mayor al 50% de su capital o del costo del respectivo contrato.

En conclusión, en todos los contratos en los cuales interviene la Administración Pública a nombre y en representación del Estado

ecuatoriano, que comprende a las instituciones de Derecho Público y de Derecho Privado con capitales o participación pública, incluyendo a los gobiernos autónomos descentralizados, empresas públicas o privadas que manejen fondos públicos en un porcentaje mayor al 50%, están regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

B.- Los Contratistas: Es *“el oferente adjudicado que suscribe el contrato .. también denominado “co-contrante”*¹⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 6 numeral 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Contratista “Es 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 consultoría.”

El Contratista puede ser también otro ente de la misma Administración. En doctrina, a este tipo de contratos, se los conoce con el nombre de *“contratos interadministrativos”*, los mismos que por su naturaleza tienen características especiales, tales como *“la ausencia de depósitos de garantía o fianzas, prescindencia de procedimientos de selección previa, régimen de sanciones atemperado, agotamiento de instancias conciliadoras, arbitraje, etc.”*²⁰.

¹⁹ Pérez. José Antonio, López. Daniel, y Aguilar. José Luis (2011). Manual de Contratación Pública. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador.

²⁰ Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

En los contratos civiles, únicamente concurren a su celebración los particulares; esto es, las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Las personas naturales: A la persona natural se la define como *“El hombre en cuanto a sujeto del Derecho, con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos o delictivos.”*²¹.

Las personas jurídicas: De conformidad con lo establecido en el Art. 564 del Código Civil *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”* Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones; y, fundaciones de beneficencia pública. Las personas jurídicas se establecen: a) En virtud de una Ley; y, Mediante aprobación del Presidente de la República.

Cabe mencionar que de acuerdo con el Art. 566 del Código Civil, no están comprendidas en el Título XXX del mismo Código, las sociedades industriales y las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario, ya que se rigen por leyes y reglamentos especiales.

²¹ Cabanellas de las Cuevas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eliasta. Buenos Aires - Argentina

De conformidad con los Arts. 1 y 2 de la Codificación de la Ley de Compañías, el Contrato de compañía por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades, se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil, habiendo cinco especies de compañías de comercio: la compañía en nombre colectivo; la compañía en comandita simple y dividida por acciones; la compañía de responsabilidad limitada; la compañía anónima; y, la compañía de economía mixta, todas ellas de conformidad con la ley constituyen personas jurídicas. En adición a ellos, la Ley reconoce, además, la compañía accidental o cuentas en participación.

1.2.- Competencia y Capacidad.- La competencia y la capacidad son requisitos inherentes a la persona para que un contrato sea válido, ya que los sujetos que en él intervienen deben tener aptitud legal para realizar tal acto; consecuentemente, constituyen parte integrante del elemento sujeto, *“aptitud que para la administración se denomina competencia, mientras que para el sujeto particular constituye su capacidad.”*²².

Para que un contrato regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, adquiera plena validez, requiere que los sujetos que lo celebran; esto es, la administración, tenga competencia que se rige

²² Eguiguren. Genaro (2001). Celebración de Contratos Administrativos. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador

por el derecho público, y el contratista, tenga capacidad, regulada por el derecho privado.

La competencia *“Es el conjunto de facultades o poderes que las leyes conceden a los representantes legales de la administración central, institucional o seccional para que se ejecuten determinadas actividades, como contratar. ... es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos, especificándose así los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente unas y otros tiene, respecto de los órganos de la administración pública, un rol equivalente al que corresponde a la capacidad de las personas visible en el derecho privado.”*²³

Los requisitos de la competencia son: a) Una norma jurídica que la regule, *“... sea ésta Constitucional o legal y, en algunos casos, a través de acuerdos y resoluciones administrativas, que contienen delegaciones de competencias para la ejecución de ciertos actos”*²⁴; y, b) Corresponde a los órganos de la administración pública y no a las personas naturales.

Un ejemplo de ello es el Art. 154 numeral 1 de la Constitución de la República, que faculta que los ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión.

²³ Eguiguren. Genaro (2001). Celebración de Contratos Administrativos. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador

²⁴ Pérez. José Antonio, López. Daniel, y Aguilar. José Luis (2011). Manual de Contratación Pública. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 61 establece que *“Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRASPUBLICAS.”*.

Por otra parte, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 109, dispone que *“Para los efectos de la Ley, tienen capacidad para contratar los ministros y máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las entidades de derecho privado sometidas a la Ley.”*.

De la disposición antes citada se desprende que para la validez de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no solo se requiere de la competencia del representante de la entidad contratante, sino que en adición a ello se requiere que tenga capacidad legal, conforme las disposiciones del Código Civil.

En cuanto a la capacidad que requiere un sujeto particular para celebrar un contrato con la Administración, la misma está regulada por las normas del derecho privado, sin embargo puede estar regulado también por las

normas de derecho público, pudiendo este último modificar, ampliar o restringir la capacidad general de las personas.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1461 del Código Civil, *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; ... La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”*

La capacidad es la aptitud legal de una persona para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones, por lo tanto la capacidad es de dos clases: Capacidad de goce, cuando una persona adquiere derechos; y, Capacidad de ejercicio, cuando una persona ejerce por sí misma derechos y obligaciones que le competen y sin el ministerio o autorización de otra, es decir a la persona le corresponde actuar por sí misma.

Según los Arts. 1462 y 1463 del Código Civil, toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces; y, son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, por lo que podría entenderse que estos son incapaces relativos. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en

la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los Arts. 62 y 63 establecen inhabilidades generales y especiales, que impiden que determinadas personas celebren los contratos previstos en la referida Ley, con las Entidades Contratantes, como por ejemplo: *“1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley; 2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, ...; 3. Los servidores públicos, ... que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación ...; 4. Quienes consten suspendidos en el RUP; 5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y, 6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.”*

En conclusión en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la administración debe ser competente de conformidad con las atribuciones que le confiere la Ley y legalmente capaz conforme las disposiciones del Código Civil; y, el contratista debe ser legalmente capaz, en los términos establecidos en el Código Civil, y adicionalmente que no se halle incurso en las inhabilidades generales y especiales establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el contrato civil, los particulares deben reunir únicamente los requisitos de capacidad legal establecidos en el Código Civil, que se analizó con anterioridad.

1.3.- Voluntad de las partes.- Para la validez de un contrato, se exige que los sujetos tengan no solo capacidad y competencia, sino que también exista un acuerdo de voluntades entre ellos, esto es por una parte la Administración y por otra el contratista. El consentimiento es la manifestación de la voluntad de las partes.

El Dr. Efraín Pérez, manifiesta que: *“Existe limitación de la libertad contractual de las partes: la administración está limitada por el principio de especialidad y constreñida por las leyes de derecho público.”*²⁵; por cuanto, el interés público limita la autonomía de la voluntad de los órganos administrativos, asumiendo frente a los particulares por lo general la forma de un contrato de adhesión.

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el consentimiento del contratista opera mediante la adhesión a las condiciones impuestas por la Administración, ya que se limita a aceptar sin discusión las condiciones establecidas en los pliegos y las cláusulas del contrato.

²⁵Pérez. Efraín (2011). Manual de Derecho Administrativo. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador

En los contratos civiles, el consentimiento es el resultado de la libre discusión de las cláusulas del contrato por parte de los interesados.

2.- OBJETO.- *“Los contratos de la Administración pueden tener por objeto una obra o servicio público, y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales”.*²⁶

Los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tienen por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realice la Administración, con el fin de satisfacer el interés público. El objeto de los contratos civiles se circunscribe a un fin particular.

Según Roberto Dromi *“Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo los contratos de la Administración ...”*²⁷

En nuestra legislación pueden también ser objeto del contrato regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los bienes que no están en el comercio, como por ejemplo la adquisición de un bien inmueble que sea necesario para la satisfacción de las necesidades

²⁶ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

²⁷ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

públicas, mediante la declaratoria de utilidad pública o de interés social, lo cual no es posible en los contratos civiles.

En doctrina se sostiene la existencia del derecho de la Administración a introducir cambios unilateralmente en la prestación, de tal modo que modifique el objeto del contrato administrativo, en virtud del principio de *“mutabilidad”* o *“lus variandi”*.

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no le es permitido a la Administración modificar el objeto del contrato, conforme lo dispone el Art. 22 del Reglamento a la citada ley; sin embargo, dicha Ley faculta hacerlo bajo ciertos límites como por ejemplo a través de la celebración de contratos complementarios cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas presentadas durante su ejecución, creación de nuevos rubros, diferencia en cantidades de obra, etc..

En los contratos civiles el objeto es inmutable.

3.- CAUSA.- La causa del contrato está relacionada con el motivo que conlleva su celebración. Dromi manifiesta: *“La causa, motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva. ... Está ontológicamente comprendida en el objeto y en la voluntad. La causa,*

la motivación y la finalidad son siempre la satisfacción de un fin público, del interés público, cualquiera sea la especificidad de éste.”²⁸

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las Entidades Contratantes, deben cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales asociados a los presupuestos del Estado.

Por lo tanto la causa, el motivo y la finalidad de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, será siempre la satisfacción del interés público, y debe estar debidamente motivada durante el desarrollo del proceso de contratación en sus diferentes fases. Así también lo determina el Art. 5 de la referida Ley, cuando dispone que los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos.

En los contratos civiles, prima el interés particular e individual de las partes contratantes. La Codificación del Código Civil en su Art. 1483 dispone: *“No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es una causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa*

²⁸ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o el orden público. ...”.

De la norma transcrita, se colige que la causa en los contratos civiles es abierta y por tanto ilimitada, siempre que no sea prohibida por la ley ni contraria a las buenas costumbres y al orden público.

4. RÉGIMEN JURÍDICO.- *“Los contratos administrativos pertenecen al régimen jurídico de Derecho Público; mientras los contratos civiles, pertenecen al régimen jurídico de Derecho Privado.”²⁹.*

Es así que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 112 del Reglamento General del cuerpo legal invocado, los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se someten a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, y a la normativa que expida el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP, y supletoriamente a las disposiciones del Código Civil en lo que fueren aplicables, como es el caso de la interpretación de los contratos, el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, el juicio de expropiación en la adquisición de bienes inmuebles. En adición a ello, existen otras normas de derecho público a las cuales también se someten como por ejemplo el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Administrativa.

²⁹ Eguiguren. Genaro (2001). Celebración de Contratos Administrativos. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador

A diferencia de los contratos civiles, estos se rigen por leyes generales, como el Código Civil.

5.- PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN.- Las prerrogativas de la Administración son potestades especiales que posee la Administración en atención al interés o fin público que representa, y que se manifiestan a través de la desigualdad jurídica y de las cláusulas exorbitantes.

A.- Desigualdad Jurídica: En los contratos administrativos la Administración aparece en una situación de superioridad jurídica en relación a sus contratistas, ya que se impone con una serie de prerrogativas que permiten la subordinación del contratista a la Administración, todo ello como consecuencia de la desigualdad de propósitos que persiguen las partes; pues, para la Administración prima el interés público, que prevalece sobre el interés particular del contratista.

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la desigualdad jurídica se manifiesta en la competencia que tiene la Administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, modificando las obligaciones del contratista en cierto modo y dentro de ciertos términos y condiciones establecidos en la misma Ley, en virtud del principio del *"ius variandi"* o de *"mutabilidad"*, como se verá más adelante; terminar unilateralmente el contrato por las causas previstas en la Ley; y, subcontratar la ejecución parcial del contrato, bajo las condiciones establecidas en el Art. 79 de la Ley.

En los contratos civiles la igualdad entre las partes es uno de sus elementos básicos, ya que sin ella las cláusulas contractuales se tornarían abusivas y no producirían efectos jurídicos.

B.- Cláusulas Exorbitantes: Son cláusulas que se estipulan en un contrato, y que resultan inadmisibles en un contrato civil o comercial, por cuanto le permiten a la Administración la facultad de ejercer el control y dirección sobre el cumplimiento del contrato. En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la administración puede imponer sanciones, terminar unilateralmente el contrato, emitir directrices, etc.

En los contratos civiles estas cláusulas se consideran ilícitas e inusuales, porque rompen con el principio de igualdad y de libertad contractual entre las partes.

6.- FORMALIDADES.- Para la existencia y validez de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deben cumplir condiciones y requisitos relativos al procedimiento precontractual y a la forma del contrato, establecidos en la citada Ley, por ejemplo: el cumplimiento del proceso precontractual realizado de acuerdo al monto y naturaleza del contrato; la publicación de la convocatoria en el portal de compras públicas; la escritura pública para los contratos que sobrepasen determinado monto o cuando se trate de adquisición de inmuebles; la presentación de garantías, etc.

Dichas formalidades no están contempladas para los contratos civiles, puesto que éstos se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes, y solo por excepción se exige el cumplimiento de determinadas formalidades, como por ejemplo la escritura pública de los contratos de compraventa de inmuebles.

7.- JURISDICCIÓN.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las controversias que surjan en los contratos regulados por dicha Ley, en que las partes decidan ir a sede judicial, el procedimiento se ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las controversias que se deriven de los contratos civiles, deben someterse a la jurisdicción ordinaria, ejercida por los jueces civiles.

1.3 Definición de Cláusula Exorbitante

Del desarrollo de este tema, se puede apreciar que la actividad del Estado tiene como fin la satisfacción del interés público, concebido como la *“utilidad, conveniencia o bien de los mas ante los menos, de la sociedad ante los particulares ...”*³⁰, como vínculo para alcanzar el bien común, considerando que el interés público prevalece sobre el interés particular; para tal efecto, el

³⁰ Cabanellas de Torres. Guillermo (1979). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

Estado se encuentra investido de *“poder para actuar con eficacia”*³¹, que lo ejerce al amparo del ordenamiento jurídico vigente en una sociedad. El ejercicio del poder y el ordenamiento jurídico le otorgan al Estado potestades o atribuciones que le permiten a éste imponer determinadas condiciones a los particulares y subordinar jurídicamente su actuación a aquél, potestades a las que se les denomina *“Prerrogativas de Poder”*³², o *“Prerrogativas de la Administración”*³³.

Al respecto, Marienhoff manifiesta: *“los contratos administrativos, propiamente dichos, tienen caracteres específicos que se traducen en prerrogativas especiales en favor de la Administración Pública. Esto se explica porque tales contratos tienden a facilitar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado, es decir, de fines públicos propios del mismo”*³⁴.

Es así que las “prerrogativas de la Administración” constituyen potestades y privilegios de las cuales goza el ente público y que el particular las acepta en forma voluntaria, colocando al primero en un nivel de superioridad jurídica frente al otro, como son la Mutabilidad o “Ius Variandi”, Dirección y Control, Sanción, e Interpretación unilateral, etc.

³¹ Lamprea Rodríguez. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia

³² Torres Gallegos. Galo (1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

³³ Dromi. Roberto (2001). Derecho Administrativo. 9^a Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.

³⁴ Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Para Roberto Dromi las prerrogativas de la Administración se manifiestan “*en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes del derecho común.*”³⁵.

La desigualdad jurídica se refiere al estado en cual las partes contratantes se encuentran dentro de la relación contractual, que no es el de igualdad de condiciones, debido a la desigualdad de propósitos que persiguen las mismas en un contrato, en el que un fin o necesidad pública se antepone ante el fin económico privado. Según el mismo Dromi, esta desigualdad se traduce en la competencia que tiene la Administración para: “*1) Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). 2) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista). 3) Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).*”³⁶

Al romperse el principio de igualdad jurídica entre las partes, la supremacía que ejerce la administración por representar el interés público frente a los particulares, se expresa a través de la estipulación de cláusulas exorbitantes de derecho privado.

³⁵ Dromi. Roberto (2001). Derecho Administrativo. 9a Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.

³⁶ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. 9a Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid.

Lo exorbitante es un concepto que se originó en la doctrina y jurisprudencia francesas, como aquello que desborda los parámetros del derecho privado. Tal concepción surge tras la búsqueda de un criterio que permita distinguir en forma clara y precisa entre contrato privado y contrato administrativo, y de esa manera precisar la competencia de sus tribunales especiales en materia de cuestiones vinculadas con la Administración Pública.

El tratadista francés André de Laubaudere sostiene: *“La exigencia de esta condición (procedimiento de derecho público), reposa en la idea de que el carácter administrativo del contrato proviene de estipulaciones que desbordan el derecho privado; causan la competencia del juez administrativo e imponen la aplicación de principios y preceptos de fondo diferentes a las del derecho privado. El empleo de tales procedimientos de derecho público es lo que constituye el elemento exorbitante.”*³⁷

El profesor francés Gaston Jeze, en el comentario al fallo de 31 de julio de 1912 emitido por el Consejo de Estado francés (Société des Granits Porphyroïdes des Vosges), observa que según el Comisario de gobierno León Blum, *“el criterio determinante del contrato administrativo es la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho privado”*³⁸, lo cual ha sido reconocido en forma unánime por la jurisprudencia francesa en diferentes fallos.

³⁷ André de Laubaudere, citado por Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

³⁸ Jeze. Gaston, Citado por Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Ante esta postura, se han esbozado diversas teorías de tratadistas que ponen de relieve la presencia de cláusulas exorbitantes al derecho común, en los contratos celebrados por la Administración, en función del criterio diferenciador de los contratos administrativos.

En doctrina se han emitido varias definiciones de cláusula exorbitante, que a continuación se citará y analizará:

Para el autor francés Georges Vedel³⁹ las cláusulas exorbitantes *“son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales”* o también *“cláusulas que por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de derecho civil”*.

En adición a ello, dicho autor opina que un buen número de las cláusulas que la jurisprudencia considera como exorbitantes, no serían necesariamente ilícitas en el contrato de derecho privado, citando como ejemplo *“son exorbitantes las llamadas “cláusulas penales”, las cuales prevén el derecho de rescisión unilateral en beneficio de la administración, la facultad de dar instrucciones, etc. Estas cláusulas no serían necesariamente ilícitas en un contrato de derecho privado, pero no suelen encontrarse en dicho tipo de contratos en beneficio de una de las partes”*.⁴⁰

39 Vedel. Gerge (1980). Derecho Administrativo. Editorial Aguilar. Madrid, España.

40 Vedel. George (1980). Derecho Administrativo. Editorial Aguilar. Madrid, España.

Esto quiere decir que para este autor las cláusulas exorbitantes podrían estipularse en contratos de derecho privado sin que necesariamente estas sean consideradas como ilícitas.

El tratadista francés André De Laubadere⁴¹, califica la actividad contractual de la Administración *“como extraña a las actividades privadas”* y, consecuentemente, admite que a la misma se le reconozca una suerte de poder de mando unilateral, y por tanto sostiene que *“se trata simplemente de una cláusula que resulta inhabitual en un contrato entre particulares”*⁴².

El autor argentino Roberto Dromi dice que las cláusulas exorbitantes *“Son cláusulas derogatorias del Derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos, son cláusulas inusuales del Derecho privado, o que incluidas en un contrato de Derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.”*⁴³

Respecto de la inusualidad o ilicitud de las cláusulas exorbitantes que sostienen los autores antes citados, Miguel Sánchez Montoya, manifiesta que dichos autores lo hacen infiriendo que existe la posibilidad de que ellas,

⁴¹ De Laubadere. André, Citado por Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002).

Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁴² Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia

Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

⁴³ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.

eventualmente, puedan llegar a ser parte de un contrato de derecho privado, ante lo cual expresa su desacuerdo argumentando que:

“debe considerarse que ellas no son de práctica privada, simplemente pugnan con los principios regentes en la contratación en ese campo, o sea, que al considerarse tal posibilidad se desdibujaría la filosofía propia que tienen los contratos privados, y en tal caso estaría violándose el orden público. ... En su momento, estipular la cláusula penal en contratos privados no lo era (lícito); sin embargo cuando la necesidad llevó al entendimiento de que aquella podría ser la respuesta, se aceptó generalmente en la práctica y se legisló sobre ella, perdió su calidad de ilícita, para convertirse en una sana práctica lícita”

⁴⁴. Lo que está entre paréntesis es mío

Por su parte, el profesor venezolano Brewer - Carías, hace una exposición diferente, al manifestar que en la exorbitancia deben quedar claras dos cuestiones: *“En primer lugar, en general, no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales sino que en realidad son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la acción administración pública; en segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la administración, por lo señalado anteriormente, puede utilizarlas aún en aquellas relaciones contractuales en las cuales exista una preponderancia de*

44 Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia

Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

régimen de derecho privado”⁴⁵. De esta definición se pueden destacar dos consideraciones:

En cuanto al primer punto, si se parte del significado del verbo estipular, se aprecia que este proviene etimológicamente del latín “stipulari” que significa: “*convenir, concertar, acordar*”⁴⁶, lo cual si se aplica estrictamente en su sentido literal en el contrato administrativo, se tendría que aceptar que las cláusulas exorbitantes no son cláusulas debido a que las mismas no son el resultado de la voluntad o consentimiento de las partes contratantes, por tanto no existe ningún convenio, concierto o acuerdo de voluntades para que consten en un contrato. Sin embargo, se debe considerar que las cláusulas de un contrato no siempre provienen del acuerdo de voluntades, como es el caso de un contrato de adhesión, en el cual el consentimiento del particular se manifiesta con la aceptación de las condiciones que le impone la administración, por lo que a decir de Miguel Ángel Sánchez Montoya “*no queda más que aceptarlas como típicas “cláusulas” contractuales*”.⁴⁷

Respecto del segundo punto, el mismo autor manifiesta que “*en la mayoría de países en que se permite estipular alguna de las cláusulas exorbitantes en contratos de derecho privado de la administración, se ordena que el régimen a*

⁴⁵ Brewer.Carías, Citado por Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

⁴⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Internet Página Web: <http://lema.rae.es/drae/>

⁴⁷ Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

*seguir sea el de los contratos administrativos. ... si no fuera exorbitante no habría porqué cambiar el régimen a esos contratos”.*⁴⁸

El autor ecuatoriano Dr. William Arévalo López, define a la cláusula exorbitante como: *“aquellas que ponen de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la Administración, que le permiten asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”.*⁴⁹

De todas estas definiciones, se puede concluir que el principio sobre el cual se erige las bases de la exorbitancia es el interés público como instrumento para alcanzar el bien común, y que es responsabilidad del Estado satisfacerlo y protegerlo, para lo cual en el ejercicio del poder que ostenta, está dotado de ciertas prerrogativas que en materia contractual se manifiestan en las “cláusulas exorbitantes”, cuya característica principal para la mayoría de autores, está en la imposibilidad e ilicitud de incluirlas en el ámbito de derecho privado, porque vulneran los principios de igualdad de los contratantes y de libertad contractual, los cuales priman en la contratación civil. Dichas cláusulas en un contrato privado carecen de eficacia, ya que por ejemplo a ninguna persona le es lícito hacer justicia para sí misma, ni dictar reglas de conducta a un tercero ajeno al contrato que celebre con otro particular.

⁴⁸ Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

⁴⁹ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

CAPÍTULO II CLÁUSULAS EXORBITANTES

Como se colige de lo dicho anteriormente, según la jurisprudencia y doctrina francesas, cuando las partes estipulaban una cláusula exorbitante el contrato se hacía administrativo, pues ésta derogaba la aplicación del derecho privado, lo que permitía diferenciarlo del contrato privado.

En el Derecho colombiano, la estipulación exorbitante se prevé como competencia reglada, en la disposición legal. El Estatuto Contractual colombiano, determina qué contratos admiten estipulación exorbitante y cuáles no. La “Ley 80 de 1993” regula lo concerniente al ejercicio exorbitante de la administración pública, en virtud de la cual la entidad contratante puede *“interpretar los documentos precontractuales y las estipulaciones convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y terminar unilateralmente el contrato celebrado”*.⁵⁰

En el Derecho argentino, Roberto Dromi manifiesta que: *“Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas. Ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Son cláusulas expresas la incluidas concretamente en el texto de un contrato”*.⁵¹

⁵⁰ Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Tamis. Bogotá, Colombia.

⁵¹ Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Madrid.

En adición a ello, Marienhoff cita otras cláusulas virtuales o implícitas, que están presentes en el texto del contrato aunque no estén escritas porque se trata de una cuestión de principio y no requiere de norma que las establezca, como son: “- *la ejecutoriedad propia de la Administración respecto de sus actos; - el ius varandi, o facultad de modificar el contrato unilateralmente las obligaciones del cocontratante; - la facultad de rescisión unilateral del contrato; - la concesión a su cocontratante de poderes respecto a terceros; la facultad de dirección y control sobre el cumplimiento del contrato.*”⁵²

En el Derecho ecuatoriano, el Art. 226 de la Constitución de la República, prescribe que: “*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*”; en este sentido, las facultades exorbitantes se encuentran expresamente atribuidas a la Administración por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se analizará a continuación, y en el contrato, sin que ésta pueda arrogarse otras facultades no contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, conforme la mencionada disposición constitucional.

⁵² Marienhoff. Miguel, citado por Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

En general, las potestades o prerrogativas del Estado que se manifiestan o se concretizan a través de las cláusulas exorbitantes aceptadas en la mayoría de legislaciones, son las siguientes:

2.1 Decisión Unilateral

La Decisión Unilateral no es una cláusula sino una potestad o prerrogativa que la constitución y la ley atribuye a la administración para actuar en forma unilateral y que se expresan a través de las cláusulas exorbitantes.

La unilateralidad es la condición general atribuida por la constitución y la ley a la administración pública para obrar, sin la anuencia del particular al que afecta, con el objeto de cumplir con los deberes primordiales del Estado y prestar los bienes y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Esta capacidad de obrar, implica la facultad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada, mediante actos unilaterales. La administración pública a través de la autoridad competente, por lo general actúa mediante actos administrativos que son de su competencia, mediante los cuales la autoridad decide, ordena y ejecuta, razón por la cual su característica principal es la unilateralidad.

Los contratos constituyen actos bilaterales en donde se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes y están regidos no por una autoridad sino por la ley, por lo que no puede considerarse como un acto unilateral; sin

embargo, a los contratos administrativos, se les dota de un régimen legal especial que contempla cláusulas exorbitantes, a las cuales las partes deciden someterse, y que le confieren a la administración la potestad de decisión unilateral para disponer la suerte de dicho acuerdo.

La Administración ejerce su potestad de decisión unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo que cuando lo ejecuta en doctrina se denomina “decisión ejecutoria”⁵³. La ejecutoria es la *“sentencia firme; la que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse en todos sus puntos”*⁵⁴. Según el profesor Rivero, sucede cuando *“la administración que expide el acto, emplea su poder de modificación unilateral de las situaciones jurídicas. ... La verdadera ejecutoria es la que produce efectivamente un cambio en la situación jurídica con que se relaciona”*⁵⁵

En virtud de la potestad de decisión unilateral, la administración puede decidir en forma ejecutiva y previo al conocimiento judicial que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato, sobre *“la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre su revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas. El co-contratante debe obedecer, y solo le es dado*

⁵³ Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

⁵⁴ Cabanellas de Torres. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

⁵⁵ Rivero. Jean, citado por Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

*recurrir ex post, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico”.*⁵⁶

Al respecto, García de Enterría, manifiesta: *“Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlada por éste. ... la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (privilegio de autotutela)”.*⁵⁷

En nuestra legislación, la potestad de decisión unilateral, ejecutiva y previa se encuentra contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuando otorga a la entidad contratante la facultad para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato; para declarar de utilidad pública en el caso de adquisición de bienes inmuebles; para modificar los pliegos y el contrato en casos específicos a través de contratos complementarios, órdenes de trabajo, contratos modificatorios para enmendar errores; para imponer garantías obligatorias a favor del Estado; y, para imponer sanciones, todo lo cual se manifiesta en las cláusulas exorbitantes estipuladas en el respectivo contrato.

2.2 Exigencia del cumplimiento del objeto contractual

⁵⁶ Pérez. Efraín (1999). El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución. Ediciones Estade. Quito, Ecuador.

⁵⁷ García de Enterría. Eduardo (2004). Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, España.

Esta potestad de exigencia proviene del derecho que tiene la administración para vigilar el cumplimiento estricto de la prestación contratada, así como, que ese cumplimiento se produzca dentro del plazo y con sujeción estricta a los términos y condiciones pactados en dicho instrumento y en los pliegos de condiciones.

Para el efecto, la administración está facultada para emitir actos de vigilancia y control, que generalmente se asigna a un supervisor, administrador o fiscalizador de un contrato, con la finalidad de que la entidad contratante garantice que la ejecución sea idónea porque el objeto del contrato se cumplió conforme a las condiciones técnicas, legales y económicas previstas en los pliegos y en el contrato; y oportuna, en cuanto a la entrega recepción del objeto del contrato dentro de los plazos previstos en el mismo.

Durante la supervisión o fiscalización de la ejecución del contrato, la entidad contratante puede adoptar medidas para la adecuada ejecución del mismo, como son vigilar que los pagos se efectúen dentro del plazo convenido, que el anticipo contractual entregado sea devengado en la ejecución del contrato, autorizar prórrogas, la ejecución de garantías, aplicación de sanciones, etc.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Art. 70 dispone que: *“Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización. En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se*

presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.”.

Concordante con lo manifestado, el Art. 80 del cuerpo legal invocado dispone que: *“Responsable de la Administración del Contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda.”.*

2.3 Exigencia de la continuidad de la ejecución del contrato

Cuando la potestad de exigir el cumplimiento del objeto del contrato, se transforma en la posibilidad de exigir al contratista la ejecución continua del contrato bajo toda circunstancia sin que se pueda ver interrumpido por ninguna causa, se está frente a otra prerrogativa de la Administración.

En la legislación argentina, esta prerrogativa consiste en que *“la Administración podría exigir el cumplimiento aun cuando no tiene la razón, es decir, aun cuando no esté en condiciones de acreditar el haber cumplido con su prestación o que su obligación es a plazo (art. 1201, Cciv.); más aun,*

*consiste en que podría emplear la fuerza pública para poder asegurar el cumplimiento de la prestación”.*⁵⁸

Visto de esta manera, esta es una potestad extraordinaria que nace del poder del Estado y no de un contrato, por lo que según Ismael Farrando y otros autores, la *“pretendida cláusula contractual exorbitante no se funda en circunstancias contractuales, porque no es utilizable por la Administración en cualquier momento, sino únicamente cuando se encuentra de por medio un servicio público y es, entonces, la continuidad de éste la que justifica el uso de las facultades no contractuales de empleo del “Poder” del Estado”*⁵⁹, por lo que afirma que no cabe incluir entre aquellas que caracterizan al contrato administrativo.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no les es dada a la administración la aplicación de esta potestad de continuidad de la ejecución del contrato, sin interrupciones de ninguna clase, aún con el empleo de la fuerza pública; sin embargo, le obliga a la entidad contratante a adoptar medidas conducentes a evitar el incumplimiento del contrato, y que impidan que el contratista interrumpa o suspenda la ejecución del mismo, como son emitir actos preventivos de vigilancia a través del supervisor o fiscalizador del contrato, para evitar retraso en los pagos al contratista, vigilar que el anticipo entregado al contratista haya sido devengado en la ejecución del contrato, autorizar prórrogas de plazo en caso de fuerza mayor o caso fortuito, reajuste

58 Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

59 Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

de precios, brindar el soporte que necesite el contratista, etc., hasta llegar a otro tipo de medidas como son la aplicación de multas, terminación del contrato, ejecución de garantías, notificación al Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP para el registro y sanción correspondiente.

En el evento de que como medida extrema se aplique la terminación unilateral, la Ley le faculta a la entidad contratante para que una vez declarada la terminación unilateral del contrato, pueda volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, conforme el procedimiento establecido en el Art. 95 de la citada Ley, a fin de evitar que el interés público se vea entorpecido.

2.4 Poder de control y dirección del contrato

Entre las prerrogativas o potestades de la Administración se encuentra el poder de control y dirección, como formas de intervención en la ejecución de un contrato.

El Estado celebra un contrato para cumplir con una finalidad que le es propia, y por tanto es responsable de dirigir la actividad contractual y de ejercer control sobre la misma, para lo cual la entidad contratante está facultada para realizar las siguientes actividades: a) elaborar los pliegos que contienen las condiciones del proceso, las especificaciones del objeto contractual, plazos estimados, presupuesto referencial, criterios para la selección de las ofertas, proyecto de contrato y modelos de formularios cuyos datos deben ser completados por los oferentes; b) Contestar las preguntas de los oferentes,

emitir aclaraciones o modificaciones de los pliegos; c) Recibir las propuestas, evaluarlas y calificarlas; y, d) Seleccionar la mejor propuesta, adjudicar el contrato, notificar al adjudicatario, y el plazo previsto suscribir el contrato.

Para el efecto, la entidad contratante está facultada para intervenir en la ejecución del contrato, a fin de que la obra, bien o servicio que se entregue, no solo cumpla con las condiciones previstas de tiempo, calidad y precio, sino que su cumplimiento contribuya a la consecución del interés público.

El profesor Manuel María Diez⁶⁰, citado por Miguel Ángel Sánchez, afirma que la administración *“ejerce un poder de contralor, sometiendo a su cocontratante a las órdenes que le imparte, relativas al modo de ejecutar el contrato. . El objeto del contralor consiste en verificar que el cocontratante cumple con las disposiciones del contrato, lo cual se realiza mediante actos materiales de verificación, informes, etc., y también a través de decisiones jurídicas como las órdenes de servicio.”*

En general doctrinariamente el poder de dirección y control se ejerce a través de cuatro aspectos:

- a. Aspecto Material, sirve para determinar el cumplimiento de los actos y hechos derivados del contrato.
- b. Aspecto Técnico, sirve para establecer si esos actos y hechos se ejecutan o realizan de acuerdo a las condiciones del contrato.

60 Diez. Manuel María, citado por Sánchez. Miguel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

c. Aspecto Financiero, sirve para determinar el cumplimiento de los pagos realizados en virtud del contrato.

d. Aspecto Legal, sirve para establecer la observancia de las normas jurídicas que regulan el contrato.

En los contratos de obra, la potestad de dirección y control se la ejerce con mayor intensidad, y se manifiesta a través de las actuaciones de un órgano de la Administración por medio del cual se expresa la voluntad administrativa, denominada inspección de obra⁶¹, quien representa a la autoridad de ejecución del contrato, ejerce sus funciones de acuerdo a lo establecido en la documentación contractual, y cuenta con la suficiente idoneidad para dirigir técnica y materialmente los trabajos.

Cuando la legislación permite que las tareas de inspección de un contrato de obra puedan delegarse a terceros, esto se efectúa a través de los contratos de consultoría, aplicando reglamentos y normas legales que rigen en materia de obra pública, en cuyo caso la Administración ejerce el control y dirección a través de otro órgano que de manera usual se lo llama supervisión, cuyas funciones no deben superponerse con las de la Inspección.

La inspección imparte sus directivas e instrucciones para que la obra se ejecute de acuerdo con lo establecido en el contrato y en los pliegos, y se comunica con el contratista a través del instrumento denominado “órdenes de servicio”, y el contratista a través de las “notas de pedido”. Este conjunto de

⁶¹ Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

comunicaciones se denominan “Libros de Obra”⁶². Los trabajos deben ser ejecutados por el contratista a fin de no incurrir en incumplimientos contractuales que conlleven a las sanciones correspondientes, y si existiere diferente punto de vista, se ejecutarán según el criterio que establezca la inspección sobre la documentación precontractual y contractual, bajo el principio de subordinación jurídica del contratista a la Administración.

Por ello, la prerrogativa de dirección y control está vinculada con las prerrogativas de exigencia de cumplimiento del objeto contractual y de poder sancionatorio.

En los contratos de adquisición de bienes la intensidad de la dirección y control dependerá no sólo del tiempo de ejecución sino también de la naturaleza de los bienes a entregar, y de si la Administración ha establecido las condiciones de contratación cuyos medios de consecución estarán a cargo del proveedor o contratista.

Por ejemplo, en los contratos de adquisición de bienes a manufacturar por parte del contratista, la entidad contratante tiene la facultad para inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto a entregar y de establecer sistemas de control de calidad para el estricto cumplimiento de las condiciones establecidas por la Administración. Pero si la ejecución del contrato es instantánea, es decir la entrega de los bienes se realiza en forma inmediata, la potestad de dirección y control es muy

⁶² Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

restringida, pues se limita a la constatación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato en el momento que los bienes son entregados.

En tanto que en los contratos de prestación de servicios la intensidad de la aplicación de esta potestad, está vinculada con su duración, debido a que mientras sea más largo el plazo que dure el contrato, la entidad contratante podrá ejercer con mayor amplitud sus facultades, velando por el cumplimiento del contrato y dirigiendo hacia la mejor satisfacción de sus intereses sin alterar su objeto. El control y dirección se ejerce por medio de la presentación de informes detallados de la labor desarrollada durante el período de ejecución y previo a que se realice cada pago.

En los contratos de consultoría, la intensidad del control y de la dirección dependerá de su objeto. En este tipo de contratos la entidad contratante, tiene la facultad de controlar y aprobar los trabajos, productos e informes que presente el consultor, dar directivas y formular las observaciones que considere pertinentes, siendo de responsabilidad del consultor o firma consultora, la calidad técnica de los trabajos y productos que desarrolle así como los defectos que se deduzcan para la Administración.

En iguales términos que los enunciados, la potestad de control y dirección se aplica en nuestra legislación, con la excepción de que en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante debe designar a más del supervisor o fiscalizador, a un administrador del contrato; la intervención de obra se denomina fiscalización y

el interventor que la realiza se llama fiscalizador, cuyas funciones y deberes deben constar en el respectivo contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 121 de su Reglamento General.

Cabe señalar, que el fiscalizador del contrato debe observar además las disposiciones del Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos, que contiene normas que se aplican en forma concordante para la adquisición de bienes, servicios y otros contratos.

En adición a ello, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 80 de la referida Ley, tanto el supervisor y como el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos; y, de acuerdo con el Art. 100 de dicha Ley, los consultores son responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad dentro de los términos contractuales, y de los perjuicios técnicos y económicos que ocurrieren durante su ejecución. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios.

2.5 Facultad de modificar el contrato

La potestad de modificar el contrato o *ius variandi*, nace en la doctrina francesa en el desarrollo de los contratos de concesión, mediante los cuales

se delega a un particular la prestación de un servicio público por plazos muy extensos, debido a los gastos que generaba su instalación y a que no podían preverse las variaciones de las necesidades públicas que se consideraban cambiantes o mutantes.

La Administración al representar el interés público que el contrato puede comprometer, frente al interés económico que persigue el cocontratante, éste debe subordinarse al interés público, y de esta relación nace la atribución de la Administración para modificar el contrato aumentando o reduciendo la extensión y la calidad de las prestaciones que debe suministrar el cocontratante, para ajustarlo a las fluctuaciones que el tiempo y la técnica exigen, así como poner fin a estas prestaciones antes del cumplimiento del plazo convenido, lo cual está relacionado con la prerrogativa de terminación unilateral del contrato, como por ejemplo cuando la Administración no puede continuar recibiendo prestaciones que se han vuelto inútiles o inadecuadas para el servicio público, puede recurrir a la terminación del contrato.

Sin embargo, tales modificaciones pueden llevar a que se sacrifique el interés privado en nombre del interés público, por lo que el Derecho francés ha buscado diferentes mecanismos a fin de garantizar un equilibrio entre la facultad de la administración para modificar el contrato y en el pago de una indemnización pecuniaria que corresponda al valor de los perjuicios causados al cocontratante, a lo cual se le conoce como principio de “equilibrio económico”.

Según el autor Beltrán Gambier⁶³ la prerrogativa de modificación unilateral del contrato halla su justificación en las conveniencias del servicio, tales como: “1. *La eficiencia y eficacia en los servicios públicos*; 2. *El cambio de circunstancias*; 3. *La ecuación económico - financiera del contrato desde la perspectiva de la Administración: inexistencia de ventajas e inconveniencia de llamar a nueva licitación*”, esto quiere decir que la entidad contratante a través de diferentes mecanismos debe garantizar al cocontratante el equilibrio entre las ventajas que se otorgan al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, en caso de que la administración utilice la prerrogativa de la modificación unilateral, a fin de que las ventajas y obligaciones sean compensadas para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles.

Sobre fundamentos similares de los contratos de concesión, se ha extendido la potestad de la Administración a introducir cambios en las prestaciones del contratista particular en todos los contratos administrativos, pero con ciertos límites, ya que la variación no puede afectar la naturaleza esencial del objeto contrato ni su precio, caso contrario daba derecho al contratista para rescindir el contrato exigiendo una indemnización.

En el régimen colombiano por ejemplo, la modificación unilateral en los contratos estatales surge como exigencia de otorgar una adecuada prestación del servicio pero no para sanear vacíos del objeto contractual, para lo cual fija

⁶³ Gambier.Beltrán, citado por Farrando. Ismael, Director, Ábalos.María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

en su ordenamiento legal las siguientes condiciones para que opere esta prerrogativa: *“a) El contrato debe hallarse en etapa de ejecución; b) Debe haber riesgo inminente de paralización de la ejecución del contrato o afectación grave del servicio público que se satisface con él; c) La única vía para precaver tales riesgos es introduciendo variaciones al contrato; d) La unilateralidad se explica si previamente las partes no llegan a un acuerdo en las condiciones de la modificación y las nuevas obligaciones del contratista. En este punto, la entidad, en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará como estime necesario. La modificación puede ser por supresión o adición de obra, trabajo, suministro o servicio.”*⁶⁴

Adicionalmente, el referido régimen contempla la opción para que el contratista, en caso de aumento o disminución del volumen del contrato, pueda renunciar a la continuación, si el valor aumenta en un 20 por ciento o más del inicial previsto para el contrato, cuando el contratista reconoce su imposibilidad de ejecutar la obra adicional, sin sanción para él, correspondiendo a la entidad adoptar las medidas necesarias para la terminación del objeto contractual.

En la legislación ecuatoriana, el artículo 22 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que *“La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos”*; y, el artículo

⁶⁴ Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

23 de la norma indicada, dispone que: *“Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. ... Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, ...”*.

De las normas transcritas se colige, que no les dado a la Administración ni al Contratista modificar el objeto del contrato, durante el proceso precontractual ni cuando el contrato haya sido legalmente celebrado; no obstante, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla casos específicos, mediante los cuales se puede modificar el contrato principal a través de un nuevo contrato, denominado “Contrato Modificatorio para enmendar errores” y “Contrato Complementario”.

1) Contratos Modificatorios para enmendar errores: El artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, faculta a las entidades contratantes celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados, para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales.

2) Contratos Complementarios: La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, abre la posibilidad de celebrar contratos complementarios en el caso de obras y servicios complementarios y para la creación de nuevos rubros.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la referida Ley, la entidad contratante está facultada para celebrar contratos complementarios con el mismo contratista, sin licitación o concurso, en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, para atender tales modificaciones, con la condición de que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

Así mismo, el artículo 86 de la Ley ibidem, faculta la celebración de contratos complementarios cuando fuere necesario la creación de nuevos rubros, para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, para lo cual se deberá sujetar a los precios referenciales actualizados de la Entidad Contratante si los tuviere, caso contrario se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limita la suscripción de un contrato complementario de obras y servicios, a un monto que sumadas las cuantías de los valores de los contratos complementarios, no exceda del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, y en los contratos de consultoría el valor del contrato complementario no podrá exceder del setenta por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, conforme lo dispone en forma expresa el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe destacar que la Ley antes mencionada, en sus artículos 88 y 89 establece otras figuras jurídicas adicionales a los contratos complementarios, para el pago de obligaciones que pudieran surgir durante la ejecución de una obra, como son la “Diferencia en cantidades de obra” que se da cuando hay cambios en las cantidades reales del contrato que difieren de las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el mismo; y, las “Órdenes de Trabajo”, cuando existen rubros nuevos, cuyas sumatorias totales incluidos los valores de los contratos complementarios, tampoco pueden exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, conforme el pronunciamiento del Procurador General del Estado, constante en oficio No. 17705 de 30 de noviembre de 2010, que en su parte pertinente manifiesta:

“En consecuencia, no es procedente modificar el numeral 16.7 de la décimo sexta cláusula del contrato de ejecución de obra materia de consulta, que estipula que la suma total de las cuantías de los contratos complementarios, creación de rubros nuevos, diferencia en cantidades de obra, y órdenes de trabajo no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, pues dicha cláusula guarda total conformidad y armonía con la disposición del citado artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”⁶⁵.

En consecuencia, el equilibrio económico no está contemplado en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, salvo en reducidos porcentajes, que no podrían garantizar una utilidad fija o mínima al contratista.

⁶⁵ Registro Oficial Suplemento No. 377 de 03 de febrero de 2011.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contempla la facultad de convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren, cuando por causas imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, sin que esto implique la renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista; sin embargo, no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

Es menester señalar que con esta disposición, se contempla la opción para que la entidad contratante y el contratista, procedan a la terminación del contrato por mutuo acuerdo ante la imposibilidad de ejecutarlo, y si no aceptare el contratista, la entidad contratante está constreñida a declararlo unilateralmente terminado.

2.6 Poder Sancionatorio

El poder sancionatorio surge como consecuencia del poder de dirección y control que ejerce la Administración durante la ejecución de un contrato, para sancionar al contratista el incumplimiento de las directivas o instrucciones y órdenes impartidas por la Administración en el ejercicio de esta prerrogativa, para la mejor ejecución del contrato.

La doctrina francesa fundamenta el ejercicio de esta prerrogativa en el hecho de que *“las sanciones que contempla el derecho privado resultarían insuficientes en el terreno de los contratos administrativos porque en éstos no sólo se busca reprimir el incumplimiento sino también asegurar la ejecución del contrato público”*⁶⁶; en consecuencia, el régimen sancionatorio en el derecho administrativo requiere que sea enérgico para prevenir e impedir faltas, y que sea rápido para que no perturben la eficacia del servicio.

Para el efecto, la Administración está dotada del poder de decisión unilateral, ejecutiva y previa, esto quiere decir que le permite a la entidad contratante imponer sanciones al cocontratante por su sola voluntad, hacerlas efectivas, y sin necesidad de recurrir al juez, sin perjuicio de que el cocontratante afectado pueda recurrir posteriormente contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos y en la forma que establezca el ordenamiento jurídico, argumentando las siguientes causales:

Según el autor Pequignot el cocontratante puede alegar: *“a. incompetencia; b. vicio de forma; c. error de derecho o de hecho; d. desviación de poder; e. Irregularidad de una circular invalidada anteriormente”*⁶⁷. Laubadere agrega las siguientes causas: *“a. violación de la ley o de los principios generales de derecho; b. control de los motivos”*⁶⁸.

⁶⁶ De Laudadere. André, citado por Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁶⁷ Pequignot, citado por Sánchez. Miguel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

⁶⁸ Laubadere. André, citado por Sánchez. Miguel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Cabe destacar el hecho de que en un contrato administrativo lo fundamental de las sanciones no es castigar al contratista por sus faltas, sino asegurar el cumplimiento de un servicio, la ejecución de una obra, o la entrega de un bien, que se ha comprometido en el contrato, por lo que las sanciones no pueden ser consideradas como una pena.

Según el Director argentino Ismael Farrando, para la aplicación de las sanciones contractuales se requiere: *“1) Previsión en el contrato o en los pliegos licitatorios; 2) no deben considerarse a las sanciones como resarcitorias; 3) no son persecutorias; 4) necesitan de una intimación previa dando la oportunidad de cumplimiento y constitución en mora – formal y fehaciente- al incumplidor de las obligaciones contractuales; 5) no existe automaticidad en la aplicación; 6) deben ser proporcionales con el incumplimiento que las justifica, es decir, razonables; 7) deben tenerse en cuenta en cuanto a su aplicación los principios del derecho penal relativos a: debido proceso, nullum crimen sine lege, in dubio pro reo, non bis in idem, etc.; 8) es contrario a derecho la aplicación de sanciones no previstas en los pliegos o en los contratos, caso contrario las tornarían “inexistentes”; 9) puede solicitarse la rescisión judicial o la indemnización de daños y perjuicios – si los hubieren - en sede jurisdiccional en el caso de incumplimientos contractuales que no tengan aparejada una sanción prevista con anticipación por la “ley” de las partes (el contrato y los pliegos); 10) deben ser impuestas como corolario de un procedimiento administrativo que garantice ampliamente al cocontratante su derecho a la defensa, esencialmente la producción y control*

*de la prueba propia como la de cargo que pueda haber aportado en el sumario la Administración*⁶⁹

En nuestro ordenamiento jurídico las características de las sanciones antes señaladas, están garantizadas por la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la siguiente manera:

1) Previsión en el contrato o en los pliegos.- En doctrina esto quiere decir que una sanción antes de ser aplicada debe estar prevista en el contrato o en los pliegos que integran a aquél.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 226 prescribe que *“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.”*

El Art. 76 numeral 3 de la Constitución dispone que: *“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: ... 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. ...”*

⁶⁹ Laubaudere. André, citado por Sánchez. Miguel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Conforme lo dispone el Art. 4 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, uno de los principios que se deben observar para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, es el de legalidad.

El Art. 71 de la Ley antes citada prevé que en los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas.

De las normas invocadas se colige que nuestra legislación contempla la posibilidad de imponer sanciones al contratista, pero limitada a las disposiciones de la Ley y a las cláusulas del contrato, el mismo que según el Art. 1561 del Código Civil constituye ley para las partes contratantes, por lo que aplicar una sanción que no se encuentre prevista en la ley, quebrantaría los principios de legalidad y del debido proceso, contemplados en la Constitución de la República.

2) No son sanciones resarcitorias, esto significa que las sanciones no persiguen la reparación de daños y perjuicios que se hubieren ocasionado a la Administración, pues para que estos procedan deben ser establecidos por la Función Judicial, que es la encargada de dimensionar y fijar daños y perjuicios que pudieren haber afectado a la Administración; por lo tanto, al no tener vínculo alguno con el perjuicio que experimente la Administración, ésta mal podría establecerlos y con ello enriquecerse a costa de su cocontratante. Su única finalidad es actuar en forma coercitiva sobre el cocontratante para que éste cumpla con el contrato.

El Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, penúltimo inciso, dispone que: *“La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.”*

3) No son persecutorias, porque no se trata de castigar o perseguir al cocontratante sino de presionar y lograr que cumpla eficientemente las prestaciones encomendadas.

4) Necesitan de una intimación previa dando la oportunidad de cumplimiento y constitución en mora – formal y fehaciente- al incumplidor de las obligaciones contractuales; es decir, que debe darse la oportunidad al contratista para que cumpla con sus obligaciones, señalándole los plazos de cumplimiento, vencidos los cuales sin que el contratista haya cumplido con sus obligaciones, éste caerá en mora y podrá aplicársele la sanción correspondiente, la misma que deberá ser razonable y no arbitraria, para que la sanción cumpla con su finalidad de asegurar la realización efectiva del contrato.

El Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente, señalando específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por

terminado unilateralmente el contrato, y si el contratista no justifica la mora o no remedia el incumplimiento, en el término concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato.

5) No existe automaticidad en la aplicación, es decir que la sanción no es automática, obedece a un procedimiento que le garantice al cocontratante el debido proceso y la garantía de la defensa.

El Art. 76 numerales 3 y 7 literal j) de la Constitución de la República, asegura el derecho al debido proceso que incluye las siguientes garantías básicas: “3. ...*Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. ... 7. ... 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.*”.

De lo expuesto se desprende que la entidad contratante previo a aplicar la sanción que corresponda deberá observar el procedimiento previsto para cada trámite, el mismo que exigirá por ejemplo, que el acto mediante el cual se resuelve la aplicación de una sanción, contenga todos los requisitos de motivación necesarios, que ésta sea debidamente notificada al contratista y que además se le reconozca al afectado el derecho a la defensa, por lo que previo a adoptar esta medida se deberá considerar que la inobservancia en el

procedimiento, la motivación y demás requisitos o solemnidades que de manera intrínseca deben contener los actos administrativos o resoluciones, conllevará su nulidad de pleno derecho.

Para el caso de las sanciones económicas, se considera un derecho del contratista que la administración liquide el contrato y se determine los valores pendientes de pago o los que deba deducírsele o devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes, así como a las compensaciones a que hubiere lugar; es decir, que a través de este instrumento se determinen los saldos que resulten a favor o en contra de cada una de ellas, reembolsando lógicamente la cantidad correspondiente a la parte cumplida del contrato.

6) deben ser proporcionales con el incumplimiento que las justifica, es decir, razonables; lo cual significa que se debe imponer sanciones que sean admisibles en el ordenamiento jurídico, esto implica que la Administración no puede sancionar con sanciones penales las faltas contractuales que no constituyan delitos o contravenciones tipificadas en la ley penal, y debe ser proporcionalmente adecuada a la gravedad de la falta.

El Art. 76 numeral 6 de la Constitución garantiza el derecho al debido proceso que incluya la siguiente garantía básica “... 6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*”.

Dentro de este contexto el Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: *“Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.”*

7) deben tenerse en cuenta en cuanto a su aplicación los principios del derecho penal relativos a: debido proceso, nullum crimen sine lege

El Art. 76 de la Constitución establece las garantías de todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, entre ellas los principios de derecho penal como el derecho al debido proceso como se explicó anteriormente; que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que no esté prevista en la Ley, conforme el numeral 3 que dispone: *“3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”*; el derecho a las personas a la defensa, que incluye entre otras garantías: *“ 7. ...a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.”*

8) es contrario a derecho la aplicación de sanciones no previstas en los pliegos o en los contratos, caso contrario las tornarían “inexistentes”;

Como ya se analizó con anterioridad, la Administración sólo puede imponer sanciones que sean admitidas por el ordenamiento jurídico vigente, caso contrario quebrantarían principios constitucionales y legales de legalidad y debido proceso, lo cual las tornarían inexistentes, o provocaría la nulidad de lo actuado.

9) puede solicitarse la rescisión judicial o la indemnización de daños y perjuicios – si los hubieren - en sede jurisdiccional en el caso de incumplimientos contractuales que no tengan aparejada una sanción prevista con anticipación en el contrato y los pliegos;

Cuando una sanción no ha sido prevista en el contrato y en los pliegos, la Administración debe observar las disposiciones de la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula el régimen sancionatorio que le permite actuar unilateralmente a la Administración, así como también, deja salvo el derecho que tiene la entidad contratante para demandar la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar.

10) deben ser impuestas como corolario de un procedimiento administrativo que garantice ampliamente al cocontratante su derecho a la defensa.

Como se dijo anteriormente, la entidad contratante previo a aplicar la sanción que corresponda, deberá observar el procedimiento previsto para cada

trámite, en el que se reconoce el derecho a la defensa del afectado, el mismo que está garantizado por el Art. 76 de la Constitución, numeral 7.

Las principales sanciones que la doctrina ha clasificado son: Sanciones Pecuniarias, Sanciones Coercitivas y Sanciones Rescisorias.

2.6.1 Sanciones pecuniarias

Las sanciones pecuniarias consisten en el pago de una suma de dinero para el caso en que el cocontratante incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones debidas mediante un contrato.

Las sanciones pecuniarias se dividen en multas y cláusulas penales.

a) Las multas son sanciones pecuniarias establecidas por la Administración en forma unilateral y obligatoria en el contrato, para castigar al contratista en caso de incumplimiento parcial de sus obligaciones durante la ejecución del contrato.

Las multas no implican la reparación de un daño efectivo, ya que el interés público lesionado no es valuable en dinero por parte de la Administración, sino que toma en cuenta la ocurrencia de un comportamiento del contratista que transgrede un deber establecido en un contrato, es por ello que deben estar predeterminadas (previamente establecidas) y fijas (monto a aplicarse) en dicho instrumento. El sistema de aplicación adoptado en la mayoría de regímenes legales, se realiza por retardo en el cumplimiento de obligaciones y

se encuentra limitada por un porcentaje tope sobre el valor del contrato y se realiza por retardo en el cumplimiento de obligaciones.

El régimen español por ejemplo, reconoce a la Administración el poder de sanción que le permite imponer penalidades diarias en proporción al precio del contrato, cuando el contratista no cumple el contrato dentro de plazo total o los parciales señalados para su ejecución sucesiva precio del contrato; así mismo, el órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas atendiendo a las especiales características del contrato, señalando que *“Ninguna de estas penalidades, pese a su denominación, tienen carácter de sanciones administrativas, ... También deben ser diferenciadas de una eventual cláusula penal a incluir en el pliego de condiciones y que, conforme al artículo 1.152 del Código Civil, sustituya a la indemnización de daños y perjuicios para el supuesto de incumplimiento de la obligación más allá del simple retraso”*⁷⁰.

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las multas deben ser establecidas obligatoriamente y de manera expresa en el contrato, debiendo imponerse por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

70 Parada. Ramón (2004). Derecho Administrativo I. Ediciones Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid-Barcelona, España.

El modelo de pliegos obligatorios expedidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, dispone que por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, se aplicará la multa por el valor establecido por la entidad contratante, de acuerdo a la naturaleza del contrato, que en ningún caso podrá ser menos al 1 por 1.000 del valor del contrato.

Para la imposición de multas, la entidad contratante deberá observar previamente el debido proceso, para cuyo efecto, el acto administrativo mediante el cual se imponga tal sanción, deberá estar debidamente motivado y sustentado en hechos determinados en los informes de fiscalización o supervisión, ya que el contratista tiene el derecho de impugnar en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Cabe destacar que si las multas establecidas en el contrato, superan el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato se configura una de las causales por las cuales la entidad contratante puede declarar la terminación unilateral del contrato.

b) La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal. *“La función de la cláusula penal no solo es la de estimar anticipadamente los perjuicios que pueda ocasionarle a una parte el incumplimiento de la otra, sino además*

la de servir de instrumento del acreedor para premiar el cumplimiento de su deudor, y como garantía del cumplimiento de la obligación principal.”⁷¹.

Por lo tanto, la cláusula penal cumple la finalidad de ser sancionatoria porque no es necesario acreditar daños para su aplicación; e, indemnizatoria, porque constituye una indemnización previamente tarifada y convenida en una cláusula del contrato, denominada “cláusula penal”, la misma que una vez aplicada, impide que se presente una acción ante la justicia por la misma causa o sea para la determinación de daños y perjuicios.

En nuestra legislación, la cláusula penal está contemplada en el Código Civil y no en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por consiguiente no es aplicable a los contratos regulados por esta Ley.

2.6.2 Sanciones Coercitivas

Las sanciones coercitivas “Son aquellas que persiguen el logro inmediato y efectivo del cumplimiento de las prestaciones asumidas por el cocontratante, dando lugar a que la administración pública, o bien se sustituya en el cocontratante para realizar por sí misma el cumplimiento de dichas prestaciones o bien las haga cumplir por un tercero”⁷²

⁷¹ López.William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

⁷² Sánchez. Miguel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Con este tipo de sanciones no se pretende sancionar al cocontratante para resarcir perjuicios o para constreñirlo, sino que la Administración asuma ella misma o a través de un tercero, por cuenta y riesgo del cocontratante, la iniciativa de llevar adelante la ejecución de un contrato, en forma provisional o temporal, hasta que el cocontratante pueda reasumir su ejecución. Como se puede apreciar las sanciones coercitivas, hallan su justificativo en que todos los contratos deben ser cumplidos, y con mayor razón los contratos administrativos en los cuales el interés público está en juego y debe ser defendido por la Administración.

Las sanciones coercitivas se configuran cuando existen faltas graves por parte del cocontratante, consistentes en la suspensión o abandono de la ejecución del contrato perjudicando la prestación del servicio o el cumplimiento de las mismas. En el caso de inejecución total del contrato por parte del cocontratante, se aplican las sanciones rescisorias.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se contemplan este tipo de sanciones coercitivas, que le permitan a la entidad contratante continuar con el contrato o señalar a un tercero, en los casos en que el cocontratante incumple o abandona la ejecución.

No obstante lo manifestado, la suspensión de los trabajos por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, se considera como causal suficiente para que la entidad contratante proceda a declarar anticipada y unilateralmente el contrato, y acto seguido dicha entidad está facultada para volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato

que fue terminado, de conformidad con las atribuciones previstas en el Art. 94 numeral 4 y Art. 95 de la referida Ley.

Por otra parte, de acuerdo con los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato; sin embargo, el contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP y siempre que no superen el 30% del monto del contrato reajustado, bajo su riesgo y responsabilidad; esto implica que, el contratista puede encargar a terceros trabajos parciales, sin que pierda su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la entidad contratante; así mismo, la entidad contratante no asume responsabilidad alguna ya sea principal o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

En consecuencia, el contratista no se librará por ningún motivo de la obligación de cumplir sus obligaciones, excepto si surgen casos de fuerza mayor o caso fortuito, ambos de carácter natural, o actos de incumplimiento de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, que imposibiliten la ejecución del contrato; ni de las responsabilidades que adquiera por las subcontrataciones que realice.

Cabe destacar, el hecho de que si bien no les es dada a la administración la aplicación de esta potestad de continuidad de la ejecución del contrato, por cuenta y riesgo del contratista; sin embargo, le obliga a la entidad contratante a adoptar medidas conducentes al cumplimiento del contrato, y que impidan

que el contratista interrumpa o suspenda la ejecución del mismo, como son emitir actos preventivos de vigilancia, dirección y control, como se analizó con anterioridad.

2.6.3 Sanciones Rescisorias

“Las sanciones rescisorias son aquellas que ponen fin al contrato, declarando su caducidad o rescisión cuando su ejecución resulta imposible por el cocontratante debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia.”⁷³

Gastón Jeze considera que *“la caducidad es la sanción suprema, que solo debe aplicarse como último recurso cuando no es posible proceder de otra forma.”⁷⁴*

Para el autor ecuatoriano Galo Torres Gallegos, la cláusula de caducidad es *“la prerrogativa de la que goza la administración, en base a la cual puede declarar terminado el contrato en forma unilateral por sí y ante sí, cuando concurrieren causales de incumplimiento por parte del cocontratante”⁷⁵*

Para Marienhoff *“la caducidad procede cuando el cocontratante incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, siempre que dicho*

⁷³ Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁷⁴ Jeze. Gastón (1950). Principios Generales de Derecho Administrativo. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

⁷⁵ Torres Gallegos. Galo (1992-1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica. Quito, Ecuador.

*incumplimiento le sea imputable*⁷⁶, aceptando también que se llame “*rescisión unilateral*” pero sólo cuando existe falta o culpa del cocontratante.

El Tratadista argentino Héctor Jorge Escola, en lugar del término “caducidad”, se refiere a la “*rescisión unilateral por aplicación de sanciones rescisorias debidas al incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista*”⁷⁷, que coincide con el concepto dado por Miguel Marienhoff.

En la legislación colombiana, se ha determinado las prerrogativas de la caducidad y de la terminación unilateral, como figuras autónomas e independientes. El autor colombiano Pedro Lamprea señala que la caducidad es la “*estipulación que faculta a la entidad contratante, por incumplimiento calificado del contratista, a declarar terminado el contrato anticipadamente ...*”⁷⁸; y, en cuanto a la Terminación Unilateral manifiesta que: “*Aunque en sus efectos se asemeja a la caducidad administrativa del contrato, difiere, sin embargo en los motivos para su declaración. En primer lugar, no se funda en el incumplimiento culposo del contratista, sino en hechos ajenos a su voluntad que, no obstante, impiden continuar el contrato. ... se producirá siempre que se dé uno de los siguientes supuestos: 1) Razones de conveniencia. Como la administración pública tiene el carácter de juez de la oportunidad de la decisión, le compete solo al ordenador del gasto darle término en forma*

⁷⁶ Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁷⁷ Escola. Héctor Jorge, citado por Torres Gallegos. Galo (1992-1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica. Quito, Ecuador.

⁷⁸ Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

*unilateral al contrato, a) Por exigencias del servicio público; b) Por razones de orden público. 2) Imposibilidad material de persistir en el contrato.*⁷⁹.

Como se puede apreciar varios autores como Marienhoff y Escola utilizan el término “rescisión”, el mismo que lo asimilan con el término de “nulidad”. La nulidad en el Derecho Público no es una forma para extinguir los contratos administrativos, sino es que es un concepto proveniente del Derecho Civil, según el cual el juez competente tiene facultad para declarar sobre la existencia de obligaciones afectada por vicios que invalidan al contrato por el mero hecho de faltar alguno de los requisitos establecidos en la ley para la validez del acto o contrato, y que retrotraen las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, y la rescisión es el efecto que debe ser declarado como consecuencia del acto nulo.

Por lo que al no ser una declaración de la Administración para extinguir obligaciones que nacieron a la vida jurídica y que están plasmadas en un contrato, no constituye una prerrogativa de la Administración, ni corresponde a su enunciado teórico, y por tanto no es apropiado utilizar el término rescisión. En nuestra legislación la nulidad está prevista en el Art. 1583 del Código Civil y cuya naturaleza jurídica es diferente a la terminación de los contratos administrativos.

Por otra parte, la caducidad según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, es el *“Lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de*

⁷⁹ Lamprea. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Tamis S.A. Bogotá, Colombia.

*un derecho*⁸⁰. De esta definición se desprende que la caducidad es un concepto que no solo se origina en el incumplimiento del contratista sino que está abierto a otros supuestos que podría contemplar la legislación.

En nuestra legislación, la caducidad como tal no se encuentra regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo, dicha Ley le otorga a la Administración la facultad de declarar la terminación unilateral del contrato ante los casos taxativamente enumerados por dicha Ley y que se encuentran vinculados con el incumplimiento del contratista.

La declaratoria de terminación unilateral del contrato por parte de la Administración, por causas imputables al contratista, trae como consecuencia el registro de los contratistas en el portal de compras públicas, administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública, que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco años, con lo cual el contratista queda inhabilitado para contratar con el Estado.

Cabe destacar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contempla esta sanción también para los casos en que los proveedores se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, a fin de que sean suspendidos en el RUP por tres años, quedando inhabilitado igualmente para contratar con el Estado, con lo cual el poder sancionatorio abarca no solo a la etapa contractual sino a la precontractual. Si se celebra un

⁸⁰ Cabanellas de las Cuevas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la entidad contratante está facultada para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista.

La declaración unilateral de terminación del contrato también le da derecho a la entidad contratante para: establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar garantías de fiel cumplimiento, y la garantía del anticipo en la parte que corresponda, a demandar la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar, y para volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado.

CAPÍTULO III TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

3.1 Naturaleza Jurídica de la Terminación unilateral

Previo a analizar la naturaleza jurídica de la Terminación Unilateral de un contrato regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es necesario ubicar este tema dentro de los modos de conclusión de los contratos administrativos señalados por la doctrina.

En general los contratos administrativos se caracterizan por ser transitorios, ya que para nacer a la vida jurídica atraviesan por un proceso de formación, para luego pasar por una etapa de ejecución hasta que finalmente concluye de diferentes maneras, dependiendo de las circunstancias que configuran la causa al momento de su terminación.

Para el autor argentino Miguel Marienhoff *“los contratos 'administrativos' pueden terminar o hallar fin por dos distintas razones: 1° por 'cesación de sus efectos'; 2° por su 'extinción'. De modo que una cosa es que el contrato 'cese en sus efectos' y otra diferente que dicho contrato sea 'extinguido'. En el primer supuesto el contrato termina 'normalmente'; en el segundo concluye en forma 'anormal’”*⁸¹.

En los modos normales, los contratos terminan por las siguientes causas: **a) Por cumplimiento del objeto** *“Cuando se ha celebrado un contrato para un objeto determinado y este objeto se ha logrado, va de suyo que el contrato termina 'normalmente' por cesación de sus efectos”*⁸²; es decir, cuando las partes contratantes han cumplido sus obligaciones de acuerdo a las estipulaciones del contrato, la Administración por su parte obtiene el resultado deseado esto es que la obra se haya ejecutado, los bienes se hayan entregado y los servicios se hayan prestado de conformidad con el contrato, y el Contratista haya obtenido el beneficio que persigue; y, **b) Por vencimiento del plazo**, en los contratos cuyo objeto es mantener una actividad durante un plazo determinado, como los contratos de concesión. Al respecto, Escola manifiesta que: *“no es que estos contratos carezcan de objeto, puesto que efectivamente lo tienen, sino que lo que ocurre es que en ellos el elemento que adquiere una preponderancia relevante es el plazo de su duración, pues*

⁸¹ Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁸² Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

*lo que la administración desea es asegurarse durante ese tiempo la actividad de su cocontratante*⁸³.

En los modos anormales, los contratos terminan abruptamente en forma anticipada; esto es, antes de que concluya la obra, los bienes se entreguen o los servicios se presten, o antes de que expire el plazo para el desarrollo de una actividad, por situaciones sobrevinientes o extrañas al fin que persiguen las partes al momento de iniciar una relación contractual.

Los modos anormales que en doctrina se conocen y que han sido resumidos por el tratadista ecuatoriano Galo Torres Gallegos, son: “a) *Rescisión convencional del contrato administrativo ... b) Desaparición del objeto del contrato administrativo ... c) Rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la administración o príncipe ... d) Rescisión dispuesta por la administración pública por aplicación de su potestad rescisoria ... e) Rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria de la administración pública ... f) Rescisión unilateral por muerte o quiebra del cocontratante particular ... g) Ruptura de la ecuación económico financiera del contrato administrativo ... h) Rescate ... i) Caducidad ...*”⁸⁴.

Dentro de estas figuras se puede ubicar a la terminación unilateral, como una figura autónoma, conocida para algunos autores argentinos como Dromi, Marienhoff y Escola con el término “*rescisión*” al que añaden el calificativo de

⁸³ Escola. Héctor Jorge (1977). Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

⁸⁴ Torres. Galo (1992 – 1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

*unilateral*⁸⁵, y para otros como Gastón Jeze con el término de “*caducidad*”⁸⁶; sin embargo, estos términos son conceptos utilizados por los tratadistas en Derecho Administrativo, que describen una realidad que no se ajusta ni corresponde a su enunciado teórico, como se analizó en el capítulo anterior.

Cabe destacar que en doctrina no existe armonía entre los criterios en los que se fundamentan y los nombres que se les da a las situaciones por las que terminan los contratos de modo anormal, por lo que varían de acuerdo a las regulaciones de cada país.

En Colombia por ejemplo, la terminación unilateral es una prerrogativa unilateral de la Administración que se fundamenta en razones de conveniencia para el interés público que impiden continuar con el contrato; es decir, en hechos ajenos a la voluntad del contratista, y por tanto no reviste el carácter de sanción. Lo que no ocurre en la legislación ecuatoriana, en la que si bien se utiliza el mismo término “terminación unilateral” y también constituye una prerrogativa de la Administración; sin embargo, difiere en los motivos para su declaración, ya que se funda en el incumplimiento del contratista, con lo cual reviste el carácter de sanción.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la terminación unilateral del contrato, existen dos corrientes que aportan con una explicación para tratar de entender su naturaleza: La corriente administrativa y la corriente civilista.

⁸⁵ Torres. Galo (1992 – 1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

⁸⁶ Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Según la corriente administrativa, *“la cláusula que estipula la terminación unilateral del contrato, entendida como la prerrogativa de la administración de poner fin a la relación contractual por sí y ante sí cuando concurren causas de incumplimiento imputables al contratista, es una cláusula exorbitante por excelencia, donde se evidencia la subordinación del particular contratista a la administración, pues la desigualdad entre las partes se manifiesta en cuanto al modo de extinguir el contrato que le asiste a cada una de ellas. La administración, pese a ser parte del contrato, puede calificar las razones de incumplimiento y declarar la terminación unilateral por sí y antes sí, Mientras tanto el contratista particular que desea poner fin al contrato sin el consentimiento de la administración, debe recurrir a los jueces de derecho para que sean éstos quienes la declaren.”*⁸⁷.

Esta corriente se basa en la teoría de la subordinación, la misma que constituye el fundamento que explica la naturaleza jurídica de la terminación unilateral del contrato, pues como se había analizado en un inicio, las relaciones entre el Estado y los particulares se desarrollan en un plano de subordinación de los particulares a aquél, con sujeción a las normas de Derecho Público. La subordinación de los particulares al Estado se efectiviza a través de las prerrogativas de poder otorgadas por el ordenamiento jurídico a la Administración. Las prerrogativas se manifiestan a través de las cláusulas exorbitantes, que constituyen estipulaciones constantes en el contrato que son aceptadas en el Derecho Público porque

⁸⁷ Torres. Galo (1992 – 1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

garantizan el interés público, pero que resultan inusuales e ilegales en el Derecho Privado, porque rompen la igualdad de las partes.

Desde este punto de vista, la terminación unilateral es la máxima expresión de una cláusula exorbitante, puesto que evidencia la prerrogativa de la Administración para por sí misma poner fin al vínculo contractual cuando concurren causas de incumplimiento imputables al contratista.

Según la corriente civilista, existen principios que rigen en el Derecho Civil que se adecúan al Derecho Público, y que se aplican a través de la resolución y de las condiciones resolutorias.

La resolución *“es una acción que faculta al acreedor a extinguir el contrato a exigir su cumplimiento al deudor que ha dejado de observar las obligaciones pactadas que a él correspondían”*⁸⁸, por lo que se considera que esta figura es la más cercana a la figura de la terminación unilateral, sin embargo se diferencia porque la resolución es una acción que debe ser demandada antes los jueces competentes, y la terminación unilateral es potestad absoluta de la Administración para obrar por sí misma. La condición resolutoria es un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción o la resolución de un derecho, figura que también se la asimila con la terminación unilateral, al consistir en una previsión que toman las partes en el caso de que la obligación no se cumpla tal como fue pactada, sin embargo la figura de la resolución difiere de la terminación unilateral, por cuanto la resolución no es una prerrogativa de

⁸⁸ Torres. Galo (1992 – 1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

poder ni cláusula exorbitante que le permita a la Administración actuar unilateralmente sino que para que surta efectos debe ser demandada por la vía judicial.

De lo expuesto se puede observar que existen diferentes modos de terminar los contratos y figuras jurídicas propias del Derecho Civil que se pretenden asimilar a la terminación unilateral, pero ninguna de ellas se ajusta a ésta.

Por tanto la terminación unilateral, constituye una figura jurídica independiente, con identidad propia, ya que posee características especiales propias de la contratación administrativa, que no son comparables con el Derecho Civil.

Los elementos que caracterizan a la terminación unilateral como forma de conclusión exclusiva de la Administración son las siguientes:

- a) **Es una Cláusula exorbitante:** La terminación unilateral es una cláusula exorbitante, estipulada en un contrato administrativo, en ejercicio del Poder Público y sus prerrogativas, que rompe el principio de igualdad entre las partes, y que permite garantizar el interés público, diferenciándose de cualquier modo de conclusión que establezca el Derecho Civil.

- b) **Es un modo de conclusión del contrato administrativo:** La declaratoria de terminación unilateral extingue totalmente el vínculo contractual.

- c) Es una potestad administrativa:** El ejercicio del poder y el ordenamiento jurídico le otorgan al Estado potestades o prerrogativas que le permiten a éste imponer determinadas condiciones a los particulares y subordinar jurídicamente su actuación a aquél. Estas prerrogativas colocan a la Administración en un nivel de superioridad jurídica frente al particular. Dentro de estas potestades, se encuentra la potestad resolutoria que permite a la Administración dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento del contratista, debiendo destacar que solo ella puede declarar su terminación unilateral. Cuando el contratista desea terminar la relación contractual por cualquier modo anormal, con excepción de mutuo acuerdo, debe acudir a la vía judicial para alcanzar tal declaratoria.
- d) La forma de declararla:** El instrumento idóneo por el cual la Administración procede a declarar la terminación unilateral del contrato, es a través de una resolución administrativa, la misma que constituye un acto administrativo (no se refiere al modo de terminar un contrato sino al fallo de la autoridad administrativa). En el caso de los particulares, deben demandar la resolución del contrato, acudiendo a los jueces competentes para que en sentencia se expida tal declaración.
- e) Los efectos que surte:** La declaratoria de terminación del contrato, conlleva a la Administración a imponer sanciones al contratista incumplido, como por ejemplo la ejecución de las garantías.

En el Ecuador, los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública terminan por las causales enumeradas en el Art. 92 de la referida Ley, y son las siguientes:

- “1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;*
- 2. Por mutuo acuerdo de las partes;*
- 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;*
- 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,*
- 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.”.*

De estas causas, la declaración unilateral del contratante es un modo anormal de extinguir un contrato, que la Ley le confiere a la entidad contratante para que pueda dar por terminado el contrato mediante resolución motivada, cuando se configura causal de incumplimiento contractual injustificado del contratista. A este modo de terminar el contrato el Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública le denomina *“terminación unilateral del contrato”* que es el término empleado en nuestro ordenamiento jurídico y que marca la diferencia respecto de otros modos de extinguir contratos administrativos.

El Art. 94 del cuerpo legal invocado, establece como causales para que la entidad contratante pueda declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato las siguientes:

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

Las causales antes citadas, están vinculadas al incumplimiento por parte del contratista, de las obligaciones establecidas en el contrato, las mismas que a continuación se analizan.

3.2 Por incumplimiento del contratista

Para el autor español Fernando Garrido, *“la extinción normal de los contratos estriba, lisa y llanamente, en la ejecución y cumplimiento de lo estipulado en el modo, tiempo y forma que se hubiere convenido”*⁸⁹.

En los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la obligación principal del contratista, por una parte, es el cumplimiento del objeto contractual con sujeción a sus cláusulas y dentro del plazo establecidos en el mismo, y de la entidad contratante, por otra, la de efectuar el pago en la forma pactada dentro del tiempo y por el precio convenidos.

En consecuencia, el contrato se entenderá cumplido cuando se ejecute el objeto del contrato a cabalidad; es decir, cuando la obra se ejecute, el bien se entregue o los servicios se presten por parte del contratista, a entera satisfacción de la entidad contratante, de acuerdo con los términos establecidos en el contrato, en la oferta y en los pliegos que forman parte del mismo.

Según el tratadista Enrique Sayagués Laso, *“Lo normal es que las partes cumplan sus obligaciones en la forma estipulada en el contrato. Una vez*

⁸⁹ Garrido Falla. Fernando (2006). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid, España.

cumplidas el contrato queda agotado en sus efectos. Se cierra, así, el ciclo normal de vida del vínculo contractual”⁹⁰.

Entonces, para que ocurra la terminación del contrato por cumplimiento de obligaciones, la entidad contratante deberá observar el procedimiento para finiquitarlo, para lo cual será necesario que se suscriban las actas de recepción correspondientes y la liquidación económico contable del contrato.

Cuando el contratista incumple sus obligaciones contractuales, ya sea en forma total o parcial y de manera injustificada, la entidad contratante podrá declarar la terminación unilateral el contrato, a fin de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.

El incumplimiento significa dejar de hacer o de cumplir, entendiéndose por tanto que se refiere al hecho u omisión que implique dejar de cumplir las obligaciones pactadas en el contrato.

Como se puede apreciar, la causal de incumplimiento del contratista, tiene un significado bastante amplio, ya que agrupa a las demás causales contempladas en el Art. 94 de la Ley, bajo el mismo espíritu que motiva la terminación unilateral, que es el incumplimiento por parte del contratista.

En consecuencia, corresponde a la entidad contratante determinar cuál es el hecho u omisión que configura la causal de incumplimiento en el que ha

⁹⁰ Sayagués Laso, Enrique. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.

incurrido el contratista, así como justificar y probar en forma documentada el incumplimiento que alega y que motiva la decisión de terminarlo unilateralmente, a través de los respectivos informes técnicos y económicos.

Como se analizó anteriormente, la terminación unilateral es la máxima sanción que puede imponer la administración a su contratista, cuyos efectos son de graves consecuencias para dicho contratista, como son la ejecución de garantías, suspensión en el Registro Único de Proveedores RUP por cinco años, con lo cual el contratista queda inhabilitado para contratar con el Estado, demandas por indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar.

Por lo tanto, la entidad contratante tiene la obligación de actuar con responsabilidad y proceder a tal declaratoria solo si el incumplimiento es grave, injustificado o no remediado por el contratista dentro del término que establece la Ley; así como, debe tener la certeza de que no existe otro medio para hacer cumplir las obligaciones estipuladas en el contrato.

Dentro de este contexto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, le obliga a la entidad contratante a adoptar medidas conducentes al cumplimiento del contrato, y que impidan que el contratista interrumpa o suspenda la ejecución del mismo, como son emitir actos preventivos de vigilancia, dirección y control, para evitar retraso en los pagos al contratista, vigilar que el anticipo entregado al contratista haya sido devengado en la ejecución del contrato, autorizar prórrogas de plazo en caso de fuerza mayor o caso fortuito, reajuste de precios, brindar el soporte que necesite el contratista, etc., hasta llegar a otro tipo de medidas como son la

aplicación de multas y como medida extrema la terminación unilateral del contrato.

3.3 Por quiebra o insolvencia del contratista

La insolvencia es *“Imposibilidad de cumplimiento de una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda. Falta de prestigio. Desconfianza acerca de la capacidad o moralidad de una persona que ha de dirigir alguna empresa”*⁹¹.

La quiebra es *“Materialmente, roptura, abertura. Figurademante, pérdida, ruina. De las acepciones anteriores surgen las jurídicas de insolvencia, bancarota, de pasivo superior al activo, de superar las deudas a los bienes y a los créditos”*⁹².

Cuando la ley se refiere a la quiebra o insolvencia, hace alusión a una misma acepción o concepto de fondo, que es la imposibilidad de cumplir con una obligación por falta de medios o la incapacidad de pagar una deuda, la misma que debe ser declarada judicialmente. La diferencia estriba en que la insolvencia se declara en contra de las personas naturales y la quiebra en contra de las personas jurídicas.

⁹¹ Cabanellas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina.

⁹² Cabanellas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina.

El efecto de tal declaratoria, es que la persona natural o jurídica declarada judicialmente en estado de insolvencia o quiebra, y a la que se le denomina “fallido” (*“Quebrado o comerciante que suspende, su giro o tráfico por no poder o por no querer pagar sus deudas”*⁹³), es que queda inhabilitado de administrar sus bienes y pasa a un tercero llamado síndico. El fallido es considerado incapaz relativo conforme lo dispone el Art. 1463 del Código Civil.

Consecuentemente, la persona declarada insolvente o en quiebra, no puede ejecutar un contrato en forma personal y directa, ya que pierde su capacidad para obligarse a sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra, por lo que configura la causal para declarar la terminación unilateral del contrato.

3.4 Por multas superiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento

Las multas son sanciones pecuniarias impuestas por la entidad contratante en forma unilateral y obligatoria al contratista, en caso de incumplimiento parcial de sus obligaciones durante la ejecución del contrato y de esta manera constreñir a cumplir las obligaciones asumidas, en los términos y plazo pactados.

Sin embargo, esos incumplimientos parciales podrían suceder en forma reiterada y frecuente, afectando la ejecución total del objeto del contrato, esto es la entrega total de las obras, bienes o servicios contratados, y con ello afectando el interés público. Para prevenir este tipo de situaciones, la ley

⁹³ Cabanellas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, Argentina.

prevé que la sumatoria de las multas impuestas por los incumplimientos parciales, no puede exceder del monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, caso contrario el contratista incurre en causal para la terminación unilateral y anticipada del contrato. Esto obliga también a la entidad contratante a actuar con diligencia y oportunidad.

La garantía de fiel cumplimiento sirve para responder por la seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía tiene como fin para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

3.5 Por suspensión del trabajo por parte del contratista

Suspender significa detener temporalmente una acción u obra. Esta causal contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere cuando el contratista decide abandonar los trabajos por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

La ejecución del objeto del contrato debe realizarse dentro del plazo establecido en el mismo, que constituye no solo el período de ejecución sino el período de existencia jurídica del contrato, y en el evento de que ese tiempo sea irrespetado por el contratista, conlleva al incumplimiento de obligaciones y a la aplicación de sanciones a las que haya lugar, excepto si el incumplimiento se produce por razones de fuerza mayor o caso fortuito, acorde a la definición del Art. 30 del Código Civil que textualmente dice: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*.

En doctrina, *“La fuerza mayor ha de entenderse como el hecho que deriva de un acto humano no imputable al deudor (por ejemplo los actos de Autoridad. El caso fortuito constituye una posibilidad desencadenada por la naturaleza (ejemplo un terremoto, una inundación)”*⁹⁴.

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito se deben a eventos que no son imputables al contratista, por lo que si la ejecución del contrato se suspende por estas causas que deberán ser justificadas y aceptadas por la Administración, la entidad contratante deberá autorizar la prórroga del plazo contractual por un período igual al tiempo de duración de las causas indicadas.

⁹⁴ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

Caso contrario, si el contratista suspende los trabajos arbitrariamente, esto es sin justificación ni autorización de la entidad contratante; y, la suspensión es mayor a sesenta días, son requisitos suficientes para que la Administración proceda a declarar la terminación unilateral del contrato por esta causal.

3.6 Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la ley

Esta causal se refiere al caso contemplado en el Art. 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que textualmente dice:

“Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará. Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.”.

Los contratos prohibidos por la Ley, son aquellos celebrados por las personas que se encuentran inhabilitadas para contratar con el Estado o entidades del sector público, porque adolecen de alguna inhabilidad general o especial prevista en los Arts. 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las inhabilidades son impedimentos legales para ejercer determinado cargo u oficio, por falta de aptitud o de requisitos para contratar, que limitan la capacidad de las personas para contratar con el Estado, a fin de garantizar el interés público y que los contratos se ejecuten conforme los principios determinados en esta Ley, como son los de legalidad, trato justo, igualdad, transparencia.

Es por ello, que para no afectar la debida y eficaz ejecución del contrato, la Ley prohíbe contratar con personas que no cumplan con las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico vigente, y la violación a estas prohibiciones es sancionado con la terminación unilateral del contrato.

3.7 Por otras causales

3.7.1 En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza

Los contratos administrativos se sujetan a un régimen exorbitante en el cual la entidad contratante en ejercicio de las prerrogativas otorgadas por la Ley, está facultada para introducir en el contrato, cláusulas que contengan causales para dar por terminado unilateralmente el contrato, de acuerdo a su naturaleza.

Por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios, se estipula que la entidad contratante se reserva el derecho de verificar unilateralmente el

cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, tanto con los trabajadores como con las entidades competentes y de comprobarse que la Contratista no está cumpliendo las obligaciones con relación a sus trabajadores, será causal de terminación unilateral del contrato; en un contrato de obra el contratista no cumple con las órdenes de la fiscalización; y, en un contrato de adquisición de bienes, el contratista no brinda el mantenimiento correctivo que se estipuló en el contrato.

Los casos que constituyan causal para la terminación unilateral del contrato, deberán estar expresamente señalados en el mismo; de lo contrario, la causal no se configuraría ni se justificaría, y consecuentemente la actuación de la entidad contratante sería contraria a derecho.

Finalmente, el Art. 2 de la Resolución No. 37 expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública, y publicada en el Registro Oficial No. 93 de 22 de diciembre de 2009, dispone que: *“Para efectos de observar la prohibición de cesión de contrato público, constante en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, toda entidad contratante, de manera obligatoria, incluirá en todo contrato, como causales de terminación unilateral y anticipada del mismo, las siguientes:*

- "...Si el (CONTRATISTA) no notificare a la (ENTIDAD CONTRATANTE) acerca de la transferencia, cesión, enajenación de sus acciones, participaciones, o en general de cualquier cambio en su estructura de propiedad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se produjo tal modificación..."

- "...Si la (ENTIDAD CONTRATANTE), en función de aplicar lo establecido en el artículo 78 de la LOSNCP, no autoriza la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del (CONTRATISTA)...".

3.7.2 Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, y siempre que el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

La terminación por mutuo acuerdo es la “convención hecha libremente por las partes contratantes con el fin de extinguir todas o algunas de las obligaciones contractuales en el estado en que se encuentren”⁹⁵; la misma que según el Art. 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, procede únicamente cuando ante situaciones imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato.

Para que se configure la causal de terminación unilateral del contrato la Ley impone tres requisitos:

- Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas: Se refiere a situaciones que no han sido previstas en el contrato; es decir, que

⁹⁵ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

fueron ajenas a la voluntad de las partes, pero pueden suceder durante su ejecución. Por ejemplo: Diseños inejecutables, falta de financiamiento del proyecto, etc.

- Por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor: Acorde a la definición del Art. 30 del Código Civil que textualmente dice: *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*. En doctrina, *“La fuerza mayor ha de entenderse como el hecho que deriva de un acto humano no imputable al deudor (por ejemplo los actos de Autoridad. El caso fortuito constituye una posibilidad desencadenada por la naturaleza (ejemplo un terremoto, una inundación)”*⁹⁶.
- Finalmente, que el contratista no hubiere accedido a terminar por mutuo acuerdo el contrato, esto es que antes las circunstancias referidas anteriormente, el contratista no haya accedido a terminar el contrato por mutuo acuerdo, todo lo cual deberá estar debidamente comprobado y justificado.

Del desarrollo de esta investigación, se aprecia que las prerrogativas o potestades de la Administración se presentan como un privilegio de ésta sobre sus cocontratantes, instrumentadas como cláusulas exorbitantes, las mismas que rompen con el principio de igualdad entre las partes, tal como se había manifestado en el Capítulo I numeral 1.2 del presente estudio, esta

⁹⁶ López. William (2011). Tratado de Contratación Pública. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

desigualdad jurídica se manifiesta exclusivamente en determinadas facultades atribuidas por la ley a la Administración, como por ejemplo la competencia que tiene la Administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, terminar el contrato en forma unilateral por las causas previstas en la Ley, subcontratar la ejecución parcial del contrato, etc.

No obstante, esta desigualdad jurídica que se produce entre la entidad contratante y el contratista, en virtud del principio de subordinación del particular al Estado, no implica la falta de protección al contratista, con lo cual no existe un desequilibrio absoluto de la relación jurídica entre las partes, ya que si la Administración actúa con poder, el contratista también cuenta con mecanismos para controlar ese poder, ya que el Estado le garantiza los derechos que le asisten, permitiéndole la posibilidad de acudir a la justicia, en igualdad de condiciones⁹⁷, y de exigir a la contratante el cumplimiento del contrato, todo lo cual está regulado por la Constitución y la ley, lo que hace efectivo el derecho de igualdad entre las partes contratantes en la relación contractual.

Por lo tanto, el derecho de igualdad entre las partes contratantes, regula el equilibrio racional del contrato en relación al cumplimiento recíproco de las cláusulas acordadas, la buena fe de las partes y el respeto a los límites de la potestad de la Administración prevista en el Art. 226 de la Constitución de la República que dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, los servidores y servidoras públicos y demás personas que actúen en virtud de una potestad estatal solamente pueden ejercer las atribuciones y

⁹⁷ El Art. 75 de la Constitución de la República prescribe el derecho de toda persona al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

competencias previstas en la Norma Fundamental y en la ley; en este mismo orden, el Art. 1562 del Código Civil, dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba⁹⁸, jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad o de una situación especial más allá de lo que resulta lícito.

El ejercicio del poder del Estado mediante el cual se subordina la actuación de los particulares a éste, está regulado por la Constitución y la ley para proteger la igualdad y el equilibrio del contrato, todo lo cual tiene como finalidad impedir que el Estado abuse de su superioridad.

Si bien la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé prerrogativas ante los particulares, que se manifiestan en las llamadas cláusulas exorbitantes, no es menos cierto que dicha Ley establece también causales y procedimientos para su debida aplicación; por tanto, en el momento en que la Administración excede los límites de las potestades o prerrogativas establecidas en la Constitución y en la Ley, cae en el abuso indiscriminado de las cláusulas exorbitantes, ya que las utiliza en forma discrecional y distorsionada, por esta razón debe existir una correcta proporcionalidad en el uso y aplicación de las prerrogativas estatales, cuya exorbitancia está reglada dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Con el fin de identificar los problemas que producen abusos en la utilización de las cláusulas exorbitantes, que conllevan a la vulnerabilidad del derecho de igualdad entre los contratantes, el autor colombiano Miguel Sánchez Montoya,

⁹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba (1977). Tomo I. Editorial Driskill S.A., Buenos Aires.

manifiesta que como se trata de verdaderos actos administrativos, comparte los mismos vicios de estos y algunos especiales como son: “a -) ... *“vicio en la causa”* ... b -) *El vicio en el sujeto* ... c -) *El que conlleva la violación de una ley o algún principio general de derecho* ... d -) ... *“vicio en la finalidad”* ... e -) *“de forma”* ... g -) *falta de motivación* ...”⁹⁹.

- Vicio en la causa: Es aquel en que se fundamenta una sanción. Por ejemplo la falta que se le imputa al contratista no consta entre las obligaciones estipuladas en el contrato, con lo cual la causa que motiva la sanción está mal fundamentada u obedece a motivaciones simuladas o falsas; es decir, cuando los supuestos de hecho previstos en el acto son contrarios a la realidad ya sea por error o por razones engañosas o simuladas o sencillamente porque quien emitió el acto le otorgó a los hechos un alcance que no tenía.
- Vicio en el sujeto: Es aquel que surge cuando el acto lo emite una autoridad que es incompetente para hacerlo. Por ejemplo: La declaración unilateral no es emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.
- Vicio que conlleva la violación de una ley o de principios jurídicos: Por ejemplo: la imposición de doble sanción por una misma causa, o la imposición de una sanción luego de una sentencia arbitral que finiquitó el contrato.

⁹⁹ Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

- Vicio en la finalidad: Consiste en la desviación de poder cuando se aplica la cláusula exorbitante. Por ejemplo: declarar la terminación de un contrato para posteriormente favorecerle a un tercero.
- Vicio de forma: Se produce cuando se expiden actos administrativos omitiendo el cumplimiento previo de los procedimientos y formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico.
- Vicio por falta de motivación: Se produce cuando no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda el acto y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

La ocurrencia de uno o más vicios de los antes señalados en las actuaciones de la administración reflejan un abuso indiscriminado de las cláusulas exorbitantes por parte del Estado que vulneran el derecho de igualdad de los contratantes, porque exceden los límites permitidos por la norma, y se abre una puerta a la discrecionalidad de la Administración, esto se explica porque a la Administración le asiste la potestad pública para equilibrar la relación contractual, al estar facultada para aplicar cláusulas exorbitantes, pero con límites; esto es, siguiendo los procedimientos y formalidades debidas, de conformidad con lo que manda el Art. 76, numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, que establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, de tal manera que los actos administrativos o resoluciones, que no se encuentren debidamente fundamentados serán considerados nulos; sin embargo, al incurrir en vicios que conllevan la omisión de formalidades y procedimientos para la aplicación de una cláusula exorbitante, la Administración estaría contraviniendo la Constitución, la ley y

las condiciones y obligaciones establecidas en el contrato, actuando arbitraria y discrecionalmente; esto es; sin límites ni regulaciones, ocasionando un desequilibrio irracional (porque no hay razón que justifique el abuso), por incumplimiento del contrato por parte de la Administración, lo que a su vez causa perjuicios tanto para el contratista y como para el Estado, cuya infracción puede terminar en la nulidad de lo actuado y la condena al pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Los vicios que se presentan en la aplicación de las cláusulas exorbitantes se producen por diferentes factores, como son:

- **La falta de aplicación de la ley:** Partiendo del hecho de que el poder exorbitante del Estado se desenvuelve en subordinación al ordenamiento jurídico, el mismo que impone límites al ejercicio de sus actividades, en salvaguarda del interés público, la Administración solo puede hacer lo que la ley le permite, negando la posibilidad de que ésta intervenga en el campo de la libertad individual, como por ejemplo no puede contratar con quien desee como puede hacerlo un particular; no puede ser arbitraria como puede serlo un particular con su patrimonio, pues la ley le obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Igual sucede cuando se hacen uso de las cláusulas, por ejemplo si bien la terminación unilateral del contrato es una de las prerrogativas exorbitantes de la Administración; sin embargo, la entidad contratante no puede a su libre arbitrio declarar la terminación unilateral del contrato, ya que para ello deberá invocar una causal establecida previamente en la Ley o en el contrato.

En el ejercicio de la exorbitancia, cuando la Administración sobrepasa los límites establecidos por la ley, podría dar lugar a que cometa errores en sus actuaciones los mismos que pueden impugnados por los particulares.

El apartarse de la aplicación de la ley se produce, ya sea por causa de los funcionarios y servidores públicos, que actúan al margen de lo que establece la Constitución y la ley, que en algunos casos ocurre por negligencia, en otros por desconocimiento y en otros por inducción de error por parte del servidor a la autoridad.

- **La falta de precisión del legislador:** La legislación concede ciertas prerrogativas a la Administración para atender un fin determinado, que es precautelar el interés público, y en el caso de que haga uso de esas facultades con un fin diferente a aquel que se ha previsto en la ley o que se haga caso omiso al espíritu de la norma, da lugar a una desviación de poder, con lo cual el acto estará viciado al haberse dictado para favorecer intereses privados, por ejemplo extinguir un contrato con el ánimo de favorecer a terceros.

A más de ello, se considera que la falta de precisión del legislador genera dudas sobre el alcance y aplicación de una norma, lo que a su vez da paso a la discrecionalidad de la autoridad, que implica libertad en la decisión al margen de la normativa, y al cometimiento de errores de los servidores públicos, ya que en ejercicio de sus deberes, no podrían ejercitar un procedimiento que no esté claramente establecido, lo cual podría ser objeto de posteriores demandas.

- **Aplicación Indevida de la ley o de principios jurídicos:** En este caso la Administración para hacer uso de las cláusulas exorbitantes, aplica la Ley pero la aplican mal, lo cual se debe ya sea por causa de los funcionarios y servidores públicos, que actúan al margen de lo que establece la Constitución y la ley, que en algunos casos ocurre por negligencia, en otros por desconocimiento y en otros por inducción de error por parte del servidor a la autoridad. Por ejemplo: la imposición de una doble sanción por una misma causa, contraviniendo el derecho a la defensa consagrado en el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República.

Cabe señalar también que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, crea al Instituto Nacional de Contratación Pública, como órgano técnico rector de la Contratación Pública, y le atribuye el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley, por ejemplo emitió la Resolución que contiene el procedimiento para realizar ferias inclusivas; sin embargo, paralelamente el Ministerio de Relaciones Laborales¹⁰⁰, sin tener competencia para ello, emite un acuerdo mediante el cual regula y establece el procedimiento administrativo de ferias inclusivas y los montos para la contratación del servicio de alimentación para las entidades sujetas a la Ley Orgánica de Servicio Público, con lo cual causa confusión en la aplicación de la norma por cuanto existen dos organismos que emiten directrices sobre el mismo tema, lo cual podría repetirse en otros casos.

¹⁰⁰ Acuerdo No. 225 de 26 de diciembre de 2012, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 859 de 28 de diciembre de 2012.

Para comprobar la hipótesis planteada, a continuación se analizarán hechos reales relacionados con el abuso indiscriminado de las cláusulas exorbitantes por parte del Estado que vulnera el derecho de igualdad de los contratantes, que constan en los procesos judiciales Nos. 011-2010 y 268-2011 que fueron sustanciados en la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo sede Quito:

CASO 1: PROCESO No. 011-2010

El señor Jaime Jorge Ramón Gallegos acudió ante los Jueces de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo sede Quito solicitando se declarara la terminación de un contrato suscrito entre él y la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE E.P., caso que se ajusta a la figura jurídica de la **resolución del contrato**, derecho que le asiste al contratista cuando este manifiesta incumplimientos contractuales por parte de la entidad contratante¹⁰¹.

Actor: Jaime Jorge Ramón Gallegos

Demandado: Empresa Pública Correos del Ecuador CDE E.P

Antecedentes: El señor Jaime Jorge Ramón Gallegos señala en su demanda que el 07 de septiembre de 2006 suscribió conjuntamente con la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE E.P un Contrato de Arrendamiento de los locales Nos. 8 y 26 del Centro Comercial Multicentro, ubicado en la Av. 6 de Diciembre y la Niña de la ciudad de Quito, por un plazo de un año, que vencía el 07 de septiembre de 2007, renovable por un año más, esto es hasta el 7 de

¹⁰¹ Acuerdo No. 225 de 26 de diciembre de 2012, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 859 de 28 de diciembre de 2012.

septiembre de 2008, por interés de la empresa; sin embargo, la Empresa Correos del Ecuador ocupó dichos locales hasta el mes de marzo de 2008, sin devolverle ni consignar las llaves del local, adeudando además al actor los cánones arrendaticios de los meses restantes del primer año prorrogado 2008, sin poder ingresar a los locales por no haberse restituido los mismos lo que le ocasionó graves perjuicios. Además el actor manifiesta que la Empresa demandada se negaba a reconocer los valores que le adeuda, afirmando por otro lado que el demandante adeudaba el fondo de garantía que se debía liquidar a la entrega de los locales arrendados. Por tanto dicho actor solicitó al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 que en sentencia se declarare la resolución del referido contrato.

Contestación del demandado Correos del Ecuador Empresa Pública:

La Empresa CDE E.P. en su contestación a la demanda señaló que mediante oficio No. 0002 CDE2 MC de 14 de agosto de 2007 le comunicó al actor su decisión de dar por terminado el contrato y solicitó se procediera a la devolución de los valores entregados como garantía, sin embargo el demandante manifiesta que en efecto recibió dicho oficio y contestó a la empresa CDE E.P. con oficio de 29 de agosto de 2007: “reconociendo el derecho de la contratante a no renovar el contrato” y aceptó la petición verbal del Director Administrativo de la Empresa Correos del Ecuador de ampliar el uso del local alquilado por algunas semanas más y meses según señaló. Sin embargo el contrato de arrendamiento no concluyó en la fecha pactada esto es el 7 de diciembre de 2007 y como prueba presentó la factura No. 000545 que justificó el pago del canon de arrendamiento por el mes de enero de 2008.

Razonamientos relevantes y Sentencia de los Jueces de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo sede Quito, expedida el 14 de diciembre de 2011:

“VISTOS: SEPTIMO.- De estos hechos, aceptados por las partes, se infiere que el contrato de arrendamiento no concluyó en la fecha pactada (7 de septiembre de 2007); puesto que la misma Administración estableció que usaría el inmueble por unas semanas o meses adicionales; prueba de ello es la existencia de la factura No. 000545 (p.31 y 32) por la cual se justifica el pago del canon de arrendamiento por el mes de enero de 2008. El Art. 52 de las Ley de Contratación Pública establecía que en todo lo no previsto en su texto, con relación al arrendamiento de inmuebles de propiedad de particulares “se estará a las normas de la Ley de Inquilinato, Código de Comercio, Código Civil y demás leyes aplicables, en su caso”. El art. 28 de la Ley de Inquilinato establece que el plazo mínimo de duración de un contrato de arrendamiento es de dos años; estableciendo, el artículo 33 de esa Ley, que el arrendador debe comunicar al arrendatario su resolución de terminar el contrato, con noventa días de anticipación a la fecha de su expiración; y, si “no lo hiciera, el contrato se entenderá renovado en todas sus partes, por el período de un año y por una sola vez. Transcurrido este plazo, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado mediante el desahucio respectivo”. Desde luego que la Ley de Contratación Pública, en lo relacionado a contratos administrativos de arrendamiento establece, en su artículo 49 que la Administración podrá “dar por terminado el contrato en forma unilateral sin derecho a indemnizaciones o reclamo alguno por parte del arrendador, con la condición de que se le notifique con treinta días de anticipación”. En definitiva; de las normas transcritas se desprende que la Administración tiene una

*cláusula exorbitante por la cual puede darlo por terminado anticipadamente; es decir antes del vencimiento de plazo, con la condición de que con treinta días de antelación se notifique con esa decisión al particular propietario del bien arrendado. Desde luego que las entidades del sector público pueden renovar los contratos de arrendamiento siempre que convenga al interés institucional, previo informe de la unidad encargada de la administración de bienes; según establece el artículo 51 de la Ley de Contratación Pública. En el presente caso el plazo del contrato fue de un año, no obstante que la Ley de Inquilinato (normas supletorias) establece que el plazo de duración será de dos años; **situación que desde luego equilibra al contrato porque la Administración puede concluirlo anticipadamente, siguiendo el procedimiento debido; esto es expidiendo la resolución debidamente motivada que así lo determine.** Pero en el caso, si bien la Empresa Correos del Ecuador, comunicó por oficio al actor su decisión de no renovar el contrato; en los hechos el contrato se renovó pues, el bien no ha sido entregado al arrendador, esto es al señor Jorge Ramón Gallegos, por medio de la correspondiente acta de entrega recepción, en la cual se debía establecer las condiciones del inmueble para liquidar debidamente la garantía que le había sido entregada. No existe en el proceso documento alguno que justifique que luego de la renovación del contrato la Empresa demandada haya emitido resolución de terminación anticipada del plazo del contrato (por tanto siguió en vigencia); la cual hubiese permitido la entrega del bien al arrendador con la suscripción del acta respectiva en la que debía liquidarse la garantía que le fuera entregada por la empresa arrendataria. OCTAVO.- Debe dejarse señalado que de la inspección realizada por la Sala (a la que asistió también del abogado de la demandada, quien no suscribió el acta respectiva pese haber expuesto), pudo*

determinarse que los locales allí determinados se encontraban vacíos, sin ningún uso y con algunos desperfectos en el techo; situación observada que es la misma que consta de las fotografías agregadas por el perito en su informe. De lo cual se infiere claramente que: **a) la Administración no entregó al actor el bien que recibiera en arrendamiento; b) que la Administración no dio por terminado anticipadamente el contrato; c) que la Administración permitió que el contrato de arrendamiento se renovara sin observar procedimiento alguno; d) que al no suscribirse la entrega recepción del inmueble no pudo liquidarse la garantía que fue entregada por la empresa al arrendador; y que, e) por esos hechos el arrendador no ha podido usar los bienes que arrendara a la empresa demandada. En suma, en la especie, es evidente para la Sala que la empresa demandada incurrió en incumplimientos contractuales en perjuicio del arrendador.** Sin que sea menester ninguna otra consideración la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara con lugar la resolución del contrato suscrito entre el ciudadano Jaime Jorge Ramón Gallegos y la entidad demandada el 7 de septiembre de 2006; consecuentemente **se ordena: 1) Que en el término de diez días luego de ejecutoriada esta sentencia, dichos co cotratantes suscriban la respectiva acta de entrega recepción de los locales que fueron objeto del contrato, diligencia en la que se procederá a liquidar la garantía entregada al actor por parte de la administración demandada; 2) Que la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, en el término de treinta días pague al actor los cánones de arrendamiento mensual por el periodo de febrero de 2008 a octubre de 2011; 3) Pago de daños y**

perjuicios equivalentes a los intereses legales que deberán calcularse respecto de los cánones vencidos. No ha lugar a las demás pretensiones del actor. Sin costas. NOTIFIQUESE.- ...”. (Lo resaltado es mío)

Análisis: De esta manera queda demostrado en el presente caso, el abuso indiscriminado en el uso de la cláusula exorbitante de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento, cuando una de las empresas públicas del Estado, no concluyó el contrato anticipadamente mediante la expedición de la resolución correspondiente que debía ser motivada, sino por el contrario comunicó mediante oficio su decisión de no renovar el contrato; sin embargo, en la realidad el contrato se renovó automáticamente sin observar ningún procedimiento, sin haberse devuelto el bien a su propietario con la respectiva Acta de Entrega Recepción, para proceder con la devolución de la garantía entregada por la empresa del Estado, y sin haber cancelado los cánones arrendaticios respectivos y demás gastos de los servicios públicos domiciliarios consumidos, incurriendo en los vicios de violación de una ley o de principios jurídicos como el derecho al debido proceso administrativo por falta de aplicación de la ley, y en vicios de forma por cuanto se omitió el cumplimiento previo de los procedimientos y formalidades establecidas en la Ley de Contratación Pública y en la Ley de Inquilinato.

En adición a ello, el arrendador no pudo usar los bienes que arrendó a la empresa demandada, lo que le ocasionó que la empresa Correos del Ecuador, no solamente haya incurrido en incumplimientos contractuales en perjuicio del arrendador, sino que también el abuso indiscriminado o dicho en otras palabras el exceso de poder sin observar las limitaciones que establece la ley y el mismo contrato, produjeron perjuicios económicos en contra de la entidad

contratante, ya que se le condenó al pago de los cánones de arrendamiento mensuales que adeudaba hasta tres años después de la renovación automática y sin haber utilizado el inmueble, y de los daños y perjuicios equivalentes a los intereses legales que debieron calcularse respecto de los cánones vencidos, sin contar con el daño que le produjo al Estado la entrega de una garantía que hasta el día de hoy no está regulada en la legislación ecuatoriana y mantener los valores entregados por ese concepto congelados sin generar intereses para la empresa.

Este abuso indiscriminado de la referida cláusula exorbitante por parte de una de las empresas del Estado, vulneró el derecho de igualdad de los contratantes, al contravenir la Constitución, la ley y las condiciones y obligaciones establecidas en el contrato, actuando al amparo de su discreción, ocasionando un desequilibrio irracional, porque no hubo razón que justificara el abuso cometido por la entidad contratante, por las razones y con las consiguientes consecuencias antes indicadas.

CASO 2: PROCESO No. 268-2011

Actor: Compañía GASOLINAS Y PETROLEOS S.A.-GASPETSA

Demandado: Empresa Pública EP PETROECUADOR.

Antecedentes: Afirma el demandante que el 25 de febrero de 2005, su representada y PETROCOMERCIAL (actual EP PETROECUADOR), suscribieron el Contrato No. 2005024 para la prestación del servicio de elaboración y despacho del combustible para pesca artesanal desde su planta ubicada en el sector de Winchele, parroquia San Mateo, Provincia de Esmeraldas, por el plazo de diez años. Señala que conforme la cláusula

Cuarta del contrato, era obligación de Petrocomercial, entregar a la contratista en sus instalaciones, la nafta de bajo octano (gasolina de bajo octanaje) y el lubricante necesario para la elaboración del combustible pesca artesanal (aceite) conforme la correspondiente norma INEN y que, desde el 17 de septiembre de 2010 EP Petroecuador sin justificación alguna suspendió la transferencia de la nafta de bajo octano desde la refinería de Esmeraldas.

Luego de agotarse el mecanismo de mediación de conflictos, en el cual las partes no llegaron a ningún acuerdo en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, el Gerente General y representante legal de la empresa pública EP PETROECUADOR, notifica a la demandante Gaspetsa, con la Resolución No. 2010175 de 24 de noviembre de 2010, mediante la cual declaró la terminación en forma unilateral y anticipada el Contrato No. 2005024, por dos causales: a) que Gaspetsa no ha entregado los planes de mantenimiento de la planta de los años 2005, 2006 y 2007; y, b) falta de autorización para realizar actividades de industrialización y refinación de hidrocarburos y preparar la gasolina pesca artesanal, conforme lo señala el Director de la Agencia de Regulación y Control de hidrocarburos. Además, dispone se dispone a la Gerencia de Comercialización la inmediata ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato en su totalidad.

Posteriormente, GASPETSA, con Oficio No. 101-GASPETSA-2010 de 26 de noviembre de 2010, apeló la Resolución No. 2010175 de 24 de noviembre de 2010, ante el Directorio de EP PETROECUADOR, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 176 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y que mientras tanto Petroecuador indebidamente ejecutó la garantía de fiel cumplimiento del contrato cuando aún no se había

resuelto la apelación formulada. De esta apelación Gaspetsa no recibió ninguna respuesta hasta el 10 de enero de 2011 en que Petroecuador mediante Oficio No. 37-PGER-PPRO-PAT-2011, bajo el argumento de que no es aplicable para Petroecuador el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, su Gerente General, inadmite a trámite el recurso de apelación propuesto por su representada.

Finalmente la compañía GASOLINAS Y PETROLEOS S.A.-GASPETSA, por medio de su Gerente General y representante legal propone ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo contra del Gerente General y representante legal de la empresa pública EP PETROECUADOR, contra la Resolución No. 2010175 de 24 de noviembre de 2010, mediante la cual declaró la terminación en forma unilateral y anticipada el Contrato No. 2005024.

Contestación del demandado:

En lo principal EP PETROECUADOR manifiesta que: *“... 5) El contenido del oficio No. 37-PGER-PPRO-PAT-2011 del 7 de enero del 2011, no es una resolución, sino una respuesta de mero trámite, ... en cuanto a que la Empresa Estatal no está sujeta al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; 6) Para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, es primordial contar con una sentencia ejecutoriada y dictada en la vía ordinaria, por Juez de lo Civil, ...; 7) La resolución No. 2010175 de 24 de noviembre de 2010, se encuentra motivada constitucional y legalmente, ...”.*

Razonamientos relevantes y Sentencia de los Jueces de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo sede Quito, expedida el 19 de marzo de 2013:

“VISTOS: ... DUODECIMO.- ... 1) En lo relacionado a que la contratista no ha justificado la presentación de los planes de mantenimiento de las instalaciones de la planta de propiedad de la empresa contratista por los 2005, 2006 y 2007 la Sala puede establecer lo siguiente: ... no había obligación contractual de hacerlo para el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 2005 al 25 de febrero de 2006, ya que ese es el lapso inicial del contrato, siendo recién en esta última fecha en la que se cumplía el primer año del plazo pactado. ... sin que por otro lado exista elemento documental alguno que permita colegir a la Sala que la accionante, en su proceso de preparación del combustible pesca artesanal, durante la ejecución de contrato, haya incurrido en “anomalías y/o incorrecciones” derivadas de la falta o inadecuado mantenimiento de la planta de GASPETSA. Por otra parte obra del proceso, como se ha dicho que la contratista ha presentado los planes de mantenimiento, de los años contractuales 2007, 2008, 2009 y 2010, sin que de estos exista observación alguna o sanción que la entidad contratante haya impuesto a la accionante por el incumplimiento de la obligación de presentar los planes de mantenimiento y, lo que es más importante, por la inadecuada actividad en la preparación del combustible pesca artesanal. ... actividad que ha sido cumplida por la contratista pues EP PETROECUADOR, en el procedimiento administrativo no imputó a la accionante la inadecuada o ineficiente preparación del combustible, como tampoco lo ha hecho en este proceso judicial en su contestación a la demanda ni en la etapa de prueba. Es verdad, de lo que se ha relatado, que la contratista no presentó el plan de mantenimiento de la

*planta a ejecutarse entre el 25 de febrero de 2006 a 25 de febrero de 2007, incumplimiento que, conforme la cláusula 4.3 del contrato determinaba el derecho de la entidad contratante de disponer a GASPETSA adopte las medidas necesarias para superar el problema y, solo en caso de que la contratista incumpla estas disposiciones de la contratante, ésta quedaba en plena disposición de imponerle la multa correspondiente a tal incumplimiento; multas que estaban prevenidas en la cláusula décimo cuarta del contrato. Por manera que, es el propio instrumento contractual el que establecía la proporcionalidad de la sanción a aplicarse por el incumplimiento señalado, la cual de ninguna manera era la de dar por terminado anticipada y unilateralmente el contrato como aconteció en la especie. Hecho que sin dubitaciones determina que **la Administración demandada obró arbitrariamente sin cumplir sus obligaciones contractuales**; lo cual se agrava aun más cuando se aprecia que se aceptaron sin reparos los planes de mantenimiento desde el año 2007 hasta el año 2010, lo que significa que la planta no requirió de mantenimiento en el año 2006 por lo que el supervisor administrativo permanente de Petrocomercial no informó de ninguna anomalía; lo cual se infiere de la ausencia de documentación que informe lo contrario. 2) La otra causal que sustenta a EP PETROECUADOR para haber dispuesto la terminación anticipada y unilateral del contrato es que GASPETSA no cuenta con la autorización para realizar actividades de industrialización de hidrocarburos como tampoco para preparar gasolina pesca artesanal conforme señala la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero ... de la documentación procesal referida en el considerando noveno de esta sentencia la Sala puede apreciar que: La Dirección nacional de Hidrocarburos en oficio No. 1244 DNH-TA 0309822 de 31 de julio de 2003 autorizó a GASPETSA “el*

uso de tablas de calibración volumétrica de los tanques Nos. TK-20225, TK-20226 y TK-20227 para almacenamiento de combustibles para el sector de pesca artesanal, construidos en el sector Winchele, cantón San Mateo, provincia de Esmeraldas, por cuanto las mismas han sido desarrolladas cumpliendo lo dispuesto en la norma API-2550, que rige para estos casos”; lo que significa que la planta de propiedad de GASPETSA fue debidamente inspeccionada por la autoridad hidrocarburífera, ... Por consiguiente, la Empresa Gasolinas y Petróleos S.A. “GASPETSA”, puede ejecutar las actividades de elaboración y despacho de combustible pesca artesanal conforme el contrato suscrito con Petrocomercial en los mencionados tanques, regulada por el antes citado Decreto Ejecutivo No. 2024” (el subrayado corresponde a la Sala). De este documento la Sala puede colegir sin dubitación alguna que la empresa contratista, actora de este juicio, tenía plena autorización, emanada de autoridad competente (Director Nacional de Hidrocarburos), para la elaboración y despacho de combustible pesca artesanal ... tanto más que tal autorización se refiere con precisión al contrato suscrito entre GASPETSA y PETROCOMERCIAL; **por lo que no cabe duda alguna que esta causal de terminación unilateral y anticipada del contrato es contraria a derecho y sobre todo a los antecedentes fácticos que informan la verdad material en este caso, situación que además está ratificada en los documentos referidos** en los numerales 13 y 14 del considerando noveno de esta sentencia. ... De otra parte, es evidente que la Administración, ... conoció de modo claro que las actividades que iba a realizar GASPETSA en la planta de su propiedad eran las de preparar el combustible denominado pesca artesanal que es el resultado de la mezcla de nafta de bajo octano con aceite. ... De lo establecido, la Sala puede concluir sin

dubitaciones que los productos terminados (nafta y aceite) debían ser entregados por Petrocomercial, siendo obligación de la contratista la mezcla de estos a nombre de la misma contratante, la cual se encargaba además de comercializar el combustible obtenido de la mezcla, así se infiere de las cláusulas 4.2 y 3.4 del contrato, de las que aparece que Gaspetsa es la que se encarga de hacer únicamente el despacho del combustible a las comercializadoras o distribuidoras determinadas por Petrocomercial; ... **Ello hace concluir que tampoco existieron fundamentos fácticos, contractuales ni legales para que se haya estimado indebidamente estas actividades como incumplimientos contractuales motivadores de la terminación unilateral del contrato, cuya resolución es la materia de este juicio.** Desde luego que los argumentos que obran de la resolución impugnada, por **los hechos determinados en esta sentencia conllevan a determinar que, están viciados de inadecuada motivación que equivale a ausencia de ella, pues los hechos que motivan su emisión no se compadece con la verdad material del caso, ni con la aplicación de las disposiciones jurídicas enunciadas en el acto administrativo recurrido violando la disposición prevista en el artículo 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República y artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.** DECIMO TERCERO.- En el mismo contexto, la Sala estima que la administración pública está obligada, por así ordenarlo el Art. 226 de la Constitución de la República a ceñir sus actos a las competencias y facultades previstas de la Constitución y leyes de la República. ... Por otro lado, los actos administrativos están recubiertos de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad, consecuentemente, cuando éstos han generado derechos en terceros, solo pueden quedar sin efecto por decisión judicial: a través del

*recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo en el caso de que éstos afecten los derechos subjetivos de las personas a quienes va dirigido; o, a través del recurso de lesividad en el caso de que favoreciendo derechos de terceros hayan sido expedidos contrariando el interés público. En este último caso, es aplicable el procedimiento prevenido en el artículo 168 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en concordancia con el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; por lo que la administración está impedida de anular por su cuenta los actos administrativos expedidos por ella cuando han generado derechos que favorecen a terceros; es decir, carecen de competencia para retirar del acervo de derechos de las personas, aquellos que le han sido conferidos por acto expedido por autoridad competente; y, de ser el caso, solo puede hacerlo el Juez Contencioso Administrativo por medio de demanda que debe presentarla la Administración requiriendo la declaratoria de nulidad de su propio acto, para lo cual previamente debe expedir resolución administrativa motivada que declare la lesividad del correspondiente acto, con la participación del beneficiario. **De no existir tal procedimiento la resolución que se haya expedido dejando sin efecto un acto administrativo anterior es nula de pleno derecho y no goza de la presunción de legalidad ni de ejecutoriedad.** En el caso, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, que sustituyera a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, **carecía de competencia para anular las autorizaciones que ella misma confiriera;** sin embargo, obra del proceso que habría dejado sin efecto las autorizaciones ya referidas, las cuales sin duda, al igual que la multa que consta de esos documentos, solo pueden generar derechos interpartes, es decir en la relación entre dicha Agencia y Gaspetsa y de*

*ninguna manera puede involucrar derechos y obligaciones que provienen de un contrato suscrito por esta administrada y EP PETROECUADOR; **razón por la que carece de sustento jurídico y fáctico la argumentación que al respecto ha servido a la contratante para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato que se viene analizando. DECIMO CUARTO.- Es preciso tener presente que la resolución impugnada que se ejecutó de inmediato trajo como consecuencia que la empresa contratista deje de recibir las nafta y el aceite, y por tanto serle imposible efectuar la mezcla pertinente y el despacho del combustible pesca artesanal, lo cual determinó a su vez que deje de percibir los valores que por este servicio debía satisfacerle la entidad contratante, ocasionándole daños y perjuicios en el orden económico, pues dejó de percibir valores que se encontraban debidamente proyectados por todo el plazo de vigencia del contrato y con la seguridad de que el constante cumplimiento de sus obligaciones no podía ser objeto de una ilegal terminación unilateral y anticipada del mismo, como arbitraria e ilegalmente se ha producido;** ingresos que deben ser resarcidos por la entidad que actuó contrariando sus propias obligaciones contractuales y las que le imponía la Ley como causales para poder emitir una resolución administrativa de esa naturaleza. **Asimismo, se han producido daños en los derechos de la actora puesto que la resolución recurrida dispuso la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato rendida por la actora, como efectivamente ocurrió ya que la aseguradora pagó a EP Petroecuador los valores correspondientes a ésta. Daños y perjuicios que también se producen por la inscripción de GASPETSA en el registro de contratistas incumplidos que mantenía la Contraloría General del Estado y que***

mantiene en la actualidad el INCOP, lo cual impidió, de modo inmediato a la empresa actora contratar con todo el sector público nacional incluida la entidad demandada, la misma que dispuso además, la eliminación de GASPETSA del registro de compañías calificadas para contratar con EP PETROECUADOR. Daños y perjuicios que deben ser debidamente indemnizados. ...”.

La Segunda Sala aceptó la demanda declarando la nulidad del acto administrativo impugnado contenido en la Resolución No. 2010175 de 24 de noviembre de 2010, mediante la cual se declaró la terminación anticipada y unilateral del contrato de prestación de servicios No. 25024 de 25 de febrero de 2005 que Petrocomercial había suscrito con la actora, condenado a Petroecuador al pago de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por los efectos dañosos que recibiera Gaspetsa por la aplicación de la referida Resolución administrativa declarada nula; así mismo dispuso que Petrocomercial devuelva a la actora el valor en concepto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato que fuera entregada; ordena a la empresa demandada reincorpore a Gaspetsa en el Registro de Entidades hábiles para contratar con Petrocomercial; y, dispuso remitir copia de esta sentencia al INCOP y a la Contraloría General del Estado para que eliminen a Gaspetsa del Registro de Contratistas Incumplidos.

Análisis: En el presente caso, una vez más se comprueba el abuso indiscriminado en el uso de la cláusula exorbitante de la terminación unilateral del Contrato de Prestación de Servicios de Elaboración y Despacho del Combustible para pesca artesanal, cuando la Empresa Petroecuador, expide una resolución de terminación unilateral del referido contrato, argumentando

las siguientes causales: a) que Gaspetsa no ha entregado los planes de mantenimiento de la planta de los años 2005, 2006 y 2007; y, b) falta de autorización para realizar actividades de industrialización y refinación de hidrocarburos y preparar la gasolina pesca artesanal, conforme lo señala el Director de la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, y dichas causas han sido desvirtuadas por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito.

La primera causal ha sido desvirtuada por los jueces de la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, toda vez que se estableció que los planes de mantenimiento de los años contractuales 2007, 2008, 2009 y 2010, fueron presentados, sin observación alguna por parte de quien ejercía la administración y supervisión del contrato, faltando únicamente el plan del período comprendido entre el 25 de febrero de 2005 al 25 de febrero de 2006, el mismo que se determinó que no era necesario, pero que sin embargo bastaba únicamente la adopción de medidas para superar el problema y en caso de incumplimiento de dichas medidas, en virtud del principio de proporcionalidad correspondía la imposición de una multa más no la terminación unilateral del contrato, ya que no era una obligación principal del contrato, de las cuales ni siquiera se menciona.

Por lo tanto la administración omitió la aplicación de las cláusulas exorbitantes que corresponden a las prerrogativas de decisión unilateral, exigencia de cumplimiento del objeto contractual, exigencia de la continuidad de la ejecución del contrato, y la de control y dirección del contrato, y en último caso si estas disposiciones no se cumplían podía aplicar la cláusula exorbitante de multa prevista en el mismo contrato, cláusulas que correspondía ejercer al

encargado de la administración y supervisión del contrato, todo lo cual probó que la Empresa Petroecuador actuó arbitrariamente al incumplir sus obligaciones contractuales.

En cuanto a la segunda causal, quedó desvirtuada en el momento en que los jueces determinaron que de la documentación agregada al proceso, si existía autorización emanada de la autoridad competente (Director Nacional de Hidrocarburos), para la elaboración y despacho de combustible pesca artesanal, y que tal autorización se refería con precisión al contrato suscrito entre GASPETSA y PETROCOMERCIAL sobre elaboración y despacho de combustible y no de industrialización como lo afirmaba la entidad contratante, por lo que no cabe duda de que la causal invocada por la contratante para la terminación unilateral y anticipada del contrato es contraria a derecho y a los antecedentes fácticos que informan la verdad material del caso.

Consecuentemente, la resolución de terminación unilateral del contrato, contiene una ocurrencia de los vicios que se indican a continuación: a) Vicio en la causa, por cuanto aquella que se le imputa al contratista no consta entre las obligaciones estipuladas en el contrato, con lo cual la resolución carece de fundamento y obedece a motivaciones o hechos simulados porque los supuestos de hecho que se citan en la resolución no obedecen a la realidad fáctica ya sea por error o por razones engañosas o simuladas o sencillamente porque quien emitió tal resolución le otorgó a los hechos un alcance que no tenía; b) Vicio por falta de motivación, porque los hechos que motivan su emisión no concuerdan con la verdad material del caso, ni con la aplicación de las disposiciones jurídicas enunciadas en el acto administrativo recurrido, violando lo prescrito en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de

la República, con lo cual se violenta el derecho al debido proceso por indebida aplicación de la ley y de principios jurídicos como el de debido proceso y legalidad, ya que la entidad contratante para hacer uso de la cláusula de terminación unilateral del contrato, aplica la Ley pero la aplica inadecuadamente; c) Vicio en la forma, por cuanto para la imposición de sanción se omitieron procedimientos y formalidades previo a su emisión, relativas a las atribuciones del administrador y supervisor del contrato, y como se analizará más adelante, la administración además omitió el procedimiento para la emisión de actos en los cuales se fundamenta la Resolución; y, d) Vicio en el Sujeto, conforme se analizará más adelante.

Adicionalmente, los jueces estiman que la Administración Pública está obligada a ceñir sus actos a las competencias y facultades previstas en la Constitución y leyes de la República, según el Art. 226 de la Constitución, en ese sentido los actos administrativos al estar revestidos de las presunciones de legalidad y ejecutoriedad, cuando éstos han generado derechos en terceros, en este caso a favor la empresa Gaspetsa, solamente quedan sin efecto mediante decisión judicial, en el caso que afectaren derechos subjetivos de las personas a través del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo; o, mediante la interposición del recurso de lesividad en el caso de que favoreciendo derechos de terceros dichos actos hayan sido expedidos contrariando el interés público, por lo que en este último caso es aplicable el procedimiento previsto en el artículo 168 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en concordancia con el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de ahí que la empresa contratante estaba impedida de anular por su cuenta y riesgo la autorización emitida a favor de Gaspetsa para la elaboración y

despacho de combustible luego de aperturarle un expediente administrativo, para corregir errores de orden administrativo de anteriores autoridades; es decir, la Agencia de Control Hidrocarburífero (ex Dirección Nacional de Hidrocarburos) carecía de competencia para anular la autorización otorgada a Gaspetsa para la elaboración y despacho de combustible a Petroecuador, y esa es la razón por la que la mencionada resolución de terminación unialteral y anticipada del contrato contiene un vicio adicional que es el vicio en el sujeto, que surgió cuando el acto lo emite una autoridad que es incompetente para hacerlo, constituyéndose en un abuso indiscriminado de la administración que violenta el derecho de igualdad de los contratantes en cuanto a la reciprocidad en el cumplimiento de las cláusulas acordadas en el contrato.

El abuso indiscriminado de esta cláusula exorbitante, trajo como consecuencia para la contratista Gaspetsa que dejara de percibir los valores que por el servicio que prestaba debía satisfacer la entidad contratante, esto es Petroecuador, ocasionándole daños y perjuicios en el orden económico, por todo el plazo de vigencia del contrato y con la seguridad de que el constante cumplimiento de sus obligaciones no podía ser objeto de una ilegal terminación unilateral y anticipada del mismo, como arbitraria e ilegalmente se ha producido; ingresos que por disposición de los jueces de la Sala debieron ser resarcidos por Petroecuador porque actuó contraviniendo sus propias obligaciones contractuales y las que le imponía la Ley como causales para poder emitir una resolución administrativa de esa naturaleza; así como también, al haberse ejecutado la garantía de fiel cumplimiento del contrato rendida por la actora; al haber inscrito a Gaspetsa en el registro de contratistas incumplidos que mantenía la Contraloría General del Estado y que actualmente lo mantiene el INCOP, quedando prohibida de contratar con el

Estado por el plazo que establece la ley; y, sino fuera suficiente, Petroecuador ordenó la eliminación de Gaspetsa del registro de compañías calificadas para contratar con EP PETROECUADOR.

Este tipo de arbitrariedades de la administración no solo representa el abuso indiscriminado sino grosero de la cláusula exorbitante de terminación unilateral del contrato, ya que además de perjudicar a la Contratista, lo que es más grave perjudicó a la propia Administración, por cuanto fue condenada al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en la forma establecida en la sentencia, y a la devolución de la garantía, lo que implicó a su vez que Petroecuador no solamente haya incurrido en incumplimientos contractuales en perjuicio de su cocontratante, sino que también provocó un desequilibrio económico del contrato entre las dos partes, vulnerando el derecho de igualdad de los contratantes, por las razones y con las consiguientes consecuencias antes indicadas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. Contrato es un acuerdo libre y voluntario entre las partes, productor de obligaciones mutuas, y que al estar regulado por la ley, trae consigo consecuencias jurídicas para las partes contratantes.
2. En la legislación ecuatoriana, de acuerdo al tipo de sujetos que comparecen a su celebración y a la normativa que en ellos se aplica, los contratos se dividen en dos grupos: “*contratos privados*” y “*contratos administrativos*”, dentro de los cuales se enmarcan las diferentes modalidades de contratos, como por ejemplo los contratos civiles y los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
3. La definición de contrato administrativo no difiere de la definición de contrato civil; sin embargo, en el contrato administrativo al intervenir el Estado como sujeto, e incidir en su objeto que es la satisfacción de necesidades de orden público, se le confiere una regulación específica sujeta al Derecho Público, surgiendo diferencias en función de los sujetos, objeto, causa del contrato, régimen jurídico, prerrogativas de la Administración, formalidades y jurisdicción.
4. Los contratos regulados por la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son contratos administrativos, conforme el

Art. 60 de la referida Ley, los mismos que poseen elementos, caracteres y efectos que los diferencian de los contratos civiles.

5. El Estado tiene como fin la satisfacción del interés público, para lo cual se halla investido de poder, que lo ejerce al amparo del ordenamiento jurídico. El ejercicio del poder y el ordenamiento jurídico le otorgan al Estado potestades o prerrogativas de poder, subordinando la actuación de los particulares al Estado, con sujeción a las normas del Derecho Público. Las prerrogativas de poder por tanto se manifiestan a través de las cláusulas exorbitantes.
6. Las cláusulas exorbitantes son estipulaciones constantes en un contrato, que manifiestan las prerrogativas de poder otorgadas al Estado por el ordenamiento jurídico vigente, que son aceptadas en el Derecho Público porque garantizan el interés público, pero que resultan inusuales e ilegales en el Derecho Privado, porque vulneran los principios de igualdad de los contratantes y de libertad contractual, los cuales priman en la contratación civil.
7. En el Derecho ecuatoriano por expresa disposición constitucional, el Estado y sus instituciones solo pueden ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. En el caso materia de estudio, las facultades exorbitantes se encuentran expresamente atribuidas a la Administración por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el contrato, sin que la Administración pueda arrogarse otras facultades que no estén contempladas en la normativa legal vigente.

- 8.** Las potestades o prerrogativas del Estado reconocidas por la doctrina, se encuentran previstas en las diferentes legislaciones indistintamente y se exteriorizan a través de las cláusulas exorbitantes, como son: Decisión Unilateral, Exigencia del cumplimiento del objeto contractual, Exigencia de la continuidad de la ejecución del contrato, Poder de control y dirección del contrato, Facultad de modificar el contrato, y Poder Sancionatorio, dentro del cual la doctrina ha establecido tres tipos de sanciones: a) Pecuniarias (multas); b) Coercitivas (continuidad aún con el empleo de la fuerza pública; y, c) Rescisorias (terminación unilateral del contrato).
- 9.** De las potestades antes enunciadas, en el Ecuador la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula las potestades vinculadas con la decisión unilateral, exigencia del cumplimiento, el poder de control y dirección, que se ejerce a través de la fiscalización o supervisión del contrato, y el poder sancionatorio, que se expresa a través de la imposición de multas y la terminación unilateral del contrato.
- 10.** En cuanto las potestades de continuidad de la ejecución del contrato (obligar al contratista aún con el apoyo de la fuerza pública) y de modificación del contrato, no le es dada a la Administración su aplicación; sin embargo, le obliga a la entidad contratante a adoptar medidas conducentes a evitar el incumplimiento del contrato y que impidan que el contratista interrumpa o suspenda la ejecución del mismo; así como, contempla casos específicos bajo determinadas

circunstancias, mediante los cuales se puede modificar el contrato principal a través de un nuevo contrato, denominado “Contrato Modificadorio para enmendar errores” y “Contrato Complementario”.

- 11.**Respecto de las sanciones coercitivas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no contempla sanciones que le obligan a la entidad contratante a continuar con el contrato o señalar a un tercero, en los casos en que el cocontratante incumple o abandona la ejecución, pero está facultada para adoptar otro tipo de medidas como la aplicación de las figuras de la terminación unilateral o la subcontratación parcial del contrato.
- 12.**La terminación unilateral del contrato es un modo anormal de extinguir un contrato, que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública le confiere a la entidad contratante para que declare la terminación unilateral del contrato mediante resolución motivada, cuando se configura una o más causales previstas en la misma Ley, que están relacionadas con el incumplimiento contractual injustificado del contratista. Este modo de terminar el contrato marca la diferencia respecto de otros modos de extinguir contratos administrativos.
- 13.**Como se puede apreciar del desarrollo del presente tema, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, como por ejemplo el poder de acción unilateral que tiene la Administración, dar directivas a la otra parte, declarar la terminación unilateral del contrato, imponer sanciones contractuales, etc., cuya

presencia se justifica por el interés público y la debida ejecución del contrato que debe precautelar el Estado.

- 14.** Por otra parte, la desigualdad que se produce entre la entidad contratante y el contratista, en virtud del principio de subordinación del particular al Estado, no supone un desequilibrio de la relación jurídica entre las partes, ya que si la Administración actúa con poder, el contratista también cuenta con mecanismos para controlar ese poder, ya que el Estado le garantiza los derechos que le asisten, permitiéndole la posibilidad de acudir a la justicia, todo lo cual está regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- 15.** A pesar de que la inclusión de las cláusulas exorbitantes en un contrato están reguladas por la Ley; sin embargo, durante su aplicación podrían ser distorsionadas ante el abuso indiscriminado en la utilización de dichas cláusulas, por problemas que son frecuentes en todas las legislaciones, incluida la nuestra, como son omitir la motivación del acto o resolución, motivaciones falsas, actos emitidos por autoridad incompetente, falta de documentos probatorios, etc.
- 16.** Con el fin de identificar los problemas que producen abusos en la utilización de las cláusulas exorbitantes, la doctrina señala los vicios comunes que afectan su ejercicio como son vicio en la causa, vicio en el sujeto, vicio que conlleva la violación de una ley o de principios jurídicos, vicio en la finalidad, vicio en la forma, y vicio por falta de motivación, los mismos que se producen por la falta de aplicación de la

ley, falta de precisión del legislador, y por aplicación indebida de la ley o de principios jurídicos.

- 17.** La ocurrencia de uno o más de estos vicios en las actuaciones de la administración reflejan un abuso indiscriminado de las cláusulas exorbitantes por parte del Estado que vulneran el derecho de igualdad de los contratantes.
- 18.** Para comprobar la hipótesis planteada, se investigó y analizó hechos reales relacionados con el abuso indiscriminado de las cláusulas exorbitantes por parte del Estado que vulnera el derecho de igualdad de los contratantes, que constan en los procesos judiciales Nos. 011-2010 y 268-2011 que fueron sustanciados en la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo sede Quito.
- 19.** En el caso No. 011-2010, se demostró en la investigación el abuso indiscriminado en el uso de la cláusula exorbitante de la terminación unilateral del contrato de arrendamiento, cuando una de las empresas públicas del Estado, no concluyó el contrato anticipadamente mediante la expedición de la resolución correspondiente que debía ser motivada, sin haber cancelado los cánones arrendaticios respectivos y demás gastos de los servicios públicos domiciliarios consumidos por el tiempo que duró la renovación automática del contrato, incurriendo en los vicios de violación de una ley o de principios jurídicos como el derecho al debido proceso administrativo por falta de aplicación de la ley, y en vicios de forma por cuanto se omitió el cumplimiento previo de los procedimientos y formalidades establecidas en la Ley de Contratación

Pública y en la Ley de Inquilinato, vulnerando el derecho de igualdad de los contratantes, al contravenir expresas disposiciones constitucionales, legales y condiciones y obligaciones contractuales, actuando al amparo de su discreción, ocasionando un desequilibrio irracional del contrato, porque no hubo razón que justificara el abuso cometido por la entidad contratante.

- 20.** En el caso No. 268-2011, también se comprobó durante la investigación el abuso indiscriminado en el uso de la cláusula exorbitante de la terminación unilateral del Contrato de Prestación de Servicios de Elaboración y Despacho del Combustible para pesca artesanal, cuando la Empresa Petroecuador, expidió una resolución argumentando causales que fueron desvirtuadas judicialmente, por determinarse que se encontraban viciados de inadecuada motivación que equivale a ausencia de ella, pues los hechos que motivaron su emisión no se compadeció con la verdad material del caso, ni con la aplicación de las disposiciones jurídicas enunciadas en el acto administrativo recurrido violando el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República y artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, indicando además que no existieron fundamentos fácticos, contractuales ni legales para que se haya estimado indebidamente las actividades como incumplimientos contractuales motivadores de la terminación unilateral del contrato.
- 21.** En los dos casos de estudio, se comprobó la ocurrencia de varios vicios que reflejaron todo tipo de arbitrariedades de la administración con lo cual no solo se demuestra un abuso indiscriminado sino grosero de la

cláusula exorbitante de terminación unilateral del contrato, ya que además de perjudicar a la Contratista, se perjudicó la misma Administración, al contrariar sus propias obligaciones contractuales y las que le imponía la Ley como causales y procedimientos para dar por terminado unilateralmente un contrato, por cuanto fue condenada al pago de valores adeudados más los respectivos intereses legales, al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados a los administrados, para resarcir los ingresos que debieron percibir sus cocontratantes, y a la devolución de garantías.

22. Este tipo de arbitrariedades provocaron el desequilibrio irracional del contrato, puesto que no se justificó las razones para terminar unilateralmente la relación contractual con los administrados, vulnerando el derecho de igualdad de las partes contratantes, en relación al cumplimiento recíproco de las cláusulas acordadas, la buena fe de las partes y el respeto a los límites de la potestad del Estado prevista en el Art. 226 de la Constitución de la República.

4.2 Recomendaciones

1. Para evitar abusos en la aplicación de las cláusulas exorbitantes, tanto las entidades contratantes como los cocontratantes del Estado, deben actuar con sujeción estricta a la Constitución, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, obligaciones y condiciones previstas en el mismo contrato, y demás normas que sean aplicables, a fin de no exceder los límites impuestos por el ordenamiento jurídico vigente,

para lo cual las entidades contratantes deben cumplir con las obligaciones a su cargo, con la debida diligencia y oportunidad, y el contratista particular cumplir con la ejecución del contrato, con sujeción estricta a sus cláusulas.

2. Para evitar excesos por parte de la Administración, las cláusulas exorbitantes que se estipulen en los respectivos contratos, deben guardar relación con las potestades del Estado, así como también no deben ser contrarias al orden público, a la legislación vigente, y a los principios jurídicos que rigen la materia, ni deben desnaturalizar al objeto del contrato, esto es cambiar al objeto en algo distinto a lo que fue convenido entre las partes.
3. Las actuaciones de la Administración deben ser debidamente motivadas, no solamente enunciando las normas y principios en los que se funda, sino también estableciendo la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, para limitar el abuso de estas cláusulas, sobre todo en el ejercicio del poder sancionatorio, previo a la imposición de sanciones la Administración tiene la obligación y la responsabilidad de demostrar y justificar el incumplimiento en el que incurra el contratista particular, a través de los respectivos informes señalados en la Ley, que respete el derecho al debido proceso del administrado.
4. Como se ha analizado, la inclusión de las cláusulas exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Contratación Pública, no constituyen el problema materia del presente análisis, sino el abuso indiscriminado e interpretación errónea que se les puede dar a las cláusulas exorbitantes, por lo que es indispensable que la Administración Pública cuente con programas de capacitación teórica y práctica de cómo realizar el procedimiento para la aplicación de cláusulas exorbitantes, de manera amplia, constante y obligatoria, dirigido tanto a los funcionarios y servidores públicos de las entidades contratantes como a los proveedores del Estado, lo que es fundamental para una correcta aplicación de las cláusulas exorbitantes, conforme la intención de las normas jurídicas que las regulan.

5. Respetar las competencias del Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP, como órgano rector en materia de contratación pública, a fin de evitar la aplicación inapropiada de normas relacionadas con este tema y la interferencia de otras entidades del Estado en las atribuciones exclusivas de este Organismo.
6. El Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP, debe levantar una base de datos que contenga la información y la estadística que permita cuantificar el número de contratos celebrados por las instituciones del Estado, las resoluciones de terminación unilateral de los contratos, de imposición de sanciones a los contratistas, y las revocatorias emitidas en sede administrativa y judicial a las referidas resoluciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Brewer.Carías, Citado por Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La Exorbitancia Estatal en la Contratación Administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Cabanellas de las Cuevas. Guillermo (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eliasta. Buenos Aires - Argentina
- Cabanellas. Guillermo (2011), Diccionario de Derecho Usual, Edt. Heliasta, Buenos Aires.
- Cabanellas de Torres. Guillermo (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
- Cabanellas de Torres. Guillermo (1979). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina.
- Cassagne. Juan Carlos, (2002). Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Dromi. Roberto (2001). Derecho Administrativo. Novena Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Dromi. Roberto (2004). Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid.
- Ediciones Legales. (2008). Régimen de Contratos Públicos, Tomo I. Editorial Corporación MYL. Quito, Ecuador.
- Eguiguren. Genaro (2001). Celebración de Contratos Administrativos. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador

- Farrando. Ismael, Director, Ábalos. María Gabriela, y otros (2002). Contratos Administrativos. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Escola. Héctor Jorge (1977). Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- García de Enterría. Eduardo (2004). Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones, S.L. Madrid, España.
- Garrido Falla. Fernando (2006). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Tecnos. Madrid, España.
- Internet:
Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Internet
Página Web: <http://lema.rae.es/drae/>
- Internet:
<http://www.lexis.com.ec>
- Jeze. Gastón (1950). Principios Generales de Derecho Administrativo. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Lamprea Rodríguez. Pedro (2007). Contratos Estatales. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.
- Larrea Holguín. Juan (2006). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, PPL Impresores. Quito, Ecuador.
- López Arévalo. William (2011). Tratado de Contratación Pública, Tomo I y II. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, Ecuador.

- Marienhoff. Miguel (1983). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Parada. Ramón (2004). Derecho Administrativo I. Ediciones Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.. Madrid-Barcelona, España.
- Pérez. Efraín (2011). Manual de Derecho Administrativo. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador
- Pérez. Efraín (1999). El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitución. Ediciones Estade. Quito, Ecuador.
- Pérez. José Antonio, López. Daniel, y Aguilar. José Luis (2011). Manual de Contratación Pública. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador.
- Sánchez Montoya. Miguel Ángel (1990). La exorbitancia estatal en la contratación administrativa. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- Sayagués Laso. Enrique. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.
- Torres Gallegos. Galo (1996). Terminación Unilateral de Contratos Administrativos. Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica de Quito. Quito, Ecuador.

- Valdivieso Burneo. Carlos (2005). Tratado de las Obligaciones y Contratos. Editorial Offset Grafimundo. Loja, Ecuador.
- Vedel. Georges (1980). Derecho Administrativo. Editorial Aguilar. Madrid, España.