



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ALCANCE DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LA LEY PARA LA
TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO EN EL ÁMBITO
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Autora

Cristina Alejandra Caldas Fonseca

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ALCANCE DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LA LEY PARA LA
TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO EN EL ÁMBITO DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

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

Profesor guía

MSc. José Gabriel Terán Naranjo

Autora

Cristina Alejandra Caldas Fonseca

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, Alcance de las circunstancias previstas en la Ley para la terminación por mutuo acuerdo en el ámbito de contratación pública, a través de reuniones periódicas con la estudiante Cristina Alejandra Caldas Fonseca, en el semestre 2018-02, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación"

José Gabriel Terán Naranjo
Magister en Abogacía
CI: 0502272792

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Alcance de las circunstancias previstas en la Ley para la terminación por mutuo acuerdo en el ámbito de contratación pública, de Cristina Alejandra Caldas Fonseca, en el semestre 2018-02, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

José Dionicio Suing Nagua
Máster en Economía
CI: 1706860440

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Cristina Alejandra Caldas Fonseca
C.I: 1725809113

AGRADECIMIENTOS

Agradezco infinitamente a Dios por acompañarme en cada paso, a mis padres, a mi esposo, a mi hijo, a mi familia por estar a mi lado durante todo este tiempo. Y a cada una de las personas que integran la facultad de Derecho de la universidad de las Américas UDLA, en especial a mi tutor José Gabriel Terán por la paciencia y dedicación hacia el presente trabajo.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mis padres, ya que ellos han sido el pilar fundamental para que logre alcanzar cada meta que me he propuesto, sin objetar ni dudar jamás de lo que puedo dar, enseñándome a luchar por mis ideales sin dejar de ser una persona llena de principios. Como no agradecer a mi otra mitad, mi esposo, gracias por la paciencia, tiempo y esfuerzo para poder cumplir este logro, que es más tuyo que mío. De todo corazón, quiero dedicar y agradecer a mi amado hijo José Martín. Hijo te amo y te dedico mi vida y felicidad.

RESUMEN

La Contratación Pública es la rama del Derecho Administrativo encargada de los procesos precontractuales y contractuales, cuya finalidad es regular y normar los procesos celebrados por las Entidades Contratantes para una efectiva aplicación de procesos de adquisición o arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido los de consultoría; conforme lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP. Una de las necesidades que se plantea durante el presente ensayo es contextualizar las circunstancias previstas en la LOSNCP, para la terminación por mutuo acuerdo, mismas que tienden a ser demasiado generales y dejan a la libre interpretación de la Entidad Problemas que pueden perjudicar a una de las partes; y el alcance que tiene el tema dentro de la normativa legal vigente.

ABSTRACT

Public Contracting is the branch of Administrative Law in charge of the pre-contractual and contractual processes, whose purpose is to regulate and regulate the processes celebrated by the Contracting Entities for an effective application of processes of acquisition or lease of movable and immovable property, execution of works and provision of services, including consulting services; in accordance with the provisions of article 1 of the Organic Law of the National System of Public Procurement, hereinafter LOSNCP. One of the needs that arises during the present essay is to contextualize the circumstances foreseen in the LOSNCP, for the termination by mutual agreement, which tend to be too general and leave to the free interpretation of the Entity Problems that can harm one of the parts; and the scope that the subject has within the current legal regulations.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR	2
1.1. Antecedentes.....	2
1.2. Cuerpo Normativo	9
1.3. Características de la Contratación Pública	11
2. CAPÍTULO II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	13
2.1. El contrato.....	13
2.2. Elementos del Contrato Administrativo.....	16
2.3. Terminación de los contratos administrativos	27
2.4. Terminación Normal	29
2.5. Terminación Anormal	30
3. CAPÍTULO III. ALCANCE DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ART. 93 DE LA LOSNCP PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE MUTUO ACUERDO.....	35
3.1. Circunstancias.....	36
3.1.1 Circunstancias imprevistas	37
3.1.2 Circunstancias económicas	38
3.2. Causas de Fuerza Mayor y Caso Fortuito.....	42
3.3. Efectos de la terminación por mutuo acuerdo	47
4. CONCLUSIONES.....	50
REFERENCIAS	52

INTRODUCCIÓN

La Contratación Pública a lo largo del tiempo ha tomado una valiosa importancia dentro del ámbito de adquisiciones que hace el Estado. Se ha ido llevando a cabo una gran cantidad de contratos ejecutados con importantes inversiones de dinero, por esto se ha generado la necesidad de normar cada forma de contratación, establecer ciertos parámetros, elaborar mecanismos de control en cada etapa de correlación contractual, establecer causales de terminación de los mismos, analizar los montos mínimos y máximos según el procedimiento de contratación escogido de acuerdo a cada necesidad generada.

Este trabajo de titulación se centra en abordar el alcance de las circunstancias previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP y su Reglamento General, en adelante RLOSNCP, para la terminación por mutuo acuerdo de los contratos. Se analizarán las circunstancias enmarcadas dentro de la normativa legal vigente que conlleva dicha terminación y los diferentes tipos de definiciones.

Para determinar el alcance de las circunstancias previstas en la LOSNCP para la terminación por mutuo acuerdo dentro del ámbito de la Contratación Pública, este ensayo académico se encuentra conformado por tres capítulos, el primero trata sobre los conceptos generales de las Compras Públicas y como se crea el Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el segundo capítulo se trata con mayor énfasis al Sistema Nacional de Contratación Pública, el contrato, tipos, elementos que intervienen y como se procede con la suscripción dentro de la Contratación Pública. Para finalizar, se tomará en cuenta la normativa legal vigente en particular la LOSNCP dentro de la cual se establece la terminación por mutuo acuerdo que se encuentra a partir del Art. 93, el cual determina las circunstancias por las cuales se puede llevar a cabo dicha terminación y se determinará cada una de ellas.

1. CAPÍTULO I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

1.1. Antecedentes

Históricamente en Ecuador, el Estado ha venido siendo el mayor dinamizador de la economía, por lo que se pensó en la necesidad de tener un marco jurídico que regule y aclare los procesos de contratación pública; que debía considerar el desarrollo de las fases pre contractuales y contractuales, y las necesidades de terminación de los contratos sin perjudicar a las partes. Necesidad que llevó en esa época a implementar la Contratación Pública, en principio con la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas publicada en el Registro Oficial No. 361 de 04 de noviembre de 1982 y, subsiguientemente, por la Ley de Consultoría, en adelante LC, publicada en Registro Oficial No.136 de 24 de febrero de 1989, además también con la Ley de Contratación Pública, en adelante LCP, publicada en el Registro Oficial 501 de 16 de agosto de 1990.

Claramente los proyectos y necesidades cambian de acuerdo a la época y a la actividad humana, por consecuencia y de acuerdo a las nuevas corrientes se proyectó de acuerdo a varios errores y ambigüedades que tenía la antigua Ley de Contratación Pública, y se da inicio a una nueva etapa para dar paso a una Ley mejor expuesta y más estudiada.

De acuerdo a Carla Zúñiga “En Ecuador, antes de la expedición de la LOSNCP, la Contratación Pública se basaba en la Ley de contratación Pública La Ley de consultoría. Adicional a estos cuerpos normativos, se suman los Reglamentos Internos DE contratación que las entidades contratantes expidan sin seguir un mismo patrón ni requisitos, ni márgenes de preferencia, lo cual generaba que cada entidad contratante manejara los procesos de contratación de manera distinta a las demás, dificultando las labores de los organismos de control y la participación de los ciudadanos a través de las veedurías.” (Zúñiga, 2011, p. 68).

En relación al contrato administrativo era la Procuraduría General del Estado, la encargada de emitir dictámenes con relación a los contratos basados en Derecho Civil, y así ofrecer apropiadas opciones en el quehacer de la Administración Pública, de acuerdo a la Ley de Contratación Pública, tal como lo señala en su Art. 68 “REGISTRO DEL CONTRATO.- Para efectos del seguimiento y control de la observancia de los contratos celebrados por entidades del sector público, estas remitirán a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado sendas copias certificadas de los contratos cuya cuantía sea igual o mayor a la prevista para el concurso público de ofertas.” (Ley de Contratación Pública, 2001, art.68).

Para Inés Ma. Baldeón, la implementación de la Contratación Pública causó un gran impacto dentro del sistema que se venía llevando a cabo, señalando que existía la posibilidad de incluir parámetros de evaluación que diferían del precio, procedimientos especiales de compra para bienes, eliminación de barreras de acceso con el objetivo de democratizar la compra pública, la utilización de formatos estandarizados de pliegos, la obligatoriedad de planificar la compra y la creación de un órgano dirigente del sistema de contratación pública, aspectos que permitieron señalar que la LOSNCP desarrolló un antes y un después en la contratación pública del Ecuador. (Baldeón, 2013, p. 5).

Es evidente pensar que no se contaba con una planificación anual, respecto a las contrataciones que se debían realizar dentro del año, por lo que se planteó una gran oportunidad de crear una Ley totalmente nueva, que incluya diversas medidas que elimine totalmente las barreras y garantice la misma oportunidad de poder entablar procesos de contratación con el Estado. Con el afán de dar prioridad a las micro, pequeñas y medianas empresas ecuatorianas, así como a los pertenecientes de la economía popular y solidaria.

Por su parte, William López expresa su punto de vista del país antes de implementar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y menciona que “Sin duda alguna que nuestro País, en materia de contratación

Pública estaba regido por una legislación obsoleta. (...) Estas prácticas, causaban grandes perjuicios al Estado y consecuentemente a la mayoría de ciudadanos, por eso, con acierto, La Asamblea Nacional crea y aprueba la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que sepulta las viejas prácticas.” (López, 2011, p. 33).

Es claro que en el Ecuador en materia de contratación pública era regida por leyes que no estaban acorde a la evolución de los mercados del momento. Evidenciando que estas prácticas han causado graves daños al Estado y, en consecuencia, a la mayoría de los ciudadanos, por esta razón, con éxito, la Asamblea Nacional crea y aprueba Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que entierra la vieja práctica.

A partir del 04 de agosto de 2008, se establece en el Registro Oficial No. 395 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, implementada para regular los procedimientos de contratación, ejecución de obra, arrendamiento de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, regulando tanto para Entidades Contratantes, como para los proveedores. Dentro de sus fundamentos consta valorado el espíritu de la Ley en pro de dinamizar la Contratación Pública, a través de los principios señalados en la Ley, mismos que señalo a continuación: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Después de la fecha señalada, se marca un trascendental hito en materia de Contratación Pública, debido a que la antigua forma de contratar era completamente diferente a la actual, que se encuentra apegada a una visión global más realista, práctica y dinámica, al mismo tiempo se desarrolla más calidad y transparencia a lo que corresponde la compra pública.

Jorge Gonzáles se refiere a la Contratación Pública en Ecuador y menciona que “En el año 2008 se expidieron dos cuerpos normativos de gran importancia para la contratación pública, que cambiaron radicalmente el esquema jurídico

procedimental, pero, sobre todo, impusieron una visión sistémica y propiciaron el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) dentro del mercado público: la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP).” (González, 2012, p. 7).

Esta normativa reguladora, importante para la contratación pública, ha cambiado radicalmente la base jurídica del procedimiento, pero, lo que es más importante, impuso una visión sistémica y contribuyó a utilizar las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) dentro del mercado público.

De igual manera, dentro del Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador, elaborado por la Coordinación Técnica de Controversias e Intendencias de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictiva-SCPM, al explicar la implementación de la contratación pública en el país, partiendo del hecho que la compra pública no debe ser observada únicamente como un proceso técnico realizado a través de herramientas tecnológicas sino que debe ser observado como un proceso humano cuya finalidad está dada por lograr una transformación en las condiciones de vida de los ciudadanos tomando como pilares las bases de la economía solidaria y una mejor redistribución de recursos de forma tal que se logre incluir a los sectores sociales económicamente vulnerables (Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictiva- SCPM, 2015, p. 7).

Por lo expuesto, se puede concluir que no solo se creó una nueva normativa reguladora que prevé principios y criterios, también al derogarse la Constitución de la República, entre tantos cambios realizados se instauró una nueva normativa que rige, actualmente, en nuestra sociedad donde se empieza a construir lo que hoy se conoce como LOSNCPP. Se incorpora una disposición expresa acerca de las Compras Públicas, para dar a conocer sus principios y

de esta manera dar paso a un sistema totalmente nuevo. Es así como el Art. 288 de la Constitución de la República del Ecuador incorpora en su normativa el tema de Compras Pública y menciona lo siguiente “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.” (Constitución, Art. 288).

Por lo que, con la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública se buscaba, de alguna manera, dinamizar la economía del país al dar prioridad a la mediana y pequeña empresa, e impulsar el producto nacional. Con el objetivo de brindar claridad sobre el tema, es necesario analizar las nociones generales de los términos Contratación Pública y Sistema Nacional de Contratación Pública, para poder entender los cambios que se ha llevado a cabo a través del tiempo, antes de la promulgación de la LOSNCP y los cambios que esta sufrió después de la misma.

Existen diversas concepciones acerca de la definición de Contratación Pública. Para Pablo Dávila “La Contratación Pública constituye la herramienta que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de sus fines, porque para poder ejecutar cualquier proyecto siempre tendremos que recurrir a la Contratación Pública como medio de ayuda”. (Dávila, 2015, p. 20). Es decir, la contratación pública se revela como una herramienta de las instituciones estatales a través de la cual alcanzar los objetivos proyectados de forma que se logre un funcionamiento óptimo de las mismas.

Para Luis Trujillo, la Contratación Pública se define como “(...) una disciplina del Derecho Administrativo, que requiere especialización de los profesionales de la abogacía, personas naturales y jurídicas, y funcionarios de las entidades del sector público. (Trujillo, 2011, p. 7).

La Contratación Pública se define como la disciplina del derecho administrativo que demanda el concurso de abogados, personas naturales, jurídicas y funcionarios de las entidades del sector público. De forma tal que se garanticen los aspectos administrativos y legales que respalden dicha acción con la finalidad de hacerla efectiva de forma expedita, actualizada y veraz.

El numeral 5 del Art. 6 de la LOSNCP define a la Contratación Pública de la siguiente manera “Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 6).

Se buscaba abarcar todo lo que se trate de proceso de contratación sea obra o servicio, los procedimientos a seguir, y como se debe ejecutar cada etapa dentro del proceso de contratación con el Estado, acarreando en su totalidad las normas que se debe seguir para no perjudicar a ninguna de las partes intervinientes.

De lo expuesto, se puede concluir que la Contratación Pública se trata de un sistema que enmarca una herramienta especializada para ejecutar cualquier adquisición o arrendamiento de bienes y servicios, ejecución de obras o prestación de servicios, entre personas naturales y jurídicas con el Estado.

La contratación Pública básicamente se creó para ser utilizada como una herramienta que ayuda a la administración pública con la ejecución de proyectos que se hayan programado dentro del año fiscal en las instituciones del Estado, con el fin de transparentar dichos procesos.

Con la implementación de la Contratación Pública en el Ecuador se efectúan herramientas como el Sistema Nacional de Contratación Pública, para establecer normas, principios y mecanismos de administración para las contrataciones efectuadas por las Entidades Públicas.

El Art. 7 de la LOSNCP, define al Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante SNCP, como: "(...) el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley." (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 7).

Era necesario optar por la creación de una ley que incorpore en primer lugar la contratación y las disposiciones que se encontraban contempladas dentro de las leyes ecuatorianas. Una de las figuras más importantes que se debía tomar en cuenta era las provisiones que se encontraban en el Libro Cuarto del Código Civil, sobre el tema de los contratos, además de estipular que ya se contaba con normas específicas para los contratos que se celebraban con el Estado.

Al hablar de un sistema nacional, es necesario entender que significa esta expresión. A lo que Roberto Dromi califica como "En síntesis, un sistema es una forma de totalidad sin ser estrictamente un todo, o de organización, sin ser un organismo. Se comprende entonces que la ciencia del Derecho, en tanto se organiza como sistema, presenta características y elementos propios, sobre la base de fundamentos que justifiquen las relaciones de semejanza y diferencia entre sus contenidos, en una unidad dinámica." (Dromi, 2003, p. 15).

Como se puede observar es una forma de totalidad no siendo estrictamente un todo o una organización o un organismo. Está claro que la ciencia del derecho, dado que está organizada en un sistema, representa sus características y sus elementos sobre la base de justificaciones que fundamentan la similitud y las diferencias entre sus contenidos en una unidad dinámica. (Dromi, 2003, p. 15).

Al implementar el SNCP en Ecuador, se buscaba fomentar la agilidad, eficiencia, incentivar y dar prioridad a la producción nacional, pero el fin más importante era transparentar los procesos de contratación con el propósito de

planificar correctamente el uso de recursos públicos de acuerdo a las necesidades de cada entidad, siempre justificando el porqué de cada contratación.

1.2. Cuerpo Normativo

Existen grandes diferencias e incorporaciones en cuanto a la Ley de Contratación Pública y la actual LOSNCP, una de las más importantes se detalla a continuación:

Tabla 1.

Diferencias en la Norma

Diferencias	LCP	LC	LOSNCP
Regulaciones	Ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios regulados por la Ley de Consultoría. (art.1)	Prestación de servicios profesionales, especializados, destinados a identificar, evaluar o planificar, supervisar y fiscalizar proyectos de auditoria e investigación. (art.1)	Procedimientos de contratación, ejecución de obra, arrendamiento de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. (art.1)
Organismos de control	Contraloría General del Estado Veedurías	Congreso Nacional de Veedurías Contraloría General del Estado	Servicio Nacional de Contratación Pública Contraloría General del Estado Ciudadanía
Incorporaciones	No se contaba con un Registro Único de Proveedores (RUP)	Cada entidad contratante manejaba una base de datos con varios proveedores	Se incorpora el Registro único de Proveedores a nivel nacional, con el propósito de entregar igualdad de oportunidad a los proveedores

Incorporaciones	No existe la exigencia de Desagregación Tecnológica	No existe la exigencia de Desagregación Tecnológica	Se implementa la Desagregación Tecnológica con el fin de preponderar la participación de la mano de obra e industria nacional.
Incorporaciones	Las invitaciones a concursos se efectuaba de manera física	Las invitaciones a concursos se efectuaba de manera física	Al ser la tecnología una de los principales avances que se incorporó en el SNCP, es de carácter obligatorio llevar a cabo los proceso de contratación

En base al primer considerando establecido en la LOSNCP, se crea el SNCP con el fin de tener una figura encargada de articular y armonizar todas las instancias, organismos e instituciones dentro del ámbito de planificación, programación y control para administrar adquisiciones de bienes y servicios y ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, considerando).

De acuerdo a Inés Ma. Baldeón existen ciertas ventajas al implementar el SNCP, las cuales se fundan a continuación “se establecieron normas de privilegio o preferencia a la producción nacional; y en particular a las micro y pequeñas empresas y a los actores de la economía popular y solidaria; lo cual además es un aspecto fundamental en la reducción del porcentaje de desempleo a nivel nacional” (Baldeón, 2015, p. 12).

Es importante evidenciar que se han establecido privilegios o preferencias para la producción nacional; y, en particular, a micro y pequeñas empresas y personas de la economía popular y solidaria; siendo un aspecto clave de la reducción de la tasa de desempleo en todo el país.

De igual manera, Pablo Dávila, expone lo siguiente “en realidad el control es total, uno de los principios actuales de la Administración Pública es la rendición de cuentas. (...) Los organismos de control del Estado tienen una influencia directa sobre todas las instituciones que conforman el sector público, independientemente de su autonomía, no importa si es un GAD municipal, una empresa pública o un ministerio, todos serán auditados en algún momento.” (Dávila, 2015, p. 7).

Uno de los principios actuales de la administración pública es la provisión de cuentas. Los órganos de control del Estado tienen un impacto directo en todas las instituciones que componen el sector público, independientemente de su autonomía, ya sea un GAD municipal, una empresa pública o un ministerio, todos serán auditados en algún momento.

Al tratarse de un sistema transparente, de acuerdo a que el citado principio rige el SNCP, como uno de los principales y más importantes dentro de la normativa legal vigente, todo proceso de contratación que validen las Entidades Contratantes está al alcance de los órganos de control, mismos que vienen a ser el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, la Contraloría General del Estado y la ciudadanía.

1.3. Características de la Contratación Pública

La contratación pública constituye una herramienta, la que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, ya que, para poder ejecutar un proyecto, se tendrá siempre que recurrir a la Contratación Pública como instrumento de ayuda.

De acuerdo a la Guía de sobre contratación pública, define a la contratación pública como “el procedimiento por el cual un ente del sector público selecciona a la persona física o jurídica que tiene que ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien, para satisfacer una finalidad pública”. (Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 2011, 2).

Para Pablo Dávila la Contratación Pública se basa en tres características, las cuales señalo a continuación:

- **Formalidad:** Puesto que todo trámite de contratación, por más pequeño que sea, está sometido a la conformación de un expediente administrativo.
- **Control:** Los organismos de control del Estado tienen una influencia directa sobre todas las instituciones que conforman el sector público, independientemente de su autonomía.
- **Ausencia de Libertad:** Debido a que el accionar de la Administración Pública debe enmarcarse dentro de los parámetros fijados por el universo jurídico que los regula”. (Dávila, 2015, p. 9).

Ahora bien, es preciso señalar que la contratación pública es un instrumento, creado para facilitar al sector público el proceso previsto en la Ley para adquirir un bien o un servicio.

De igual manera, una de las principales características de la contratación pública es la regulación, en concordancia a lo señalado por Antonio Rodríguez “la regulación de la contratación pública siempre ha sido formal, rígida y casuística y siempre ha perseguido que se adquiriera la mejor prestación al menor precio.” (Rodríguez, 2016, p. 1).

Cabe señalar como conclusión que la contratación pública es una herramienta válida dentro del nuevo SNCP, que mediante sus características y principios

permite a las entidades del sector público contratar servicios o adquirir bienes de una manera más segura, formal y transparente.

2. CAPÍTULO II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. El contrato

El estudio del presente ensayo también estudia al contrato dentro del SNCP, y lo que conlleva dar por terminado el mismo, a cuál de las partes perjudica, si alguna de ellas se beneficiará de él o, si es necesario dar por terminado el acto solemne para no incumplir con la normativa legal vigente.

Como antecedente, el Código Civil en el Título IV da una definición sobre lo que se considera un contrato señalando lo siguiente “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.” (Código Civil, 2017, art. 1454).

Según el diccionario jurídico, convención proviene “Del latín conventio, derivada de convenire, convenium, es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. La convención integra el género; y el contrato, la especie. La convención es un acuerdo de voluntades, cuyo efecto puede constituir o no una obligación; el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse.” (Cabanellas, 2012, pág. 97).

Al contrato Cabanellas lo define como “una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” (Cabanellas, 2012, pág. 91).

Mientras que el contrato es definido por Cabanellas como un tipo especial de convención cuya finalidad está dada por crear obligaciones entre las partes signantes (Cabanellas, 2012, pág. 91). El cuerpo legal citado aplica la definición tanto para contrato como para la convención, por lo que, se aplicarán las mismas reglas; no obstante, los convenios pueden tener diferentes características particulares diferentes a los contratos.

Ahora bien, Nicolás Granja considera que el contrato en su concepción abarca las raíces cum y tráhere, la primera hace referencia a la palabra con lo que denota vinculación y la segunda denota unión en su sentido estricto, es decir un compromiso que afecta a las partes involucradas (Granja, 2015, p. 323).

Los autores dentro del marco de las características del contrato, destacan que, al hablar del mismo, se refieren a un acuerdo de voluntades, formado entre dos o varias personas, las cuales generan derecho y obligaciones para cada una de las partes, reglando sus relaciones jurídicas dentro del mismo.

De las definiciones anteriormente citadas, se deduce que el contrato es un acuerdo de voluntades que las partes pactan dentro del mismo, más no se especifica si las relaciones se aplican solo para acuerdos entre privados; o también entre privados y el Estado.

Jorge Ruiz al dar una explicación acerca de la división de los contratos señala que “Es evidente que la institución del contrato encontró en el derecho civil su mayor desarrollo, pero tal circunstancia no niega a dicha institución su carácter jurídico general, ni impide a otras ramas del derecho ocuparse de ella, como en la realidad ha sucedido; por ello, de acuerdo con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir a los contratos en civiles, mercantiles, bursátiles, internacionales, laborales y administrativos.” (Ruiz, 2016, p.2), siendo los administrativos los que interesan en el presente ensayo.

El establecimiento del contrato ha encontrado su mayor desarrollo en el derecho civil, pero esta circunstancia no priva a la institución de su naturaleza legal general y no excluye otras ramas del derecho a tratarla, ya que esto en realidad sucedió; por lo tanto, dependiendo de la naturaleza de los sistemas legales que los rigen, es posible dividir los contratos en valores civiles, comerciales, internacionales, laborales y administrativos.

Para Javier Rodríguez el contrato administrativo termina por las siguientes circunstancias:

1. **“Terminación natural:** Se prevé un cese natural cuando venza el plazo o se cumpla el plazo establecido, las partes acordadas han decidido darlo por terminado.
2. **Terminación violenta:** Es cuando hay razones que impiden la continuidad del contrato, lo que lleva a la resolución o rescisión del contrato.
3. **La rescisión de los contratos:** Terminación del contrato donde la causa alegada existía en el momento de la conclusión, pero la persona en cuestión no lo sabía. La aplicación debe ser judicial y las consecuencias retroactivas a la fecha de su celebración. El hecho es que nunca ha habido un contrato.” (Rodríguez, 1995, p.1).

Una vez manifestado el significado de contrato, es importante determinar que existe una distinción acerca del contrato civil o privado y el contrato público, aunque en ambos se habla de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, dentro de los cuales prima la igualdad jurídica.

La diferencia radica en que dentro del contrato privado prima la autonomía de la voluntad constituyéndose el contrato en ley para las partes, ya que dentro del mismo existen cláusulas establecidas por las partes que de acuerdo a cada necesidad se cumplirá, mientras que dentro del contrato administrativo están las cláusulas exorbitantes que son interpuestas por la Entidad Contratante con

la finalidad de que si algo llegará a pasar en la ejecución de contrato, el Estado no quedará afectado de ninguna manera, y la responsabilidad recaerá sobre la otra parte. Esta explicación de contrato se convierte en administrativo cuando es la administración pública la que contrata.

2.2. Elementos del Contrato Administrativo

Para Claudia Esteban “el contrato, género que escapa del marco estricto del Código Civil, no es una institución jurídica exclusiva del derecho privado, existen también los contratos de la Administración o de la actividad administrativa. En los dominios del derecho, existe en realidad un género, que ese contrato, y varias especies de éste.” (Esteban, 2011, p. 1).

El contrato, género evita el marco rígido del código civil, no es una institución legal exclusiva de derecho privado, también hay contratos para actividades administrativas o de la Administración. En las áreas de derecho, de hecho, hay un género, este contrato y diferentes tipos.

Según Jorge Ruiz, para que el contrato sea administrativo debe cumplir ciertas condiciones “un contrato es administrativo si uno de los contratantes forma parte de la administración pública; por lo que, para los promotores de este criterio, un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares”. (Ruiz, 2016, p. 5).

El contrato es administrativo si una de las partes contratantes es parte de la administración pública; por lo tanto, para los proponentes de este criterio, es un contrato administrativo, mientras se celebra la administración estatal, actuando como tal, y conectando este canal con individuos. En consecuencia, es preciso destacar que existe una distinción extensa sobre el contrato civil y el contrato administrativo de conformidad al objeto de contratación como a las partes que van a conformarlo.

Por su parte, David Blanquer al realizar la distinción entre el contrato administrativo y los privados, da una gran referencia señalando lo siguiente “la diferencia entre los contratos de naturaleza administrativa y los de Derecho Privado estriba en la existencia o ausencia de privilegios y potestades unilaterales de carácter exorbitante, que suprimen la igualdad jurídica de las partes, y ponen de manifiesto la supremacía de la Administración Pública.” (Blanquer, 2015, p. 702).

La distinción entre los contratos de derecho administrativo y privado es la existencia o ausencia de privilegios unilaterales y poderes de naturaleza exorbitante que impiden la igualdad jurídica de las partes y subrayan la supremacía de la administración del Estado. Siendo el contrato administrativo una figura del Derecho Público que tiene como fin regular el acto bilateral entre un particular y el Estado, sin perjudicar a ninguno y poder lograr el fin esperado que sería la terminación del contrato por cumplimiento del mismo.

Al respecto Nicolás Granja argumenta que si, en términos de la ley común, el contrato es el género, sus diferentes tipos se encuentran en el derecho privado y el derecho público (Granja, 2015, p. 326). Lo que quiere decir es que el contrato dentro de su definición habla de uno solo, lo que hace diferente y varía al mismo son las situaciones particulares de los contratantes y los diferentes tipos de contrato que se puede generar a raíz de esto.

A su vez, sobre el contrato administrativo se ha desarrollado diversos conceptos y variables propias de dicha figura, por lo que se presentará a continuación conceptos significativos y claros al respecto:

Roberto Dromi, al hablar del contrato administrativo, señala lo siguiente “El contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos

públicos, aún actuando en situación de subordinación económica-jurídica respecto de las personas públicas comitentes; y, lo conceptualiza simplemente como un acuerdo creador de relaciones jurídicas” (Dromi,2001, p. 470).

El contrato es uno de los métodos de cooperación de los administrados con la Administración para suministros, servicios públicos, obras públicas, etc. Quien contrata con la administración pública, no es un contratista ordinario o un empleado, que trabaja en el ejercicio de funciones públicas, actuando también en la situación de subordinación económica y legal a personas públicas; y simplemente lo conceptualiza como un acuerdo que crea relaciones legales.

La administración hace prevalecer la supremacía del Estado por ciertas razones de interés público, en otras palabras, el contrato administrativo siempre velará por los intereses del Estado, más no del particular.

Por su parte, el tratadista argentino José Luis Correa, afirma que el contrato administrativo es: “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”, de igual manera señala que se ha definido al contrato administrativo como el que “ (...) la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública” (Correa, 2002, p. 383).

El contrato administrativo puede ser considerado como una especie abarcada dentro del género de contratos, la cual posee elementos únicos entre los que destaca que una de las partes intervinientes es persona jurídica estatal, siendo su objetivo un fin jurídico propio de la administración, del mismo modo afirma que el contrato administrativo celebrado con personas públicas o privadas, físicas o jurídicas posee como objetivo la prestación de utilidad pública.

Como se ha expresado en párrafos anteriores, el contrato administrativo es la obligación que se genera entre un público y un privado o un público y un público donde las partes prestan sus servicios lícitos, a través de un contrato que se ejecuta con recursos del Estado.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en el artículo 75 expresa lo siguiente “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.” (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 2017).

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en el artículo 364 en su inciso cuarto señala que “Los contratos administrativos son aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público.”.

Dicho esto, las partes que intervienen dentro de un contrato administrativo vienen a ser el Estado a través de la máxima autoridad de los órganos que lo integran, mismos que generan y producen efectos jurídicos y el privado, a través de un representante legal.

En relación al tema en mención, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 125 señala lo siguiente “Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa.” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Felipe Rodríguez revela una definición de contrato administrativo agregando que “Son el instrumento técnico frecuentemente utilizado para la ejecución de

prestaciones de contenido patrimonial o económico, que cumple una función socioeconómica” (Rodríguez, 2013, p. 2).

La LOSNCP, en el artículo 60, prescribe que “los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, p. 60). Esto quiere decir que, para establecer un proceso de adquisición o arrendamiento de bienes o prestación de servicios, se deberá llevar a cabo un contrato administrativo que se celebrará entre un particular y el Estado.

Los autores dentro del marco de las características del contrato administrativo, destacan que son administrados por el Derecho Público mismo que dentro de su régimen jurídico se diferencia claramente del que rige para los contratos de derecho privado.

De acuerdo a los aspectos generalizados en las definiciones de contrato que son casi uniformes, se puede considerar que la diferencia del contrato administrativo, es que el Estado será una de las partes que intervengan, y ya que este se rige por leyes propias, era necesario dar características y nombres tales como: contratos administrativos, contratación pública, solución de conflictos, entre otros.

Freddy Borja expresa que “Existen varios instrumentos jurídicos entre convenios y contratos que suscribe la administración pública, entre ellos podemos señalar a modo de ejemplo:

1. Convenios Marco;
2. Convenios Específicos;
3. Convenios de confidencialidad;
4. Contratos de procesos de contratación pública como entidad contratante;

5. Contratos de procesos de contratación pública como proveedor; etcétera.” (Borja, 2018, p.4). El contrato establecido en el numeral cuatro es el que nos corresponde analizar dentro del presente ensayo.

Dentro de la contratación pública, la entidad contratante debe contar con capacidad para hacerlo, de ahí, su consentimiento está subordinado a varias formas especiales dentro del derecho público.

En el aspecto administrativo, a la capacidad que tiene una persona de derecho público, se la denomina como competencia. Esta competencia de la cual un funcionario de una entidad tiene, es determinada por la ley y solo será ejercida de acuerdo a sus disposiciones.

El contrato administrativo tiene como característica estar compuesto de varias directrices que le dan la naturaleza al acto contractual como tal, en base a la doctrina, existen varios elementos esenciales que resultan ser las características especiales del contrato administrativo, tales como: objeto, sujetos, consentimiento, adhesión, la causa, las prerrogativas especiales, solemnidades y formalidades.

Dromi, por su parte, define al contrato administrativo o público como “acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración”. (Dromi, 293, p. 312). En mi criterio, dentro de esta definición, el autor hace referencia a uno de los elementos que caracteriza al contrato administrativo que vienen a ser los privilegios de carácter descomunal en cuanto al Estado con respecto del particular.

Al ser el contrato un acto mediante el cual las partes a través de acuerdo de voluntades establecen derechos y obligaciones a cumplir, en el ámbito de Contratación Pública dentro de las fases en las que se desarrolla como tal los

procesos en el SNCP, la LOSNCP el artículo 14 de este cuerpo normativo indica que “Alcance del Control del SNCP.- El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo”.

Juan Carlos Cassagne, aclara que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, a saber: “Los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o comercial. Los contratos administrativos, según esta clasificación, son aquellos en que la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, el mismo que se incorpora al fin u objeto del acuerdo y que se proyecta en su régimen sustantivo dándole un régimen particular (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)”. (Cassagne, 1999, p. 57).

Los contratos administrativos principalmente de derecho público y contratos parcialmente regulados por ley civil o mercantil, son acuerdos administrativos que, de acuerdo con esta clasificación, son aquellos en los que la administración busca satisfacer el interés público, el mismo que se incluye en el propósito o el objeto del contrato y debe en su modo básico, lo que le da una forma especial (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.).

Por lo anteriormente expuesto, se deduce que es evidente las diferencias que conlleva cada contrato, tanto el administrativo como el civil o de derecho privado, y fue necesaria la creación y separación del contrato administrativo por el motivo que desde el objeto se diferencia ya que este es el servicio público “la utilidad o el interés social o la obra pública”, además de las partes que incorporan el contrato, ya que dentro del administrativo una de las partes tiene que ser de carácter público.

Para Sayagués, las diferencias entre los contratos recae de la siguiente manera “(...) Se observa que la división en contratos administrativos y contratos de derecho privado no se ajusta a la realidad de las cosas: son muy raros – si es que los hay- los contratos que se regulan exclusivamente por el derecho público y en consecuencia merecen la denominación de administrativos, como lo son también los que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado según los casos”. (Sayagués, 2002, p. 528).

Cabe señalar que la división de los contratos y acuerdos administrativos de derecho privado no se corresponde con la realidad de las cosas: son muy pocos - si alguno de los contratos que se rigen exclusivamente por el derecho público y, por lo tanto, merecen ser llamados administrativos ya que son incluso aquellos que están gobernados exclusivamente por civiles o leyes comerciales y por lo tanto deben calificarse como privados. La realidad es que, en todos los niveles de gobierno, el derecho público y el privado se rigen en mayor o menor medida, según el caso.

Una vez analizados ambos contratos, es necesario destacar las diferencias más radicales que determinan la naturaleza de un contrato administrativo frente a uno civil, las cuales que destaco a continuación:

Tabla 2.

Diferencia de Contratos

CONTRATO CIVIL	CONTRATO ADMINISTRATIVO
La voluntad de las partes es Ley suprema	Se rige por lo que está escrito en la Ley
Su objeto son los intereses particulares	Está por encima el interés social, su objeto está en la actividad pública, entre otras.
Existe igualdad de partes	Existe desigualdad entre el Estado y el

	contratista.
Las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato	Se dan cláusulas exorbitantes

Conforme a lo explicado y en resumen al capítulo descrito, para que se proporcionen los caracteres distintivos de un contrato administrativo, es necesario que concurren los siguientes elementos:

1. El interés social y el servicio público;
2. Desigualdad de las partes, donde una de manera necesaria debe ser el Estado;
3. La existencia de cláusulas exorbitantes, y;
4. La jurisdicción especial.

El contrato administrativo no constituye igualdad de condiciones jurídicas entre las partes, debido a una situación que diferencia al mismo del contrato civil, ya que existen las cláusulas exorbitantes, a lo que María Rivas define como “aquellas que benefician a la administración contratante cuando el interés social está de por medio.” (Rivas, 2002, p. 1). Incluso con todas las diferencias señaladas, el contrato administrativo crea obligación que debe cumplir. Pero si uno lo incumple, produce un gran perjuicio al otro, lo cual crea una única y nueva obligación que es la de reparar el perjuicio.

Para que se configure el contrato administrativo se requiere de dos voluntades válidas y opuestas que concurren a la formación, es necesario que una de ellas sea la administración y la otra la del particular, lo que quiere decir es que se exige para que el contrato se configure válido, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa y, por otro lado, la capacidad del contratista.

Dentro de las fases que enmarcan el SNCP, encontramos la etapa preparatoria con la se da inicio al proceso. A continuación, se encuentra la fase

precontractual, en la que iniciamos con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública y termina con la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso en mención. Por último, la LOSNCP menciona la fase contractual, que será la que corresponda analizar dentro del presente ensayo.

La LOSNCP en su artículo 6 numeral 5, respecto al tema señala que “Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 6).

Es decir, que los contratos sujetos a esta Ley son administrativos y deberán cumplir varios requisitos de validez, previos a la celebración, los cuales el Doctor Freddy Borja detalla a continuación:

1. **“La competencia del órgano de contratación:** Lo cual se traduce en potestad pública para operar de forma válida en el ejercicio de la personalidad jurídica dada por la legalidad existente a las entidades públicas, las cuales actuarán a través de su máxima autoridad institucional o delegado.
2. **La capacidad del adjudicatario:** Lo cual se traduce en que el adjudicatario no incurra en aquellas inhabilidades generales o especiales y que con antelación a la firma del contrato se habilite en el Registro Único de Proveedores RUP;
3. **La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones:** Tal y como queda plasmado en el Código Orgánico de Planificación y

Finanzas Públicas que garantiza que no se contraigan obligaciones sin que se cuente con los recursos necesarios.

4. **La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la LOSNCP y su Reglamento:** Dado el caso o proceso existirán solemnidades propias a los mismos antes de la celebración del contrato” (Borja, 2018, p. 2).

Dentro de la etapa contractual, el administrador designado por la máxima autoridad de la entidad contratante, a través de resolución es el encargado de recibir los bienes o servicios contratados conforme a lo que estipule el contrato, pliegos, término de referencia y demás documentación. De acuerdo a que una vez que se cumpla el plazo contractual se recibirá el bien o servicio a entera satisfacción y se procede al pago respectivo.

El administrador de contrato, de acuerdo con lo señalado en el artículo 121 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante RLOSNC, es “quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.” (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2016, art. 121).

El cumplimiento del contrato administrativo en su generalidad, tiene lugar cuando una de las partes realiza, de acuerdo a los términos del mismo y a entera satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. Es el fin al que se encamina llegar el momento de firmar el acuerdo de voluntades, dar por terminado el mismo una vez cumplidas todas las obligaciones contractuales.

Por lo expuesto, es necesario recalcar que los contratos administrativos se extinguen por el cumplimiento satisfactorio de las respectivas obligaciones, o bien porque concurre alguna de las causales prevista en la Ley para dar por terminado los contratos.

Una de las consecuencias de la naturaleza jurídica del contrato administrativo es tener la posibilidad de terminar unilateralmente el mismo, a través de un acto justificado en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y eficiente de los servicios. Prevalciendo de esta manera el interés general, por lo que se ocasiona de alguna manera que la relación contractual de algún modo sea desigual, en cuanto a que el contratista se encuentra sometido a la decisión que tome la Entidad Contratante, que en todo caso será fundamental.

2.3. Terminación de los contratos administrativos

La terminación unilateral de los contratos administrativos es una de las grandes ventajas de las que goza la Administración Pública, salvaguardando su calidad de tutora dentro del interés público que subyace en cada contrato. Se evidencia la posibilidad de dar por terminado el contrato unilateralmente (sin perjuicio alguno de las posibilidades de impugnación que contra ese acto caben por parte del contratista) mediante un expediente administrativo resuelto por el propio órgano de contratación.

En base a la terminación de los contratos administrativos, las Guías Jurídicas de Wolters Kluwer señala que “La extinción de los contratos administrativos tiene lugar únicamente por cumplimiento satisfactorio de las obligaciones adquiridas, exigiéndose un acto formal de recepción a partir del cual se inicia el periodo de garantía y la obligación de la Administración de liquidación del contrato y abono del saldo resultante; o por concurrir alguna de las causas de resolución del contrato contenidas de forma tasada en la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo el procedimiento establecido reglamentariamente.”. (Kluwer, 2018, p. 1).

Ernesto García acerca de la resolución del contrato administrativo, comenta lo siguiente “En la contratación administrativa no rige, o al menos no lo hace en toda su extensión, el principio *exceptio non adimpleticontractus*, en el sentido de que puede una de las partes en el contrato excusar su cumplimiento ante el

incumplimiento de la otra parte. Esta matización se manifiesta especialmente del lado de la Administración, ya que el contratista no puede tomarse la justicia por su mano; es decir, un incumplimiento de la Administración, aunque sea palmario, no legitima al contratista para abandonar la ejecución del contrato o a adoptar otras medidas de presión que no estén expresamente previstas en la normativa, y si las adopta, la Administración podrá acordar la resolución del contrato por culpa del contratista a pesar de que la Administración también es incumplidora.” (García, 2015, p. 4).

De igual manera, para las Guías Jurídicas de Wolters Kluwer el concepto de exceptio contrato no adimpleticontractus es el siguiente “La excepción de incumplimiento contractual o exceptio non adimpleti contractus es el derecho o facultad que se da en las obligaciones recíprocas, fundada en la regla de cumplimiento simultáneo de las mismas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya.” (Kluwer, 2018, p.1).

Administrativamente, el principio de exceptio contrato no adimpleticontractus no se aplica, o al menos no totalmente implantado en el sentido de que una de las partes del contrato puede ser excusa para su aplicación en el caso de incumplimiento de la contraparte, esta calificación es especialmente de parte de la administración, porque el empresario no puede tomar la justicia en sus propias manos; se trata de una violación de la administración, pero está claro, no dará derecho al contratista a negarse a cumplir el contrato o tomar otras medidas de presión no expresamente previstos por las normas, y si aceptar, la administración puede aceptar una resolución de contrato debido a la culpa del contratista.

De lo expuesto, es preciso acotar que, dentro de la terminación de los contratos administrativos, el contratista no puede por sus propios y personales derechos establecer cláusulas dentro del contrato que puedan perjudicar al Estado, ni

puede incumplir algún aspecto del mismo, ya que la Administración podrá resolver el contrato a pesar de ser también incumplidora.

En sentido lato, la terminación del contrato administrativo se destaca por ser una ventaja dentro de la administración pública, mediante la cual se puede terminar el acto administrativo de manera bilateral y unilateral, siempre y cuando no exista perjuicio para ninguna de las partes, sobre todo para la entidad contratante.

2.4. Terminación Normal

Los contratos “normales” son los que se cumplen cuando se efectúan las prestaciones pactadas dentro del mismo, sin embargo, muchas veces surgen situaciones que se califican como “anormales” que causan la terminación del contrato.

Al hablar del cumplimiento del contrato, se entiende que de manera normal se cumplió a totalidad por el contratista las obligaciones pactadas, términos y condiciones a plena satisfacción de la administración, y cumplir la totalidad de su objeto.

De acuerdo a la universidad AIU, dentro de los efectos de las obligaciones se señala que “El cumplimiento de las obligaciones se puede efectuar a través de diversos actos, entre ellos el pago. Por tal, se entiende la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.” (AIU, 2018, p. 2), el cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del contrato administrativo da por terminado el mismo, dando como nombre a esta acción como la terminación normal que se da cuando se cumple el pago, entrega de bien o del servicio pactados dentro del convenio de las partes.

Ahora bien, cuando ambas partes dentro del contrato cumplen con las obligaciones pactadas, el contrato se da por terminado, pero también dentro de

la administración los contratos pueden darse por terminados de manera unilateral como lo señala Luis Cargua al hablar sobre acuerdo de voluntades y cita lo siguiente “El contrato crea obligación de cumplirlo. Pero si uno lo incumple, produce perjuicio al otro, lo cual crea una nueva obligación que es la de reparar el perjuicio. El contrato es fuente de obligaciones, pero también el incumplimiento es fuente de obligaciones.” (Cargua, 2013, p. 3).

El artículo 1505 del código civil señala lo siguiente “Art. 1505.-En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”

Por lo expuesto, se concluye que la terminación normal se configura cuando las partes mediante acuerdo de voluntades pactan derechos y obligaciones de dar hacer o no hacer dentro de un contrato, mismo que dentro de las cláusulas estipula las formas de dar por terminado el contrato, una de ellas viene a ser la terminación por cumplimiento de las obligaciones contraídas. Terminación que toda parte busca el momento de suscribir el contrato.

2.5. Terminación Anormal

No obstante, la resolución de los contratos es la forma anormal y anticipada de extinción sobre contratos, motivados por causas que sobrevienen acaecidas dentro de un contrato válido en su origen.

Carlos Cerdas encapsula a la terminación por mutuo acuerdo dentro de las formas de terminación anormal señalando que “No obstante ser una típica modalidad contractual, el mutuo acuerdo de los contratantes puede ser una forma de finalización anormal del contrato administrativo, bajo la simplicidad de que la misma presupone un acuerdo entre las partes que deberían estar en

todo momento alejado de la utilización de la vía jurisdiccional.” (Cerdas, 2018, p. 12).

De igual manera, acerca de la terminación anormal de los contratos, Sergio Mena señala lo siguiente “Los contratos normalmente se extinguen cuando se cumplen las prestaciones pactadas, sin embargo, pueden surgir situaciones que se pueden calificar como "anormales" y causan su conclusión, tal es el caso de la rescisión y resolución. Ambas figuras constituyen formas de extinción de los contratos administrativos. Como se mencionó anteriormente, se les clasifica como "anormales" pues corresponden a hechos o circunstancias advertidos o surgidos con posterioridad”. (Mena, 200, p. 1).

Las distintas formas de terminación anormal del contrato administrativo a través de la declaratoria de nulidad del contrato, caducidad del contrato administrativo, resolución por incumplimiento del contratista, rescisión por parte de la Administración, incumplimiento de la administración y la mutabilidad irrazonable, y finalmente mutuo acuerdo de las partes.

El numeral 2 del Art. 92 de la LOSNCP señala las causales de terminación de los contratos estableciendo como uno de estos la terminación por mutuo acuerdo de las partes, sin embargo, dada la naturaleza contractual, las causas por las cuales se da la terminación por mutuo acuerdo, se podría pensar que se debe a errores cometidos por ambas partes, Entidad Contratante y Contratista.

De acuerdo a lo establecido en el Art. 93 de la referida ley, la Terminación por Mutuo Acuerdo se da “Cuando por circunstancias 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, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 93).

De igual manera, acerca de la terminación por mutuo acuerdo, Ernesto García expone lo siguiente “En definitiva, la admisibilidad de la extinción de los contratos, fruto del mutuo acuerdo, no es sino el resultado de concebir el consentimiento de las partes como «Ley suprema» en el ámbito contractual. Así, se admitía que por mutuo consentimiento de las partes contratantes pudieran establecerse cualesquiera condiciones en el contrato, siempre que no fueran opuestas a la moral y a las leyes”. (García, 1992, p. 4).

La admisibilidad de la terminación de los contratos, el resultado del acuerdo mutuo, es simplemente el resultado del entendimiento del consentimiento de las partes como la "ley suprema" en el área del contrato. Por lo tanto, se reconoció que, de común acuerdo entre las partes contratantes, se pueden establecer todas las cláusulas del contrato, siempre que no sean contrarias a la moral y las leyes.

Para Iciar Bertóla la terminación por mutuo acuerdo “Puede definirse como un acuerdo de voluntades por el que las partes dejan sin efecto un contrato válidamente celebrado, pero no consumado. Es, por tanto, un contrato extintivo o cancelatorio por el que las partes, que han celebrado con anterioridad otro, acuerdan que la regulación puesta en vigor con este pierda vigencia.” (Bertóla, 2014, p. 1).

Es claro que el mutuo acuerdo se pacta entre las partes, más no es un tema que se encuentre expreso dentro del contrato. Por lo tanto, es claro que, si las partes llegan a un acuerdo que en muchos casos no beneficia a ambas partes, se da por terminado en contrato por mutuo acuerdo.

Es necesario hacer una comparación en cuanto a la terminación por mutuo acuerdo establecida en la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 y el artículo estipulado dentro de la LOSNCP, comparación que señalo a continuación:

Tabla 3.

Tabla Comparativa

Ley de Contratación Pública	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
<p>Previo a la terminación por mutuo acuerdo se requiere el dictamen previo favorable del Procurador General del Estado.</p> <p>La entidad contratante y el contratista deben probar la existencia de las causas que señala el Art. 108 para poder dictaminar la terminación.</p>	<p>La terminación por mutuo acuerdo se llevará a cabo en base a entera discrecionalidad de las partes.</p> <p>Dependiendo de las causas que conlleve la resolución anticipada del contrato, son las partes las que llegan a un acuerdo y dan por terminado el contrato por mutuo acuerdo.</p>

De las diferencias expuestas, es necesario concluir que, con la ex Ley de Contratación Pública, por lo menos existía, a parte de la Contraloría General del Estado, un organismo de control encargado de dictaminar si dentro del caso expuesto se encontraba alguna circunstancia que acarrearía la terminación por mutuo acuerdo, con la posibilidad de poder pagar una indemnización, más no el cumplimiento del contrato.

Esto no quiere decir que no se cuente con un órgano regulador y sancionador, ya que como se sabe la Administración del Estado, dentro de sus potestades fundamentales, tiene la autoridad resolutoria y sancionadora. La potestad sancionadora tiene como fin, el proteger el interés general. La ley otorga a la Administración la potestad de sancionar ciertas conductas que pueden afectar derechos de los ciudadanos y el interés general, y aún más les faculta para ejecutar dichas sanciones.

El derecho administrativo, como propio y específico de la administración pública de la ley es el equilibrio complejo, pero posible entre privilegios y garantías no puede negar la importancia de esta cuestión de la administración de sanciones, que claramente viola el equilibrio a favor de privilegios. La cuestión de los poderes sancionadores merece una atención especial a la

doctrina, incluso si los datos no cuentan, porque lo mismo se puede decir con una probabilidad razonable de éxito, ahora se deben examinar casi todos los demás momentos de la disciplina. a la luz de nuevos documentos legales y jurisprudencial (Rubio, 2006, p. 1).

Por lo expuesto, se puede concluir que al dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato, se configura una manera anormal de terminar el mismo, ya que, por existir varias circunstancias, una de las partes debe dar por terminado de manera anticipada el contrato, sin haber concluido con todas las obligaciones que se suscribieron dentro del mismo.

Con la terminación de mutuo acuerdo del contrato las partes tienen el deber de liquidar lo que se encuentre entregado o realizado y dejar inconcluso lo que debía ser una adquisición de bienes o servicios, perjudicando en este caso a la entidad contratante que solicito el bien o el servicio, tal como lo señala Freddy Borja “Otro aspecto importante, es que la terminación de mutuo acuerdo no implica la renuncia de derechos adquiridos por las partes, es decir que en la liquidación se establecerá los avances efectivos y deberá reconocerse los pagos parciales si los hubiere, o solicitar la devolución del anticipo no devengado.” (Borja, 2018, p. 17).

El artículo 93 de la LOSNCP en su segundo párrafo señala lo siguiente “La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 93).

Por lo que dentro del capítulo expuesto se puede concluir que la terminación del contrato administrativo puede ser normal o anormal. La terminación normal se configura cuando se da cumplimiento de las obligaciones contractuales, mientras que la terminación anormal se da cuando las obligaciones contractuales no pudieron cumplirse y se debe buscar otra manera de

terminación del contrato, ya que las obligaciones contraídas no pudieron cumplirse.

3. CAPÍTULO III. ALCANCE DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ART. 93 DE LA LOSNCP PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE MUTUO ACUERDO

El artículo 1583 del Código Civil señala los modos de extinguirse las obligaciones señalando lo siguiente:

“1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo”. (Código Civil, 2017, art. 1583).

Es evidente que de acuerdo al numeral 1 del citado artículo el contrato puede darse por terminado si las partes lo convienen, dando paso a la terminación por mutuo acuerdo.

De igual manera el artículo 93 de la LOSNCP configura una de las terminación anormales de los contrato señalando que “Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias 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, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 93).

Freddy Borja al hablar sobre las causales de terminación de los contratos administrativos señala lo siguiente “Otra forma de terminar válidamente el contrato es por mutuo acuerdo de las partes, en este caso el Administrador deberá verificar que si “por circunstancias 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, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.” (Borja, 2018, p. 16).

El problema jurídico se resume en la siguiente pregunta: ¿Las causales planteadas en la ley, para la terminación por mutuo acuerdo son demasiado generales permitiendo mucha discrecionalidad a la hora de terminar el contrato?

En base al artículo que antecede y con el objetivo de brindar claridad sobre el tema, es necesario analizar cada punto del mismo, para poder entender las razones por las que las partes pueden dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, comprendiendo de inicio que se entiende por circunstancias imprevistas.

3.1. Circunstancias

El término de circunstancia, comprende un amplio uso dentro del lenguaje común, el cual consta de un contenido bastante amplio y de un significado vago, lo que permite designar el mismo a todo aquello que resulte ocasional y de alguna manera ayuda a un contexto para individualizar ciertas situaciones en esencia semejantes.

En cuanto a la definición de circunstancias, el significado que señala el Diccionario de la Real Academia Española es el siguiente “Accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho.” De igual manera, se refiere a su significado legal “como agravantes o atenuantes”, y, por último, señala que “se aplica a lo que de algún modo está sujeto a una situación ocasional” (Diccionario de la Lengua Española, 2017).

De lo expuesto, es preciso señalar que el uso que se le da al término de circunstancia dentro de la normativa legal vigente en base a la terminación por mutuo acuerdo del contrato no se diferencia en gran parte del gramatical, ya que también lo configuran en la idea de accidentalidad de alguna peculiaridad que acompaña un acto determinado. Es decir, que circunstancia puede determinarse como cualquier tipo de accidente que está presente, que ocurre, pero tomando en cuenta que, de una manera especial, estando alrededor, designando una situación o un requisito sin importancia, que en otras palabras significa que, no resulta trascendental para esencia del acto o acontecimiento principal.

3.1.1 Circunstancias imprevistas

Se necesita determinar la definición de circunstancias imprevistas, ya que la LOSNCP es muy amplia y deja a total interpretación de la Entidad lo que quiera contemplar dentro de esta causal, por lo que se debe observar cada circunstancia que el artículo arriba señalado determina.

Al buscar el significado de circunstancia imprevista, en base en varios diccionarios se puede desprender que como su nombre lo señala es lo contrario de previsto. Por lo tanto, algo imprevisto es algo que ocurre sin que se tuviera en mente, o cuando algo se presenta sin dar signo alguno o mínima señal que pueda anticiparlo.

Luis Cargua define las circunstancias imprevistas como “No conocer el avenimiento del hecho. Cambio de circunstancias. (...) En la ejecución existen hechos imprevistos, que no fueron previstos al momento del convenio, que sin hacer imposible el cumplimiento de las prestaciones afectan su realización e imponen dificultades y/o costos complementarios.” (Cargua, 2013, p. 4).

Las circunstancias imprevistas evidenciando que, durante el desempeño, hay eventos imprevistos, en el momento del contrato, sin que sea imposible

respetar la realización de lo pactado, afectan su implementación e imponen dificultades y/o costos adicionales.

Sin embargo, en la práctica se aduce como causales de terminación por mutuo acuerdo a aspectos técnicos y/o económicos que de alguna manera se contraponen a lo establecido en la normativa legal vigente, lo que puede generar observaciones por parte de los organismos de control, generando futuras responsabilidades.

3.1.2 Circunstancias económicas

En cuanto a las circunstancias económicas Joel Chirino argumenta lo siguiente “La teoría de la imprevisión es la consecuencia del problema que se presenta cuando las condiciones económicas de un contrato se alteran substancialmente y que motivan el incumplimiento de la obligación o la necesidad de revisar las condiciones económicas pactadas, por no prever la alteración de las condiciones económicas que quedan fuera del alcance de los contratantes y consecuentemente buscar el equilibrio de las condiciones económicas y las contraprestaciones se vuelven onerosas para alguna de las partes”. (Chirino, 2002, p. 1).

La teoría de la imprevisibilidad es el resultado de un problema que ocurre cuando las condiciones económicas del contrato son sustancialmente cambiadas y la violación motivada, o la necesidad de revisar las condiciones económicas acordadas, no anticipan las condiciones económicas cambiantes que son fuera del alcance de las partes contratantes y, por lo tanto, se establece un equilibrio entre las condiciones económicas y las consideraciones.

De igual manera, para Ramón Parada “La alteración de la economía del contrato puede traer causa del ejercicio por la Administración contratante del poder de modificación unilateral, lo que en el caso del contrato de gestión de servicios públicos genera el derecho del contratista a ser compensado por los

perjuicios sufridos, con el fin de mantener el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.” (Parada, 2018).

La modificación del contrato por circunstancias económicas puede llevar al hecho de que la autoridad contratante tendrá la facultad de terminar unilateralmente el contrato, la administración pública cree que el empresario tiene derecho a los daños y perjuicios, a fin de mantener un equilibrio de suposiciones económicas, consideradas importantes, al adjudicar el contrato (Parada, 2018).

Ahora bien, de acuerdo a los antecedentes expuestos las circunstancias económicas por las que se debería dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato deben ser sustentadas de tal manera que justifique la razón imprevista por la cual no se cuenta con la certificación presupuestaria correspondiente para ejecutar en su totalidad el contrato, ya que, de acuerdo a la normativa legal vigente, la entidad contratante antes de dar inicio al proceso, debe contar con todos los requisitos normados para dar inicio y proceder con la contratación. Pero puede ser alguna circunstancia que no se pronosticó o no se pudo saber cómo por ejemplo un contrato complementario.

Luis Cargua establece las causas para alterar el equilibrio económico dentro de un contrato administrativo, las cuales son: actos o hechos de la entidad administrativa contratante, actos generales de la administración como estado, así como factores exógenos a las partes del negocio. (Cargua, 2013, p. 9).

La primera causa se da debido al rompimiento que sufre la ecuación financiera del contrato producido por la sola actuación de la administración que es la entidad contratante. La segunda causa se presenta cuando el equilibrio económico del contrato se quiebra por causas que se imputan a Estado, como el ejercicio de potestades legales además de constitucionales, manifestados a

través de actos administrativos. Es decir, esta causa se provoca por facultades propias e inherentes del Estado.

De igual manera, el Centro de Información Jurídica en Línea en base al equilibrio económico que debe mantener el contrato y el reajuste de precios, señalan lo siguiente “El ajuste o revisión de precios es un mecanismo fundamental para mantener el equilibrio económico o ecuación financiera del contrato administrativo frente a fenómenos económicos imprevisibles o sobrevinientes tales como la inflación, la deflación o la simple variación en el mercado de los costos de los bienes y servicios¹, que deriva, a su vez, del derecho básico del contratista de percibir la remuneración o pago convenido.” (Centro de Información Jurídica en Línea, 2013, p. 4).

De lo expuesto, se puede concluir que, para cualquier proceso de contratación, es necesario contar con un presupuesto referencial previsto con anticipación para poder pagar lo adquirido, para lo cual la entidad contratante contará con una certificación presupuestaria.

Ahora bien, no es posible predecir lo que pueda ocurrir con todos los procesos de contratación pública, y una de las circunstancias por la que se puede dar por terminado el contrato de manera anticipada son las circunstancias económicas que no se hayan podido prever o se hayan dado mediante el transcurso de la ejecución contractual, como por ejemplo se puede exponer un contrato complementario, ya que el mismo se puede dar de manera imprevista mientras se ejecuta el contrato, por lo cual no se tenía previsto el presupuesto para un complementario y se tiene que dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, ya que ninguna de las partes adquiere responsabilidad sobre el acto.

Otro ejemplo se puede dar cuando la entidad contratante tenía presupuestado el rubro para un proceso específico, pero por alguna situación de emergencia tuvo que utilizar el presupuesto para un tema diferente que se tenía destinado, se debe configurar la terminación por mutuo acuerdo, obviamente se debe

justificar claramente la circunstancia y la emergencia que se dio. Más no se configuraría como circunstancia económica el no contar con el presupuesto para cumplir con el pago.

3.1.3 Circunstancia técnica

Dentro de las circunstancias por las cuales se puede dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato, se evidencia la técnica, condición que el Diccionario de la Lengua Española señala como “Dicho de una palabra o de una expresión: Empleada exclusivamente, y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio y, perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes” (Diccionario de la Lengua Española, 2017).

Claramente al existir una circunstancia de carácter técnico que intervenga con el total cumplimiento del contrato o que vaya a entorpecer el mismo, como por ejemplo la consultoría para una obra que después de la suscripción de contrato se demuestre que está mal realizado y que perjudicará en algún punto y de alguna manera recaerá en glosa o en contratista incumplido, las partes deciden dar por terminado de manera anticipada y de mutuo acuerdo el contrato, están en su total y pleno derecho.

Es preciso entender que la terminación por mutuo acuerdo del contrato, jamás implicará la renuncia de derechos adquiridos, por ninguna de las partes.

Un claro ejemplo de terminación por mutuo acuerdo debido a la circunstancia técnica es la que se puede evidenciar dentro de la Resolución No. 02-GADMP-2014, dentro de la cual como considerando se estipula lo siguiente “Mediante oficio No. GADM-P-DOP-2014-0082, fecha 14 de julio del 2014, suscrito por el Ing. Jorge Mauricio Feijoo, Director de Obras Públicas del GAD Municipal de Piñas, emite un informe técnico, que en su parte pertinente señala que, con la finalidad de realizar las calicatas, para definir el suelo firme; que al realizar dichas calicatas, se ha encontrado con la novedad que el estrato firme se encontraba a dos metros más de profundidad, o sea a cuatro metros del perfil

del terreno. En vista de la altura del muro, es necesario cambiar el tipo de diseño, de muro de hormigón ciclópeo a muro de hormigón armado; recomendando dar por terminado en contrato por mutuo acuerdo.”

De lo expuesto, se puede concluir que situaciones como las expuestas, que se dan una vez suscrito el contrato y que son no previstas, de una manera totalmente sustentada en el informe expuesto por el administrador de contrato se puede dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato.

3.2. Causas de Fuerza Mayor y Caso Fortuito

Dentro de la relación jurídica originada en el contrato administrativo existen los hechos jurídicos involuntarios que vienen a ser caso fortuito o de fuerza mayor, un simple fenómeno o acontecimiento como, por ejemplo: la muerte o un terremoto.

Al respecto, Luis Cargua señala lo siguiente “todo es perfecto en el contrato cuando se ha previsto lo que cada uno debe hacer y cómo debe hacer. Pero, si uno incumple: debe reparar los perjuicios “responsabilidad por culpa, o debe justificar su actitud probando que hay una causa extraña que no le es imputable y que imposibilita el cumplimiento, “fuerza mayor o caso fortuito” (Cargua, 2013, p. 25).

El Código Civil en su Art. 30 da una definición no tan precisa, señalando lo siguiente “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.” (Código Civil, 2017). Dentro de la normativa antes señalada, se comprende que fuerza mayor y caso fortuito los especifican como semejantes y la definición estuviera enmarcada en ambas, a lo que personalmente estoy en desacuerdo.

La fuerza mayor y el caso fortuito son en general, eximentes de responsabilidad ya que son causas que justifican tanto a la entidad contratante como al contratista de que se haya incurrido en el incumplimiento de la o las obligaciones, sin que recaiga responsabilidad, ya que de acuerdo a los eventos acontecidos se evidencia que la ejecución contractual se ha tornado imposible de ser cumplida, al menos en las condiciones pactadas, lo que va a conllevar la extinción de las obligaciones acordadas.

Las definiciones según el Diccionario de la Lengua Española son las siguientes: “Caso Fortuito. - Suceso por lo común dañoso, que acontece por azar, sin poder imputar a nadie su origen. Suceso ajeno a la voluntad del obligado, que excusa el cumplimiento de obligaciones”. (...) “Fuerza Mayor. - La que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación. La que procede de la voluntad de un tercero”. (Diccionario de la Lengua Española, 2017).

Tomando en cuenta las definiciones aportadas por el Diccionario de la Lengua Española el caso fortuito se aborda como un suceso extraordinario de carácter lesivo vinculado al azar el cual no puede ser imputado a nadie dado su origen, es decir un suceso ajeno a la voluntad del obligado que lo libera del cumplimiento de las obligaciones.

Por su parte la fuerza mayor se define como aquella razón imprevista e incapaz de ser resistida liberando al obligado a dar cumplimiento de las obligaciones contraídas siendo la fuerza mayor la que procede de la voluntad de un tercero. Roberto Dromi considera en su obra que “la fuerza mayor o caso fortuito son “los acontecimientos que liberan de responsabilidad y a los cuales son ajenas las personas obligadas, estas circunstancias imposibilitan cumplir, o cumplir en el término, las prestaciones contractuales”. (Dromi, 2001, p.404). La fuerza mayor o eventos accidentales son eventos exentos de responsabilidad y a los que la persona deseada no presta atención, estas circunstancias no permiten observar o cumplir con los beneficios contractuales.

En relación a la terminación por mutuo acuerdo en casos dentro de la Contratación Pública puede darse un claro ejemplo en base al pago de reajuste de precios, que no se contempla dentro del contrato y se expone como caso fortuito o fuerza mayor ya que al ser un caso no previsto que se dio en la ejecución del mismo, la entidad contratante no contaba con la certificación presupuestaria para realizar un contrato complementario, motivo por el cual se debe dar por terminado el contrato de una manera “anormal” ya que no se cumplió en totalidad el objeto del mismo.

Dentro de la terminación por mutuo acuerdo, Freddy Borja señala lo siguiente “La iniciativa de terminar de mutuo acuerdo el contrato puede nacer de cualquiera de las partes, en un caso si es el contratista el que solicita esta terminación, el Administrador deberá verificar que se justifiquen las circunstancias invocadas y de ser pertinentes y ser conveniente para la institución la terminación, recomendar en su informe que se proceda con la misma.” (Borja, 2018, p. 16).

La iniciativa de retirarse de un acuerdo consensuado puede ocurrir en una de las partes, si el empresario solicita esta resolución, el administrador verifica quién causó que las circunstancias sean razonables, adecuadas y asequibles para el final de la instalación, recomendada en su informe proceda con el mismo.

Ahora bien, al haber analizado cada circunstancia prevista en el Art. 93 de la LOSNCP, se puede concluir que, al tratarse de varias situaciones expuestas dentro del mismo, ya sea por causas imprevistas, técnicas, económica, de caso fortuito o de fuerza mayor; y al tratarse de una decisión que solo las partes dentro del contrato pueden tomar al ponerse de acuerdo y si logran justificar de manera correcta, el contrato será resuelto.

Es claro que existen otra clase de opciones para dar por terminado el contrato administrativo, ya que es claro que no se cumple en totalidad el objeto del

contrato y las obligaciones no se extinguen, es ahí donde se encuentra el problema que sostiene la LOSNCP.

Cualquiera de la parte puede aducir una circunstancia que se acople a su problema y pedir la terminación por mutuo acuerdo, ahora bien, como se indicó en párrafos anteriores la persona que decide que la circunstancia cabe dentro de lo estipulado en el Art. 93 de la LOSNCP, puede hacerlo para llegar a un acuerdo y no perjudicar a la parte que vaya a incumplir.

El problema se da cuando el contratista es el que solicita la terminación por mutuo acuerdo, ya que está causando perjuicio al Estado ya que el contrato no se dará por cumplido y las obligaciones se sujetarán a la terminación, y aunque se cobrará alguna sanción el contrato ya no puede seguir el curso que debía y el objeto no será resuelto.

El inciso final del artículo 93 de la LOSNCP es claro al señalar que “Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 93). Por lo que, en efecto la entidad contratante resulta afectada si el contratista solicita la terminación por mutuo acuerdo argumentando las circunstancias antes señaladas. Aunque se llegue a configurar la terminación, es preciso señalar que existen otras opciones para dar por terminado el contrato.

Dentro de la etapa contractual, es el administrador de contrato el encargado de verificar que se cumpla a cabalidad el mismo, sea bienes o servicios a entregar, el administrador es el responsable del cumplimiento, pago y cierre del proceso dentro de la herramienta del SERCOP.

Freddy Borja, expresa sobre la terminación por mutuo acuerdo que “Otro aspecto importante, es que la terminación de mutuo acuerdo no implica la renuncia de derechos adquiridos por las partes, es decir que en la liquidación

se establecerá los avances efectivos y deberá reconocerse los pagos parciales si los hubiere, o solicitar la devolución del anticipo no devengado”. (Borja, 2018, p. 17).

Cuando se configura alguna de las circunstancias previstas dentro del artículo 93 de la LOSNCP, sea por parte de la entidad contratante como del contratista, es el administrador de contrato quién mediante un informe recomendará a la máxima autoridad, dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo. Acto seguido la máxima autoridad y el contratista suscribirán un acta en la cual se detallará la circunstancia que configura y por la cual se da la terminación por mutuo acuerdo.

Freddy Borja señala que otra consecuencia de la terminación es que la entidad estatal no puede asumir otro contrato con el contratista, cabe señalar que, si la terminación es parte del contrato, es necesario modificar el método de pago, las condiciones y los plazos de entrega, que el administrador debe especificar en su informe (Borja, 2018, p. 17).

Resulta en parte inconsistente ya que, aunque no parezca, si existirá un perjuicio, aunque al configurarse una de las circunstancias previstas en el artículo 93 de la LOSNCP el contrato no podrá cumplirse en su totalidad y lo que se trata es evitar lo señalado.

En definitiva, la terminación por mutuo acuerdo es una manera de dar por terminado el contrato administrativo, siempre que las partes se pongan de acuerdo y haya aceptación por parte de ellas, no existe normativa en la que se estipule los requisitos concretos para que se declare la configuración de la terminación por mutuo acuerdo, esto queda a total discrecionalidad de las partes, tanto entidad contratante como contratista. Ya que, de esta manera, así sea una parte la que no pueda continuar con las obligaciones contractuales sea por circunstancias imprevistas, económicas, técnicas, de caso fortuito o de

fuerza mayor, para la otra parte será un problema a futuro ya que no podrá continuar con la correcta ejecución del contrato.

Dicho de otro modo, la terminación por mutuo acuerdo del contrato será configurado siempre y cuando las partes que suscribieron el mismo estén de acuerdo con todo lo que esto conlleva y una vez redactado el informe por parte del administrador de contrato, donde se demuestre una de las causales previstas en el artículo 93 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante autorizará la terminación y se procederá a suscribir un acta en la cual ambas partes mediante acuerdo de voluntades pacten la terminación por mutuo acuerdo.

3.3. Efectos de la terminación por mutuo acuerdo

De todo el ensayo expuesto, es claro que los contratos y la terminación de los mismos nacen para cumplirse, por esto lo más correcto sería que su muerte o terminación se efectúe realizando las obligaciones contraídas. Es claro que la terminación del contrato administrativo se da dentro de la contratación pública mediante la aplicación de reglas como el pago o consideraciones técnicas. Algo similar ocurre cuando de mutuo acuerdo (esto quiere decir de manera pacífica), las partes deciden dar por terminado las obligaciones contractuales, al dar por terminado el contrato sin cumplirlo, y de en base a las normas jurídicas, en derecho las cosas se deshacen tal como se hacen, por lo que si las partes deciden dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato, es necesario realizarlo mediante un acta en la cual las partes suscriban sus deseos.

Un efecto que arrastra consigo la terminación por mutuo acuerdo es que la entidad contratante no podrá volver a contratar con el mismo contratista cuando se trate del mismo objeto de contrato, lo que no ocurriría si se da la terminación unilateral del contrato, ya que en ese caso se deberá realizar los respectivos ajustes como lo señala Freddy Borja “en la forma de pago, plazo y

cronogramas de entrega, hechos que deberá señalar el Administrador en su informe.” (Borja, 2018, p. 17).

El administrador del contrato es la persona llamada a realizar los respectivos informes, en los cuales recomienda a la máxima autoridad la mejor opción para la entidad contratante en cuanto a la terminación anticipada del contrato.

El numeral 7 del artículo 94 de la LOSNCP señala una de las causales por las cuales la entidad contratante podrá declarar de manera anticipada la terminación del contrato “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.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2017, art. 94), lo que significa que cuando una de las partes no se ponga de acuerdo y no acepte dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, procederá la terminación unilateral.

Freddy Borja respecto a la terminación unilateral señala que “Si por la terminación unilateral se produce un perjuicio a la entidad, el Administrador deberá solicitar a la autoridad proceda a iniciar las acciones legales para demandar la indemnización de daños y perjuicios.” (Borja, 2018, p.18)

Al darse la terminación de mutuo acuerdo se evita perjudicar a las partes, ya que de ser el caso si no se llegara a un acuerdo, la entidad contratante puede evidenciar un incumplimiento por parte del contratista, a lo que se puede configurar como contratista incumplido y el contratista no podrá contratar con el sector público durante 5 años, lo cual es un grave perjuicio.

Por lo que, lo que se trata de lograr con la terminación de mutuo acuerdo es llegar a un consenso, entre las partes, ya que por una circunstancias

imprevista, técnica, económica, sea por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente justificado, y externa al objeto de contratación, no pudo concluir el contrato de la manera en la que se esperaba, con lo expuesto, lo que se quiere dar a entender es que el artículo 93 de la LOSNCP, fue previsto para que las partes logren terminar de manera anticipada, el contrato pero de mutuo acuerdo, o mutuo disenso, por el hecho de que por circunstancias externas e imprevistas, más no de mala fe o por incumplimiento de alguna de las partes, no se logró llegar al objetivo final, que sería el cumplimiento total del contrato.

4. CONCLUSIONES

La culminación del contrato se revela como procedente entre las partes contratantes, en casos de circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, en las que se haga imposible dar cumplimiento a los acuerdos proyectados; afectándose de esta forma parcial o totalmente los intereses derivados del contrato, de ahí la procedencia de extinguir el mismo; independientemente del estado de cumplimiento en que se encuentre dicho contrato.

Es imposible para el contratista y para la Administración Pública contratante poder establecer todos los posibles imprevistos, que puedan afectar el cumplimiento de un contrato. De ahí la importancia de hacer uso de la teoría de la imprevisibilidad; la cual plantea la necesidad de revisar las condiciones económicas acordadas, y; establece un equilibrio entre las condiciones económicas y las consideraciones, como mecanismo preventivo ante las condiciones económicas cambiantes.

De comprobarse que alteración de la economía del contrato se subordina directa o indirectamente, del mal ejercicio o desempeño de la Administración Pública contratante, el contratista posee todo el derecho legal a ser compensado por los perjuicios sufridos, de forma tal que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

La finalización de lazos contractuales por razones reconocidas por la ley, en ningún caso implica que las partes contractuales renuncien a los derechos adquiridos, debiéndose establecer la liquidación de los avances efectivos y reconocimiento de pagas parciales o devolución de anticipos no devengados.

El artículo 93 de la LOSNCP no establece de una manera clara y detalla los requisitos que configuren la terminación de mutuo acuerdo, tanto para entidades contratantes como para los contratistas.

Las circunstancias previstas en el artículo 93 de la LOSNCP deben ser debida y claramente justificados por las partes, ya que de otra manera, se configurarán las respectivas sanciones.

Es necesario contar con el acuerdo de voluntades de las partes que suscribieron el contrato, para mediante acta dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato, ya que el consentimiento de las partes es un requisito fundamental para que se configure la terminación por mutuo acuerdo.

Es necesario establecer la circunstancia por la cual se da por terminado por mutuo acuerdo el contrato, ya que el artículo 93 de la LOSNCP abarca todas las circunstancias, más es necesario especificar dentro de cual se ajusta.

REFERENCIAS

- Asociación de Academias de la Lengua Española. (2017). Recuperado el 30 de mayo de 2018, de <http://dle.rae.es/?id=7pG16he>
- Baldeón, I & Baldeón C. (2015). Análisis y Comentarios sobre los Procedimientos de Contratación Vigentes. Quito: Grupo Empresarial CEAS
- Baldeón, I. (2013). Derecho de la Contratación Pública. Quito, CEAS: Consultores Estratégicos Asociados Cia. Ltda.
- Bertolá, I. (2014). El Mutuo Disenso como Causa de Extinción de los Contratos. Recuperado el 08 de junio de 2018, de <https://blog.sepin.es/2014/11/mutuo-disenso/>
- Blanquer, D. (2015). Introducción al Derecho Administrativo: Valencia: Editorial Tirant lo Blanch
- Borja, F. (2018). Guía de Administración de Contratos Públicos. Recuperado el 14 de junio de 2018, de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/GU%C3%8DA%20DE%20ADMINISTRACI%C3%93N%20DE%20CONTRATOS%20P%C3%9ABLICOS%20v%201.0.pdf>
- Cabanellas, G. (2012). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Cargua, L. (2013). Proceso de Contratación. Recuperado el 30 de mayo de 2018, de <http://www.pge.gob.ec/joomlatools-files/docman-files/procesodecontratacionluiscargua.pdf>
- Cassagne, J. (1999). El Contrato Administrativo. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot
- Centro de Información Jurídica en Línea. (2013). El Equilibrio Económico en la Contratación Administrativa. Recuperado el 16 de julio de 2018, de file:///C:/Users/cristina.caldas/Downloads/el_equilibrio_economico_en_la_contratacion_administrativa.pdf
- Cerdas, C. (2018). La Terminación Anormal de los Contratos Administrativos. Recuperado el 30 de mayo de 2018, de <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/13845-23857-1-SM.pdf>

- Código Civil. (2017). Registro Oficial Suplemento 46, de 10 de mayo de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. (2015). Registro Oficial Suplemento 449, de 20 de octubre de 2008.
- Correa, L. (2002). Contratos Administrativos. Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot
- Chirino, J. (2016). Teoría de la Imprevisión. Recuperado el 21 de mayo de 2018, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/21.pdf>
- Dávila, P. (2015). Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana. Quito: INACAP
- Dromi, R. (2001). Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura
- Dromi, R. (2003). Sistema y Valores Administrativos. Buenos Aires: Hispania Libros.
- Esteban, C. (2011). La Teoría de los Contratos Administrativos. Recuperado el 14 de mayo de 2018, de http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/2011_-_04_-_03_Esteban.pdf
- García, E. (1992). La Extinción de los Contratos Administrativos por Mutuo Acuerdo. Recuperado el 08 de junio de 2018, de <file:///C:/Users/cristina.caldas/Downloads/Dialnet-LaExtincionDeLosContratosAdministrativosPorMutuoAc-17118-1.pdf>
- García, E. (2015). Sobre la Concurrencia de Causas de Resolución en un Mismo Contrato Administrativo. Recuperado el 22 de junio de 2018, de <file:///C:/Users/cristina.caldas/Downloads/14403-57310-1-PB.pdf>
- González, J. (2016). El Régimen Ecuatoriano de Contratación Pública entre el proteccionismo y la apertura comercial. Quito: Revista de derecho.
- Granja, N. (2015). Fundamentos de Derecho Administrativo. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Registro Oficial Suplemento 395, de 04 de agosto de 2018.

- López, W. (2012). Tratado de Contratación Pública: Teoría, práctica, jurisprudencia. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Mena, S. (2000). Rescisión y Resolución de los Contratos Administrativos y Debido Proceso. Recuperado el 09 de julio de 2018, de <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica12/ensayo14.htm>
- Parada, R. (2018). Derecho Administrativo II. Recuperado el 16 de mayo de 2018, de <https://juspedia.es/libro/administrativo-2/2741-derecho-al-equilibrio-economico>
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2016). Registro Oficial Suplemento 588, de 12 de mayo de 2009
- Rivas, M. (2002). El Control de los Contratos Administrativos. Recuperado el 29 de mayo de 2018, de http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2002/02/15_Control_de_Contratos_Administrativos.pdf
- Rodríguez, F. (1995). Contratos Preparatorios Modernos. Recuperado el 30 de mayo de 2018, de http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap9.pdf
- Rodriguez, F. (2013). Contratos Administrativos, Aspectos Jurídicos Concepto y elementos del contrato público. Quito
- Rodriguez, F. (2015). CONTRATOS administrativos: de obra; servicio público y de concesión de obra y de servicio público. - aspectos jurídicos. Concepto y elementos del contrato público. Importancia en la actividad profesional de los ingenieros. Recuperado de <http://www.feliperodriguez.com.ar/wp-content/uploads/2015/11/LIBRO-8-CONTRATOS-ADMINISTRATIVOS-DE-OBRA.pdf>
- Rubio, G. (2016). POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y GARANTÍAS DEL ADMINISTRADO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 21 DE FEBRERO DE 1984: EL CASO OZTUR. Recuperado el 30 de mayo de 2018 de [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-PotestadSancionatoriaDeLaAdministracionYGarantiasD-893228%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-PotestadSancionatoriaDeLaAdministracionYGarantiasD-893228%20(1).pdf)

- Ruiz, J. (2016). El Contrato Administrativo. Recuperado el 20 de abril de 2018 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4455/10.pdf>
- Sayagués, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Gráficos Barreiro y Ramos.
- Trujillo, L. (2011). El Acto Administrativo en la Contratación Pública. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

