

DOI: <https://doi.org/10.56712/latam.v4i2.729>

Las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo

The exorbitant clauses in the administrative contract

Sandra Patricia Ramírez Gómez

patricia.ramirezg@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2351-9633>

Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL)

Loja – Ecuador

Artículo recibido: 05 de junio de 2023. Aceptado para publicación: 13 de junio de 2023.

Conflictos de Interés: Ninguno que declarar.

Resumen

La contratación pública y su marco legal en el Ecuador, en teoría se ajustan a principios innovadores direccionados a simplificar costos, tiempo, a evitar dilaciones burocráticas y transparentar operaciones contractuales. El estado como garante de que la prestación del servicio o la compra o arrendamiento del bien, debe satisfacer objetivos estrictamente de orden social, fija las reglas contractuales a su conveniencia con ciertos matices de excesiva discrecionalidad, establece restricciones, es decir, inclina la balanza a su favor para garantizar la prevalencia del interés público. En este escenario, el contratista se somete a los condicionamientos del contratante y a la observancia irrestricta de reglas conocidas como cláusulas exorbitantes.

Palabras clave: contrato administrativo, contratación pública, cláusulas exorbitantes, potestad estatal, estado

Abstract

The public contract and laws in Ecuador, in theory, conform to innovative principles aimed at simplifying costs, time, avoiding bureaucratic delays and making contractual operations transparent. The state as guarantor that the provision of the service or the purchase or lease of the good, must satisfy strictly social objectives, sets the contractual rules at its convenience with certain nuances of excessive discretion, establishes restrictions, that is, it tips the balance to their favour to guarantee the prevalence of the public interest. In this scenario, the contractor submits to the contractor's conditions and the unrestricted observance of rules known as exorbitant clauses.

Keywords: administrative contract, public contract, exorbitant clauses, state power, state

Todo el contenido de LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia Creative Commons .



Como citar: Ramírez Gómez, S. P. (2023). Las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 4(2), 1965–1977. <https://doi.org/10.56712/latam.v4i2.729>

INTRODUCCIÓN

El instituto del contrato administrativo dentro de la tipología de manifestaciones de la administración pública para expresar su voluntad y legitimar las actuaciones derivadas de la actividad contractual para adquirir o arrendar bienes, ejecutar obras y prestar servicios, trae consigo elementos que deben ser revisados desde el enfoque doctrinario y también a partir de la evolución normativa, por su trascendencia y efectos jurídicos dentro de la contratación pública en el Ecuador.

Los procesos precontractuales y contractuales desde el año 2008, cuando entró en vigor la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tuvieron que reconfigurarse y adaptarse a otras condiciones y reglas, con el objetivo de optimizar en la praxis el modelo del contrato público, a partir de objetivos¹ congruentes con la normativa constitucional que instituyó expresamente el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

La contratación pública en el modelo operativo vigente en el Ecuador, afincado en plataformas digitales, en teoría se ajusta a principios innovadores direccionados a simplificar costos, tiempo, a evitar dilaciones burocráticas, a transparentar operaciones contractuales; así mismo, en el enfoque jurídico, se ha buscado blindar los términos de la contratación estatal con el afán de asegurar el interés general y el bienestar público con la provisión de bienes y servicios de calidad.

En la practicidad, indudablemente que el estado como garante de que la prestación del servicio o la compra o arrendamiento del bien, debe satisfacer objetivos estrictamente de orden y fin social, fija las reglas contractuales a su conveniencia, impone su voluntad de derecho público con ciertos matices de excesiva discrecionalidad, establece restricciones, es decir, inclina la balanza a su favor para garantizar se ha dicho, la prevalencia del interés público. En este escenario, el contratista se somete a los condicionamientos del contratante y la observancia irrestricta de este tipo de reglas conocidas como cláusulas exorbitantes, elemento sine qua non del contrato administrativo.

En Ecuador, al igual que en otros países, existen cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos. Otorgan a la Administración Pública ciertos poderes y prerrogativas que exceden los derechos y facultades de las partes en una relación contractual común. Teniendo algunas características y aspectos relevantes sobre las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo en Ecuador.

Enfoque normativo de la contratación pública en el Ecuador

La contratación pública como parte de la actividad administrativa en el sector estatal, ha sido reconocida conforme a la jerarquía normativa, del principio constitucional vigente se derivan directrices hasta la normativa conexas como las leyes, reglamentos y códigos para conducir el tratamiento de la institución del contrato administrativo en sus diferentes instancias administrativas y su prosecución en sede judicial en caso de impugnación.

En la constitución ecuatoriana art.288, se hace énfasis en el proceso de compras públicas conforme a principios de transparencia, eficiencia, calidad y responsabilidad que generen

¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial, Suplemento 395 del 4 de agosto de 2008.

credibilidad en gestión de adquisiciones ², así mismo, señala la priorización en la lección de la industria nacional sobre todo aquellos que pertenecen al conglomerado de Economía Popular y Solidaria, sumado a las PYMES, como parte de las estrategias para fortalecer la economía local y brindar apoyo a los empresarios locales.

Por su parte, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) determina el proceso a seguir para las diferentes transacciones que involucren bienes, servicios y asistencias que requieran las diferentes entidades estatales para dar cumplimiento a sus obligaciones, en este se incluyen consultoría, es decir, todos aquellos aspectos que sean de transacción monetaria en las diferentes clasificaciones, en ello, en su art. 60 describe que los contratos celebrados por las Entidades Contratantes son contratos administrativos; sobre las controversias derivadas de los contratos celebrados entre la administración pública y los particulares y en concordancia con su Reglamento.

Concomitantemente con lo dispuesto en la LOSNCPP, su Reglamento en su Art. 163 establece que de no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia ³.

Por otra parte, el Código Orgánico Administrativo (COA), publicado en el Registro Oficial, Suplemento 31 del 7 de julio de 2017, que regula la función administrativa de los órganos que integran el sector público, en el título II del Art. 89, reconoce al contrato administrativo como unas de las expresiones a través de las cuales la administración pública manifiesta sus decisiones en función de sus competencias y actuaciones administrativas⁴.

En sus Arts. 125 y 126 encontramos unas breves referencias en relación a su naturaleza y a los medios de solución de controversias, en el primero se hace referencia al contrato administrativo en donde se llega al acuerdo de voluntades que se rigen por el ordenamiento jurídico específico de la materia, mientras que, en el segundo se establece el proceso de la solución de controversias en el caso de existir, a lo cual, las partes podrán acceder a proceso de mediación y arbitraje en el marco legal.

Aproximación al concepto de contrato administrativo

La evolución del concepto de contrato administrativo⁵ deviene de un continuo estudio de su objeto, características y efectos, de lo cual ha derivado un minucioso debate doctrinario en función de delimitar aproximaciones a su valoración como medio de intervención de las administraciones públicas como contratante de obras y servicios. No se ha desconocido tampoco, el carácter polémico de esta institución y su régimen especial que imprime reglas favorables para la administración pública⁶.

² Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial 449. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

³ Asamblea Nacional del Ecuador. (2021). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito: Registro Oficial Suplemento 395. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncpp_actualizada1702.pdf

⁴ Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial, Suplemento 31 del 7 de julio de 2017.

⁵ La institución del *contrat administratif*, como otras del derecho administrativo francés, se desarrolla gracias al trabajo del Consejo de Estado (2018)

⁶ A la Administración nada le prohíbe la posibilidad de celebrar estos contratos, al contrario, es una fórmula de cooperación del particular a la satisfacción de necesidades públicas..." Véase: Oelckers O. (1979).

De esta manera, la exposición de situaciones polémicas en donde se presenten contradicciones que pretenden insertar una figura de derecho público denominada “par excellence” que forma parte del derecho privado, en donde se marca relaciones de desigualdad de las partes, autoridad en la administración, siendo que se concibe como una “potentior persona” que involucra el reconocimiento de un poder de mano con prerrogativa ⁷.

Dromi (1992) define al contrato administrativo como un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a las relaciones previamente establecidas por la Administración⁸. Por su parte, Escola (1997) indica que la característica del contrato administrativo es que se celebra en los lineamientos de la administración pública, siendo este el requerimiento para su validez en fines particulares⁹. En Cassagne (1999) se advierte que existen dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública, los contratos administrativos, regidos en forma preponderante por el Derecho Público, y los contratos parcialmente regidos por el Derecho Civil o Comercial¹⁰.

En torno a lo indicado, los contratos administrativos se determinan como aquellos que buscan la satisfacción de un interés público relevante, siendo que este se incorpora en relación con una finalidad u objeto que se encuentre en el acuerdo, mismo que se proyecta en un régimen sustantivo que deriva en un régimen particular. Héctor Mairal desde la perspectiva del estado prestador de servicios define a éste como aquel en que está en juego un servicio público, o en el cual las prestaciones son de interés general o de interés público o atienden necesidades públicas, o un contrato sujeto a un régimen exorbitante o incidido por alguna potestad exorbitante del Estado¹¹. Para Zegarra (1997), el contrato administrativo es todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros¹².

Desde el prisma de la sustantividad del contrato administrativo, se han reconocido principios propios de la Administración consustanciales a este régimen especial de contratación, siendo que, estos se encuentran presentes en varios de los contratos efectuados de tipo administrativo, yendo más allá de la estructura regulatoria normativa vigente, en ello, la administración pública debe someterse a ciertas exigencias de carácter jurídico que se tornan sustantivas, dado que, existen y evidencian en concreto, de tal manera, que cuentan con independencia normativa en delimitaciones específicas de derecho positivo, el cual, puede ser diferentes o igual en los diversos ordenamientos.

El aporte de Agustín Gordillo al estudio concienzudo del contrato administrativo no puede omitirse, el tratadista taxativamente expresa su crítica por la mutación del contrato administrativo, por los riesgos para el contratista, los excesos de discrecionalidad del estado contratante a lo que se suma, la ausencia de transparencia en las adjudicaciones y la crisis de legalidad. En ello, se dificulta la determinación de un contrato administrativo que funcione, siendo contrario a las limitaciones de textos que lo explican, en el caso de la tesis de Mairal se corrobora

⁷ García de Enterría, E. (1963). “La Figura del Contrato Administrativo”. Revista de Administración Pública No. 41. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. p. 42

⁸ Dromi, J. (1992). “Derecho Administrativo”. Tomo I. Buenos Aires. Astrea. p. 312

⁹ Escola, J. (1977). “Tratado integral de los contratos administrativos”. Buenos Aires. Depalma, Vol. I. p. 100

¹⁰ Cassagne, J. (1999). “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires. Abelardo-Perrot. p.

¹¹ Mairal, H. (2004). “La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas”. La Ley suplemento especial El Contrato Administrativo en la Actualidad.

¹² Zegarra, D. (1997). “Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo”. Pontificia Universidad Católica del Perú. p.1

hechos del presente para fundamentar el futuro, siendo el antecedente histórico del derecho administrativo¹³.

Las cláusulas exorbitantes

El régimen de cláusulas exorbitantes¹⁴ que se encuentra adherido a la contratación pública es indudable que controvierte las posiciones ideológicas a la hora de encasillar la institución del contrato administrativo a las reglas del derecho público, las prerrogativas estatales parecerían no tener restricciones para ejecutar su voluntad dentro del acuerdo contractual, y, por consiguiente, la parte contratista, con escasa tutela, se erige como vulnerable frente a la imposición estatal.

En ello, Marienhoff (1983) evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes que se tornan inusuales en los contratos comunes enmarcados en el derecho, dado que su inclusión puede ser ilícita como consecuencia de contrariar las normas de orden público, siendo que, el Estado no cuenta con la facultad de prescindir de potestad sobre la mediación en el derecho contractual. Ha de atenderse desde el factor de la responsabilidad estatal, su obligación de garantizar con eficiencia, eficacia y calidad la contratación, situación que justificaría sus actuaciones¹⁵.

Rodríguez-Arana (2008) advierte que las prerrogativas públicas en la contratación administrativa traen su causa desde otro plano, no del contrato, sino de la ley; no son expresión de un derecho subjetivo en donde se delimita una potestad atribuida a "Ex lege" que se centra en brindar atención a los intereses públicos, esto acarrea una posición especial en la administración con enfoque contractual, siendo parte de las estrategias para asegurar el cumplimiento en el desarrollo de obras públicas ya sean contratadas o prestadas¹⁶.

Jéze señala que, teniendo en cuenta que el contrato administrativo se celebra para el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, el contratista es considerado un colaborador de la Administración; por lo tanto, el interés privado del contratista debe ceder ante el interés general de la comunidad en caso de presentarse una diferencia en cuanto a la extensión de las obligaciones del contrato¹⁷. De esta manera, estos privilegios con los que cuenta la administración se consolidan como el elemento que expone la diferenciación entre los contratos que intervienen la administración pública, y los llevados a cabo por particulares¹⁸.

Las cláusulas exorbitantes son parte de un régimen distinto de regulación para los contratos públicos; Canasi (1974) reconoce la existencia de un régimen jurídico especial que rige para los contratos administrativos, surtiendo efectos jurídicos que salen de la órbita del derecho civil común, al cual lo denomina un régimen de derecho público especial. En este escenario y bajo este marco jurídico garantista en teoría de intereses públicos, es factible cambiar las reglas contractuales en mérito de la prioridad social vigente¹⁹. Bercaitz (1980) manifiesta que la

¹³ Gordillo, A. (2007). "La mutación del contrato administrativo". Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Buenos Aires, RAP. pp. 835-848

¹⁴ Estas cláusulas determinan un régimen especial, con condiciones impuestas por la parte contratante que es el estado, con imposiciones no negociables para el contratista.

¹⁵ Marienhoff, M. (1983). "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires. Tomo III-A, p.p. 46 y 78

¹⁶ Rodríguez-Arana J. (2008). "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 12, p. 795

¹⁷ Dussàn, J. (2005). "Elementos del Contrato Estatal". Bogotá, D.C.

¹⁸ Moreno, J. & Pleite, F. (2008). "La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático". Madrid. La Ley Grupo Wolters Kluwer

¹⁹ Canasi, J. (1974). "Derecho Administrativo". Buenos Aires. Depalma. Tomo II, p. 441

mutabilidad en los contratos administrativos (el interés público) surge cuando las circunstancias vigentes al momento de celebrarlo han cambiado en la ejecución contractual, con lo cual la administración tiene que contar con la posibilidad de modificar el contrato según los cambios que sufra ese interés público, ya que contrariamente quedaría atado éste a la voluntad del particular contratante, obligando a la comunidad a ceñirse a una prestación que ha dejado de satisfacer sus necesidades²⁰.

Al no ser iguales las condiciones de las partes contratantes, el adjudicatario ejecuta en desventaja sus obligaciones, con cierto margen de desconfianza en el manejo del contrato, los antecedentes y la casuística dan cuenta de los excesos de discrecionalidad de la autoridad administrativa contratante, desvío de poder y hasta corrupción. El doctrinante Herrera, examina esta disyuntiva relacionada con la igualdad contractual en el acuerdo privado y en el público, de la siguiente forma, que expresa que las cláusulas exorbitantes se dan como respuesta a la expresión de prerrogativas por mandato legal otorgados a la administración, de esta manera, el principio de igual que envuelve a las cláusulas contractuales sufre un quiebre otorgándose privilegios a las entidades gubernamentales que requieren los servicios, lo cual, les brinda la capacidad de realizar ciertas actuaciones unilaterales contractuales, esto implica que no exista la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa que guarda amparo en el principio de la ejecución oficiosa de actos administrativos.

La ausencia de transparencia de algunas administraciones públicas en instancias precontractuales, contractuales y en fase de ejecución, es un claro indicio de que las prerrogativas estatales para garantizar el interés subjetivo público han canalizado redes de corrupción multinivel, con monopolio indecoroso de los recursos públicos. El profesor Mairal analiza y concluye en forma precisa una realidad presente en la contratación pública, en esta figura los proveedores habituales son contratados in hesitación bajo la normativa específica, en ello, se encuentran estudios previos de especialistas en la práctica administrativa señalan que en el mejor de los casos el Estado ejerce prerrogativas con restricción a la contraparte de bienes o servicios que por sus características no pueden privarse, siendo lo mencionado un riesgo que puede ser tomado como abusivo en el ejercicio legal, considerando que, bajo el precio preestablecido se puede limitar concurrencias de nuevos oferentes, así como la consecuencia de un régimen exorbitante de contratación pública (2007).

Derecho administrativo

El derecho administrativo es una herramienta muy importante que utiliza la administración para utilizar las facultades otorgadas por la constitución y la ley a los órganos y dependencias de las cinco funciones del estado para actuar y construir la realidad social para satisfacer el interés público.

De la misma manera, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y funcionamiento de la Administración Pública, estableciendo los límites de su actuación y los derechos y deberes de los ciudadanos frente a ella. Constituye el fundamento del Estado de Derecho y garantiza la protección de los intereses generales y los derechos de los administrados" (Fernández et al., 2015).

Se destaca la importancia del derecho administrativo como marco normativo que establece las bases para el adecuado funcionamiento de la Administración Pública y de los trabajadores en cuanto a las funciones que desempeñan en el rol estatal, para de esta manera llevar a cabo de forma concreta y correcta la efectividad de las cláusulas exorbitantes en el Derecho Administrativo, al ser las disposiciones especiales que otorgan ciertos poderes y prerrogativas

²⁰ Bercaitz, M. (1980). "Teoría general de los contratos administrativos". Buenos Aires. p. 347

que exceden los derechos y facultades de las partes en una relación contractual común. Estas cláusulas confieren a la Administración Pública la capacidad de tomar medidas extraordinarias para proteger el interés público y garantizar la ejecución de los contratos administrativos.

El acto administrativo se convierte así en una institución exclusiva del derecho administrativo y es una de las herramientas más utilizadas de la administración, con la cual la administración toma sus decisiones a través de la tercerización.

Declaración

La Enciclopedia Española define una declaración como "Expresión que hace persona de palabra o por escrito ante un juez o tribunal" (Tomás, 2005). Esta forma de expresión, la exteriorización de la voluntad administrativa. Según los diferentes contenidos de Roberto Dromi, se enumeran tres, por ejemplo; "Decidir. - el deseo o afán del ejecutivo, si se pretende alcanzar un fin. Por ejemplo, un orden, permiso, autorización o sanción; reconocimiento"²¹.

Demostrar conocimiento de los hechos pertinentes a la Ley, art. por ejemplo, la certificación, inscripción de nacimientos, defunciones y registros públicos, que finaliza desde opinión, cuando una persona evalúa y juzga un estado, situación, acción o hecho; por ejemplo, certificados de aptitud física, carácter o higiene." (Dromi, 2001).

En Derecho, el concepto de declaración se refiere a la manifestación de voluntad o conocimiento que realiza una persona con el fin de producir efectos jurídicos. En general, una declaración es la expresión verbal, escrita o de otra índole que tiene la intención de comunicar una determinada situación, intención o conocimiento a otras personas.

Las declaraciones pueden ser de diferentes tipos y cumplir diversas funciones en el ámbito jurídico. Algunos ejemplos comunes incluyen:

Declaraciones de voluntad

Aquellas en las que una persona expresa su consentimiento o su voluntad de realizar un determinado acto jurídico, como la celebración de un contrato, la aceptación de una herencia o la renuncia a un derecho.

Declaraciones informativas

Tienen como propósito transmitir información sobre hechos o circunstancias relevantes para un asunto jurídico, como una declaración de testigo en un juicio.

Declaraciones judiciales

Son las manifestaciones realizadas por un juez o tribunal en el marco de un proceso judicial, mediante las cuales se expresa una decisión, una interpretación legal o una resolución sobre un conflicto o controversia (Enciclopedia Jurídica, 2020).

Declaración de lesividad de conducta dudosa

La Administración del Estado podrá reconocer la reclamación a favor del interesado como revocable de conformidad con el artículo 63 de esta ley, para posteriormente objetar la competencia de la causa administrativa. De acuerdo con el artículo 84 de esta ley, las declaraciones de perjuicio no podrán ser admitidas transcurridos cuatro años desde la expedición del acto administrativo, y requerirán consulta previa con las personas que aparezcan interesadas en la declaración.

²¹ Dromi, J. (1992). "Derecho Administrativo". Tomo I. Buenos Aires. Astrea. p. 312

A los seis meses de iniciado el procedimiento, si no hay notificación de peligro, se dará por concluido el procedimiento. Si la acción es iniciada por una dirección nacional o una comunidad autónoma, el escrito de demanda será aceptado por el órgano de cada autoridad competente encargada del caso. Si la actividad la realiza una empresa que forma parte de una administración local, la declaración de peligrosidad se adoptará por la junta general de la empresa o, en su defecto, por la sociedad matriz de la empresa.

Cuando el gobierno planea declarar la fermentación en nuestra nacionalidad, los requisitos deben usarse para alcanzar el propósito que se necesita. Los operadores legales, como abogados y abogados, después de la toma de decisiones que han acusado al estado del controvertido Sarán, debido a la importancia de la decisión, el procedimiento llevó a cabo el procedimiento en menos de 6 meses para encontrar sus resultados.

Con lo antes mencionado es pertinente asegurar que la dogmática del derecho administrativo tiene sus cimientos plantados alrededor de lo que es la institución del acto administrativo, y para ellos necesariamente tendremos que delimitar el régimen jurídico del acto administrativo, recordando que la sola positivización de norma relacionado no constituye la implantación de un régimen jurídico, es necesario tener complementariedad a esta en el sentido de que debe poder sistematizarse y ser unitaria para determinado ejercicio, lo que se conoce como materia, y que autores como Sierra, 2003 conocían como "las reglas del juego" pues se deduce que los actos administrativos están inherentes a la aplicación de criterios primarios y seguros, el procedimiento, que dan legitimidad y eficacia a su propio existir.

MATERIALES Y MÉTODOS

Se desarrolla una investigación cualitativa de corte longitudinal, con diseño reflexivo, sistemático que involucra técnicas deductivas- analíticas de carácter socio-jurídico, por ende, se realiza una recopilación de normas, hechos y textos en donde se exponen las características de la regulación contractual administrativa, siendo que se exponen factores sociales, políticos, culturales, económicos y ambientales enmarcados en el marco de la sociedad (Baquero, 2015).

Por ende, con lo mencionado se desarrolla un estudio que involucra normas jurídicas de carácter reflexivo siendo un análisis progresivo de los fundamentos y lineamientos que enmarcan el contrato administrativo, formando un antecedente para establecer las características de lo que involucra sus alcances, falencias, dimensiones y limitaciones en el marco legal, tomando en cuenta el análisis normativo, en donde comienza por el estudio de la normativa jurídica que regula los contratos administrativos, tanto a nivel nacional como internacional. Se examinan las leyes, reglamentos y directrices que establecen los principios y procedimientos aplicables a este tipo de contratos.

El Gobierno ecuatoriano, cuenta con una metodología y plataforma informática para seguimiento, denominadas "Gobierno por Resultados", sin embargo, estas se refieren al sistema de alineación entre los ejes y objetivos gubernamentales con los planes estratégicos y operativos de las instituciones dependientes del Ejecutivo. Esta metodología no incluye la planificación, ejecución o control de las adquisiciones públicas, y en sentido inverso. Por esta razón, el concepto de Gestión para Resultados debe implementarse en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador debido a que prioriza el cumplimiento de los objetivos gubernamentales en beneficio de la sociedad (Escudero, 2020).

RESULTADOS

El contrato administrativo se puede considerar como parte de la ciencia jurídica, dentro del derecho público, mas no puede definirse únicamente desde sus sujetos o su finalidad, ya que su

objeto de estudio va más allá de estas cuestiones y se acerca más a la subjetividad, que, a la objetividad de analizarlos únicamente dentro de su producción normativa.

Por otro lado, el derecho administrativo está en una prematura formación, o mejor dicho evolución de teorías y fundamentos, ya que a partir de la reinención clásica del derecho mismo no se ha podido justificar enteramente su existencia independiente, ya que en el pasado se lo asociaba más o bien a expresiones de derecho privado, o a reduccionismos de únicamente emanar de la función ejecutiva.

El derecho administrativo nunca debe simplificarse, al servicio público, o a la administración pública, ya que estas son unas de las muchas partes que integran a manera de instituciones tanto de carácter objetivo como subjetivo. Será más adecuado referirse a la actividad administrativa emanada de los poderes del Estado, poderes principados y normados por la Constitución, como la más cercana al objeto del derecho administrativo como tal; ya que el ejercicio de la función administrativa en el sentido de su sujetos su finalidad y su objeto siempre estará ligada a las atribuciones que la norma le brinda; esto lo podemos observar en situaciones jurídicas como los actos administrativos, el servicio público, los contratos administrativos, los procedimientos administrativos, los reglamentos administrativos y el proceso administrativo.

Por otro lado, la importancia de la justificación del poder exorbitante, en donde de forma directa existe un consenso en que las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo están justificadas por la necesidad de proteger el interés público y garantizar la ejecución de los contratos en situaciones donde la Administración Pública se encuentra en una posición de desigualdad o asimetría de poder con respecto a los contratistas privados.

De la misma manera, el equilibrio y proporcionalidad, que se reconoce la importancia de establecer límites y criterios claros para el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, a fin de evitar abusos por parte de la Administración y garantizar el equilibrio y la proporcionalidad en la relación contractual, trabajando de la mano con la protección de derechos fundamentales destacando la necesidad de asegurar que las cláusulas exorbitantes no vulneren los derechos fundamentales de los contratistas privados, como el derecho a la defensa, el debido proceso y la propiedad.

Finalmente, la importancia del control jurisdiccional, en cuanto al ejercicio de las cláusulas exorbitantes, a través de mecanismos de revisión judicial que garanticen el respeto de los principios de legalidad y justicia. Estas recomendaciones son generales y pueden variar dependiendo del enfoque y los hallazgos específicos de cada investigación. Es importante tener en cuenta que el tema de las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo es amplio.

CONCLUSIONES Y DISCUSIONES

La contratación pública en el Ecuador mantiene grietas en su estructura, las normas legales que promueven principios insoslayables y el uso de plataformas informáticas no han demostrado eficacia en las instancias precontractuales, contractuales y de ejecución, el manejo arbitrario de estos procesos excede en toda medida el sentido del uso de la prerrogativa estatal con finalidad esencialmente pública.

Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo lo elevan a una categoría especial, en la que se vuelve incuestionable la voluntad de las administraciones públicas dentro del acuerdo contractual, extinguiéndose de esta forma el principio de igualdad, que tutela derechos y obligaciones de las partes.

Algunas administraciones públicas han abusado de los regímenes especiales de contratación directa o sin licitación en situaciones de emergencia, lo cual abona considerablemente para


contratar en forma direccionada, restando transparencia, calidad y oportunidades; un efecto del exceso de discrecionalidad de las autoridades contratantes.

La confidencialidad en el contrato público es otro alarde de la discrecionalidad administrativa estatal en el Ecuador, la misma ley del sistema nacional de contratación pública lo permite, bajo condiciones de reserva en las contrataciones de régimen especial o tratándose de operaciones contractuales relacionadas con seguridad externa o de carácter estratégico, volviéndose más complejo el control de legalidad de la adjudicación.

El régimen exorbitante de las cláusulas en el contrato público es desproporcionada en cuanto a la facultad de las partes para asegurar sus derechos, la institución contratante en función de la autotutela administrativa y ejecutiva puede resolver por la vía de la imposición lo que más convenga a sus intereses, incluso la terminación unilateral del contrato; mientras que el contratista, debe acudir a sede judicial para hacer valer sus derechos por la vía de la impugnación.

REFERENCIAS

- Barra, R. (2008). "La sustantividad del contrato administrativo". ED, ps.182-1029
- Bercaitz, M. (1980). "Teoría general de los contratos administrativos". Buenos Aires. p. 347
- Canasi, J. (1974). "Derecho Administrativo". Buenos Aires. Depalma. Tomo II, p. 441.
- Cassagne, J. (1999). "El Contrato Administrativo". Buenos Aires. Abelardo-Perrot. p. 13
- Costa, M. (2019). "Comentarios al Código Orgánico Administrativo". Primera Edición. Madrid, Dykinson
- Dromi, J. (1992). "Derecho Administrativo". Tomo I. Buenos Aires. Astrea. p. 312
- Dussàn, J. (2005). "Elementos del Contrato Estatal". Bogotá, D.C.
- Enciclopedia Jurídica. (Julio de 2020). Conceptualización de Declaración. Quito, Ecuador.
- Escola, J. (1977). "Tratado integral de los contratos administrativos". Buenos Aires. Depalma, Vol. I. p. 100
- Escudero, I. (2020). Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo. Universidad Andina Simón Bolívar, 125.
- Fernández, J. (2016). "El Contrato Administrativo". México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García de Enterría, E. (1963). "La Figura del Contrato Administrativo". Revista de Administración Pública No. 41. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. p. 42
- Gordillo, A. (2007). "La mutación del contrato administrativo". Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Buenos Aires, RAP. pp. 835-8
- Herrera, B. (2005). "Contratos Público", segunda reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, p. 271
- Loo, M. (2018). "Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 143
- Mairal, H. (2004). "La teoría del contrato administrativo a la luz de las recientes normativas". La Ley suplemento especial El Contrato Administrativo en la Actualidad.
- Mairal, H. (2007). "Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla". Buenos Aires, RAP, p. 83
- Marienhoff, M. (1983). "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires. Tomo III-A, p.p. 46 y 78
- Moreno, J. & Pleite, F. (2008). "La Nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático". Madrid. La Ley Grupo Wolters Kluwer
- Oelckers O. (1979) "Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 3", p. 147
- Rodríguez-Arana J. (2008). "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 12, p. 795 y ss
- Zegarra, D. (1997). "Esquemas de Clase del Curso de Derecho Administrativo". Pontificia Universidad Católica del Perú. p.1

Todo el contenido de **LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades**, publicados en este sitio está disponibles bajo Licencia [Creative Commons](#) .