

## **CRITERIO JURÍDICO SOBRE APLICACIÓN DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN POR TERMINACIÓN UNILATERAL**

### **I. ANTECEDENTES.-**

**1.1.** Con Decreto Ejecutivo Nro. 819 de 12 de julio de 2023, el Presidente Constitucional de la República, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 1.- En el Decreto Ejecutivo No. 1063, publicado en el Registro Oficial N° 225 de 16 de junio del 2020, incorpórese una Disposición Transitoria Sexta con el siguiente texto:*

*“SEXTA.- El Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en un plazo máximo de 30 días, transferirá al Ministerio de Educación los expedientes de cinco (5) procesos de contratación de obras del proyecto denominado ‘Culminación y Construcción de Infraestructura Educativa – Fase I’, correspondientes a las siguientes instituciones educativas: (i) Naranjito; (ii) Las Acacias (Ximena-Francisco de Orellana); (iii) Campozano; (iv) INIAP; y, (v) Réplica Central Técnico, a fin de efectuar su ejecución directa por parte del Ministerio de Educación.”*

**1.2.** Con Memorando Nro. **MINEDUC-SAE-2023-02007-M** de 12 de junio de 2023, el Subsecretario de Administración Escolar consultó al Director Nacional de Compras Públicas Encargado lo siguiente: “[...] Con la finalidad de dar cumplimiento a lo determinado en el Decreto Ejecutivo No. 819 de 12 de julio de 2023 [...] en base a la necesidad institucional existente de realizar el procedimiento de contratación pertinente para atender el pedido realizado por la Contraloría General del Estado, los informes pertinentes existentes que permitan reanudar a la brevedad posible con la construcción de la Infraestructura Escolar de la UEM, y evitar el deterioro de lo ya realizado, se requiere de su asistencia y directrices con la finalidad de que se recomiende el procedimiento a seguir en base a lo dispuesto en el marco legal vigente. [...]”.

**1.3.** Mediante **Memorando Nro. MINEDUC-DNCP-2023-00769-M** de 14 de junio de 2023, el Director Nacional de Compras Públicas Encargado informó al Subsecretario de Administración Escolar lo siguiente “[...] Al ser procesos publicados por una entidad contratante diferente al Ministerio de Educación, el Portal de Compras Públicas no permite la publicación de un proceso que tiene como antecedente haber sido terminado de manera unilateral, lo cual impide la aplicación del literal b) del artículo 166 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es preciso señalar que revisado el **Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE)** la herramienta no presenta la opción denominada **“Manifestación de interés”**, en tal sentido, es imposible dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 166 literal b) del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [...]”.

**1.4.** Con **Memorando Nro. MINEDUC-SAE-2023-02045-M** de 17 de julio de 2023, el Subsecretario de Administración Escolar solicitó al Coordinador General de Asesoría Jurídica y a la Directora Nacional de Convenios Contratos y Asesoría Inmobiliaria criterio jurídico sobre “[...] la procedencia y directriz para aplicar lo establecido en el artículo 166 literal b) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública, teniendo como antecedente, la terminación unilateral de los contratos, realizados bajo el procedimiento de régimen común. Una

vez que se ha recibido la respuesta por la Dirección Nacional de Compras Públicas mediante memorando No. MINEDUC-DNCP-2023-00769-M de 14 de julio de 2023, con la finalidad de aplicar correctamente de manera adecuada el procedimiento de contratación para la publicación de los procedimientos de contratación que se requiere gestionar ante el organismo rector de compras públicas la consulta pertinente a fin de obtener las directrices necesarias para los procedimientos que se pretende realizar desde la Subsecretaría de Administración Escolar para realizar la culminación de la construcción de las obras de infraestructura educativa antes indicadas. [...]”.

## **II. BASE LEGAL.-**

### **2.1.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:**

*“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular **la educación**, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. [...]” (Énfasis añadido)*

*“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. (Énfasis añadido)*

*“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*

*“Art. 288.- 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.”*

### **2.2.- LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN INTERCULTURAL:**

*“Art. 5.- La educación como obligación del Estado.- El Estado tiene la obligación ineludible e inexcusable de garantizar el derecho a la educación de todos los habitantes del territorio ecuatoriano y de los ecuatorianos en el exterior y el acceso universal a lo largo de su vida, para lo cual **generará las condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y culminar los servicios educativos**. El Estado ejerce la rectoría sobre el Sistema Educativo a través de la Autoridad Educativa Nacional de conformidad con la Constitución de la República y la Ley, y garantizará una educación pública de calidad, gratuita y laica.*

*La educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener cuatro características interrelacionadas: disponibilidad, aceptabilidad, asequibilidad y accesibilidad.”*

***“Art. 6.- Obligaciones.- La principal obligación del Estado es el cumplimiento pleno, permanente y progresivo de los derechos y garantías constitucionales en materia educativa, y de los principios y fines establecidos en esta Ley.***

*El Estado tiene las siguientes obligaciones adicionales: [...]*

***e. Asegurar el mejoramiento continuo de la calidad de la educación; [...]*** (Énfasis añadido)

***“Art. 7.- Derechos.- Las y los estudiantes tienen los siguientes derechos: [...]***

***m. Disponer, sin discriminación de facilidades, espacios e infraestructura de calidad, que le permitan la práctica de actividades deportivas, sociales, culturales, científicas en representación de su centro de estudios, de su comunidad, su provincia o del país a nivel competitivo; [...]*** (Énfasis añadido)

## **2.3.- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:**

***“Art. 2.- Régimen especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: [...]***

***8.- Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.***

*También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias; y, los que realicen las empresas de economía mixta en las que el Estado o sus instituciones hayan delegado la administración o gestión al socio del sector privado.*

*El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública; y, [...]* (Énfasis añadido)

***“Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al Art. 95 contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y***

*del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.*

*Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.*

*Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.*

*Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.*

*La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.*

*La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.*

***Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley". (Énfasis añadido)***

## **2.4.- REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:**

*“Art. 166.- Procedimiento.- Una vez terminado anticipada y unilateralmente el contrato, la máxima autoridad o su delegado, observará lo siguiente:*

*a) En el caso de terminación unilateral de contratos u órdenes de compra originados en procedimientos de contratación dinámicos, ínfima cuantía o régimen especial se aplicará el mismo procedimiento, con el que se generó la contratación.*

*b) En el caso de terminación unilateral de contratos originados en procedimientos de régimen común, el procedimiento será el siguiente:*

*La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá la resolución de inicio del procedimiento de contratación por terminación unilateral, aprobará el pliego correspondiente y dispondrá su publicación en el Portal COMPRASPÚBLICAS, a fin de que los proveedores interesados, manifiesten su interés y presenten su oferta.*

*En el pliego se dará a conocer las condiciones de ejecución del contrato, el porcentaje pendiente de ejecución y el presupuesto referencial de la contratación.*

*En el término mínimo de (5) días y máximo de diez (10) días desde que se publicó la resolución de inicio, los proveedores interesados en participar, manifiesten su aceptación y presenten sus ofertas, de conformidad con lo establecido en el pliego, en la que constará la información relacionada a la ejecución del contrato, es decir el detalle de personal, equipos, infraestructura, entre otros, según sea el caso, que sean necesarios para el correcto cumplimiento del objeto contractual, incluyendo su cronograma de ejecución.*

*La máxima autoridad o su delegado, conformará una comisión técnica o designará un servidor, según sea el caso, que se encargarán de la calificación de las ofertas.*

*La máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato, mediante resolución debidamente motivada, al oferente que presente la oferta de mejor costo de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la misma que deberá ser notificada a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, o en su defecto declarará desierto el procedimiento.*

*En caso de que se declare desierto el procedimiento, se deberá observar el procedimiento de régimen común establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que corresponda, de conformidad con el presupuesto referencial.”*

**“DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA.-** *En el plazo máximo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la normativa secundaria, el Servicio Nacional de Contratación Pública actualizará las herramientas electrónicas del portal, que permitan cumplir las disposiciones previstas en este Reglamento General.*



*Hasta tanto, las entidades contratantes tendrán la obligación de continuar utilizando el Portal COMPRAS PÚBLICAS, hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública readecúe y actualice la herramienta a la normativa prevista en el presente Reglamento”.*

## **2.5.- DECRETO EJECUTIVO NRO. 819 DE 12 DE JULIO DE 2023:**

*“Artículo 1.- En el Decreto Ejecutivo No. 1063, publicado en el Registro Oficial N° 225 de 16 de junio del 2020, incorpórese una Disposición Transitoria Sexta con el siguiente texto:*

*“SEXTA.- El Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en un plazo máximo de 30 días, transferirá al Ministerio de Educación los expedientes de cinco (5) procesos de contratación de obras del proyecto denominado ‘Culminación y Construcción de Infraestructura Educativa – Fase I’, correspondientes a las siguientes instituciones educativas: (i) Naranjito; (ii) Las Acacias (Ximena-Francisco de Orellana); (iii) Campozano; (iv) INIAP; y, (v) Réplica Central Técnico, a fin de efectuar su ejecución directa por parte del Ministerio de Educación.”*

### **III. ANÁLISIS.-**

De conformidad a la normativa constitucional vigente señalada, el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en la existencia de normas jurídicas previas, claras y aplicadas por las autoridades competentes; en este sentido, en derecho público todo aquello que no esté permitido expresamente se considera prohibido, por tanto, **procede únicamente lo que está escrito, por lo que no caben interpretaciones extensivas ni análogas sobre el alcance de la Ley.**

Sobre su consulta se ha de tomar en cuenta que, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha previsto en su **artículo 166, literal b)** que en casos de terminación unilateral de contratos originados bajo régimen de procedimiento común, la **entidad contratante deberá promover un proceso de “manifestación de interés”**, a fin de que sean convocados distintos oferentes que pudieran participar en el proceso, debiendo ser este un proceso simplificado pero que busca cumplir con todos los principios de la contratación y obtener la mayor participación posible.

No obstante lo antes expuesto, la Dirección Nacional de Compras Públicas como estamento institucional encargado del manejo del portal de COMPRASPÚBLICAS en esta Cartera de Estado, señaló “[...] *Al ser procesos publicados por una entidad contratante diferente al Ministerio de Educación, el Portal de Compras Públicas no permite la publicación de un proceso que tiene como antecedente haber sido terminado de manera unilateral, lo cual impide la aplicación del literal b) del artículo 166 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es preciso señalar que revisado el Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE) la herramienta no presenta la opción denominada “Manifestación de interés”, en tal sentido, es imposible dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 166 literal b) del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [...]*”, por lo que podría entenderse que el sistema oficial de compras públicas (SOCE) **no se encuentra actualizado**

**para la operativización de dicho proceso.** Sin embargo, indistintamente de la inhabilitación del sistema, se ha de tomar en cuenta, que eso no exime del cumplimiento de la normativa de contratación vigente a la presente fecha, esto es el proceso de contratación contemplado en el art. 166 b) del RGLOSNC.

Adicionalmente, se debe indicar que conforme el Decreto Nro. 819 expedido con fecha 12 de julio de 2023, el Presidente Constitucional de la República dispuso que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas traspase los expedientes de cinco (5) procesos de contratación de obras al Ministerio de Educación, a fin de que desde esta Cartera se realice las gestiones correspondientes para su culminación.

En este sentido, conforme lo determinado en la Disposición Transitoria del RGLOSNC, el ente rector de la contratación (SERCOP) tiene la obligación desde el 20 de junio de 2022 de “[...] *En el plazo máximo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la normativa secundaria, el Servicio Nacional de Contratación Pública actualizará las herramientas electrónicas del portal, que permitan cumplir las disposiciones previstas en este Reglamento General. Hasta tanto, las entidades contratantes tendrán la obligación de continuar utilizando el Portal COMPRAS PÚBLICAS, hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública readecúe y actualice la herramienta a la normativa prevista en el presente Reglamento [...]*”, razón por la cual al MINEDUC como entidad contratante le corresponde utilizar la herramienta con las opciones que al momento dispone; sin embargo y desde el punto de vista estrictamente operativo, se considera necesario realizar una CONSULTA al ente rector de la contratación con el fin de **que indique la adecuada operativización para el proceso contemplado en el artículo 166 literal b) del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.**

#### **IV. CONCLUSIONES.-**

1. Existe el Decreto Ejecutivo Nro. 819 de fecha 12 de julio de 2023, por intermedio del cual desde el máximo representante de la Función Ejecutiva se dispone al MINEDUC culminar las obras traspasadas por el MTOP por así responder a los intereses gubernamentales.
2. El artículo 166 b) del RGLOSNC prevé un procedimiento especial para la contratación por terminación unilateral en procesos de régimen común, debiendo aplicarse este mediante expresiones de interés.
3. Conforme lo indicado por la DNCP, al momento la herramienta de COMPRASPÚBLICAS no se encuentra actualizada para el proceso previsto en el artículo 166 b) del RGLOSNC.

#### **V. PRONUNCIAMIENTO.-**

Sobre la base de la información entregada en el **Memorando Nro. MINEDUC-SAE-2023-02045-M**, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica y la Dirección Nacional de Convenio,

Contratos y Asesoría Inmobiliaria consideran que para los casos de terminación unilateral de contratos originados bajo régimen de procedimiento común, se tendrá que observar el procedimiento previsto en el **literal b) del artículo 166 del RGLOSNC**; mientras que frente al problema referido por la Dirección Nacional de Compras Públicas por la falta de actualización de la herramienta de COMPRASPÚBLICAS, se debe consultar al Servicio Nacional de Compras Públicas (SERCOP) a fin de que proporcione los lineamientos operativos respecto al mecanismo bajo el cual debe desarrollarse dicho procedimiento.

En tal sentido, se sugiere realizar la siguiente consulta:

1. En los casos en los que se declara la terminación unilateral de un contrato que fue realizado bajo uno de los procedimientos de régimen común y se aplique el **artículo 166 literal b del Reglamento a la LOSNC**; ¿cómo se puede operativizar el referido proceso a través del portal COMPRASPÚBLICAS?

El pronunciamiento de carácter jurídico se emite para absolver una consulta formal con el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio para la formación de la voluntad administrativa, constituyéndose en un asesoramiento de carácter consultivo-deliberativo sobre la correcta aplicación de la normativa vigente respecto del asunto consultado, por lo que no tendrá carácter vinculante puesto que únicamente los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado lo son.

Los pronunciamientos jurídicos se emiten para casos concretos, responden las interrogantes planteadas, y salvo autorización de quién los emite, podrán ser divulgados y/o utilizados para casos análogos. En este sentido, esta Coordinación y Dirección no se pronuncia acerca de aspectos técnicos o financieros de ninguna clase, por no ser de su responsabilidad ni competencia, así como no constituye en todo o en parte autorización de ninguna naturaleza, se circunscribe a la documentación antes singularizada y a la información entregada por el solicitante.

Además, se recuerda que la formulación de consultas no exime al consultante del cumplimiento de sus obligaciones legales.

<b>Elaborado por:</b>	José Julián Alemán Coello Analista de la Dirección Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria 1	
<b>Revisado por:</b>	Sofía Daniela Andrade Guerrero Directora Nacional de Convenios, Contratos y Asesoría Inmobiliaria	
<b>Aprobado por:</b>	Edgar Roberto Acosta Andrade Coordinador General de Asesoría Jurídica	