

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**La potestad sancionadora del SERCOP a las entidades
contratantes, por la omisión en el registro de incumplimientos**

Autora: María José Rosero Marcillo

Tutora: Eddy de la Guerra

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, María José Rocero Marcillo, autora de la tesis intitulada “*Efectos Jurídicos a Causa de la Omisión en el Registro de Incumplimientos y Posibles Sanciones Aplicadas por el Ente Rector*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 28 de Agosto del 2017

.....
Ab. María José Rosero M.

Resumen

La Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública, está próxima a cumplir diez años de vigencia, tiempo que permite analizar la dinámica administrativa respecto a varias obligaciones que tienen las entidades contratantes en virtud de la mencionada Ley, su Reglamento General y resoluciones del órgano rector. Es así, que una de las obligaciones más comunes que suelen tener las entidades de la administración pública central, institucional y seccional, es la de notificar al Servicio Nacional de Contratación Pública aquellos contratistas y/o adjudicatarios, que no hayan cumplido con sus obligaciones jurídicas (ya sea contractuales o legales) adquiriendo así la calidad de “incumplido” y “fallido” respectivamente, en virtud de la facultad sancionadora de la propia administración, otorgada por la LOSNCP.

Sin embargo, en los años de vigencia de la LOSNCP, ha quedado expuesto una quehacer común de las administraciones públicas que denotan el incumplimiento de la mencionada obligación, y es que, precisamente, las entidades contratantes no informan oportunamente a las personas naturales o jurídicas a quienes se les ha sancionado con la calidad de fallido, causando que las mismas continúen siendo proveedores del Estado ecuatoriano, por estar habilitados en el Registro Único de Proveedores.

Es así, que el presente trabajo investigativo, analiza la potestad normativa y sancionadora del Servicio Nacional de Contratación Pública, para determinar si es posible que se sancione a las entidades públicas por su retraso en la remisión de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos a dicha Entidad.

Igualmente, el presente trabajo investigativo aborda posibles soluciones que permitan disminuir el incumplimiento de las entidades contratantes en la notificación oportuna de adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos, y así evitar que los distintos proveedores que hayan sido sancionados no eludan los efectos de dicha sanción.

Finalmente, la conclusión de la investigación denota la incapacidad legal que tiene el Servicio Nacional de Contratación Pública para sancionar a otras entidades contratantes, considerando el principio de reserva legal que debe existir para esta clase de actuaciones, así como la improcedencia constitucional de sanciones que impidan que las entidades públicas ejecuten su presupuesto asignado, con el fin de cumplir con sus atribuciones y obligaciones legales.

Agradecimiento

A Dios porque gracias a él todo es posible.

Dedicatoria

A mi padre, quien a lo largo de mi vida
ha sido un apoyo incondicional,
permitiendo mi superación en el campo profesional
a través de una excelente preparación académica.

Tabla de Contenido

Introducción	7
Capítulo Primero.....	8
Las potestades de la administración pública.....	8
1.1 Estado y administración pública	9
1.2 Función legislativa	11
1.3 Función ejecutiva	13
1.4 El principio de legalidad	18
1.5 Organismos de la administración pública	26
Capítulo Segundo.....	47
Potestad Normativa y Sancionadora del SERCOP	47
2.1. Potestad Normativa del SERCOP	47
Capítulo Tercero	69
Análisis de Aplicación del artículo 43, de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016y su reforma	69
3.1. Efectos de las sanciones de contratista incumplido y de adjudicatario fallido.....	69
3.2. Notificación de la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato o la Declaratoria de Adjudicatario Fallido, al SERCOP.....	71
3.3 Caso práctico de análisis	87
Capítulo IV	98
Conclusiones y Recomendaciones.....	98
Bibliografía	102

Introducción

La práctica administrativa en los últimos nueve años, desde que se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha evidenciado que no existe un mecanismo de coacción que tienda a que las entidades contratantes informen al SERCOP oportunamente respecto a los contratistas declarados como incumplidos o adjudicatarios fallidos. Esto, no solo causa graves perjuicios al Estado, por mantenerse proveedores que quizás no tienen la capacidad técnica, legal o administrativa para cumplir con sus obligaciones contraídas, sino que también, permite el incumplimiento tajante de una disposición legal, como lo es la inhabilitación temporal (3 o 5 años) en el Registro Único de Proveedores.

Es necesario que exista una reforma normativa que genere un mecanismo de coacción a las entidades públicas para que cumplan oportunamente con su obligación de informar al SERCOP de los contratistas incumplidos o de los adjudicatarios fallidos inmediatamente después de haberse emitido el respectivo Acto Administrativo, o en su defecto, es necesario identificar mecanismos de coacción ya vigentes en nuestra normativa, que pueda ser invocado por órganos auditores para exigir el cumplimiento oportuno de estas obligaciones.

Capítulo Primero

Las potestades de la administración pública

En virtud que la tesis planteada para el presente trabajo investigativo, propone la posibilidad de que el Servicio Nacional de Contratación Pública sancione a las entidades públicas por su omisión en el envío oportuno de información, es necesario realizar previamente un análisis jurídico respecto a las potestades sancionadoras que tiene la Administración Pública, y si esta puede ser derivada también para que se sancione a otras entidades de derecho público.

Es así que para Dromi, el término potestad “deriva del latín *potestas*, *potestatis*, cuya raíz es *pot* y significa poder, potestad, poderío, potencia, facultad soberanía”¹. Para este autor, las potestades no existen, sino que lo único que existe es el poder, poder del orden estatal y en cuanto a la potestad administrativa, considera que son atributos para que la administración cumpla sus funciones.

Si consideramos que las potestades derivan del poder, es evidente que la administración ejerce sus funciones de una manera activa según el ámbito de su competencia buscando el bienestar de los ciudadanos en representación del Estado.

Mientras que para Patricio Secaira “la potestad es el poder público que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación, es la fuerza moral que, nacida de la soberanía permite gobernar a la nación”² Es propia del Estado como soberano, como único titular del poder público para hacer que se cumpla sus propósitos y objetivos que facilitarán el bien social, es siempre unilateral exteriorizado a través de la Constitución y las leyes.

Por su parte, el artículo 226 de la Constitución de la República señala:

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 Constitución³.

¹ José Roberto Dromi, “Manual de derecho administrativo”, (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987), 60.

² Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 122.

³ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 226.

Es así que los órganos que componen el sector público actúan en virtud de una potestad estatal que les ha sido atribuida por la Constitución o la ley, a fin de cumplir con sus funciones.

1.1 Estado y administración pública

Para Cabanellas, Estado es el “conjunto de los poderes públicos; acepción en que se asimila con gobierno, del cual se diferencia en cuanto éste constituye la encarnación personal de aquél, su órgano ejecutivo”⁴, es decir, el Estado surge como una organización de la sociedad en un territorio, sujeto a un poder de mando.

Un criterio más especializado de Patricio Secaira señala, que “el Estado es el triunfo del derecho colectivo frente al despotismo monárquico y a la descomposición anárquica. En el Estado se impone la voluntad general manifestada en la Constitución y en las leyes, convirtiéndose el derecho en una forma de poder casi impersonal”⁵, de esta manera se evidencia la voluntad del pueblo expresada a través de la norma y de sus relaciones mutuas con el poder público.

Mientras que desde el punto de vista de Borja y Borja, “lo común a todos los actos que comprende la actividad del Estado, es aplicar el derecho. Los especifica ser a la vez creadores y ejecutores de derecho, o sólo ejecutores: su género se divide en la especie de los actos creadores y en la de los actos ejecutivos. La actividad del Estado supone interpretación, ya que interpretar una norma es desenvolver su contenido”⁶, la actividad del Estado se encuentra sometida a reglas que regulan su comportamiento, cuyo objetivo es el bien común para lograr las mejores condiciones de vida del ser humano.

Históricamente García de Enterría y Tomás Ramón Fernández señalan que, “a partir de la Revolución Francesa, momento en el que nace el derecho administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la administración pública se identifica con el poder ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes”⁷, es decir, desde la antigüedad ya se aplicaba la división de poderes y la persona que dirigirá cada uno en función de las facultades y atribuciones conferidas a través de la norma, además el autor

⁴ Guillermo Cabanellas de Torres, “Diccionario jurídico elemental”, (Buenos Aires: Heliasta, 2003), 153.

⁵ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo” (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 32.

⁶ Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del derecho administrativo” (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 23.

⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo” *Tomo I*, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 4.

considera al “Estado como una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar”⁸, ésta función de administrar se plasmaría en la ley que de acuerdo a su naturaleza sea aplicable para su gestión.

La administración pública para Patricio Secaira “es ejercida por el Estado, sea a través de sus órganos e instituciones, dentro de un marco jurídico previamente estructurado, teniendo a su disposición el dominio de sus bienes, brindando servicios públicos”⁹, es así que el Estado a través de sus órganos e instituciones provee a los ciudadanos servicios públicos que satisfacen las necesidades públicas con calidad.

En cuanto al servicio público Dromi dice que “para una parte de la doctrina servicio es una organización de medios; para otra parte, una actividad o función estatal. En cuanto al término “público”, las tendencias doctrinales se dividen de acuerdo con la condición del sujeto titular (personas públicas); el fin del servicio (público); el régimen jurídico al que se somete (derecho público); y los destinos o usuarios (el público)”¹⁰, englobando todo lo público que busca el bien común, dentro de las funciones administrativas.

La Constitución de la República del Ecuador, concibe a la Administración Pública como “(...) un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”¹¹.

Partiendo desde la doctrina clásica la división de poderes se presenta, no como una solución a las decisiones de los gobiernos, sino como una garantía para la realización de los valores del Estado; esto es la libertad del hombre frente al abuso de los gobernantes, según Montesquieu “le pouvoir arrete le puvoir”, siendo importante que el poder controlase al poder.¹² Sin embargo, a lo largo de la historia y más en la actualidad, se ha venido evidenciando la división de poderes como una asignación de tareas similares que conlleven a un control total por parte del gobierno de turno.

⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo” *Tomo I*, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 4.

⁹ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo” (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 32.

¹⁰ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1998), 619.

¹¹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008)

¹² Humberto Quiroga, “Sobre la teoría de la representación popular y la división de los poderes de gobierno”, 85.

Es así que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, en la antigüedad apuntaban a un solo objetivo, el establecimiento (statuer)¹³ más no de impedir (d'empecher)¹⁴ ocasionando una crisis y la expansión de las funciones ejecutivas con deterioro de las funciones legislativas y la judicial como última fortaleza del control total que se ha venido aplicando.

Por lo expuesto y ubicándonos en la realidad ecuatoriana, los poderes del Estado ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de control social, han sido creadas para potenciar al Estado en sus reales capacidades; es así que, el poder legislativo en la politología moderna su facultad es verificar la realidad del Estado burocrático moderno en cuyas manos está la tarea de confeccionar y de ejecutar las leyes.¹⁵

En el texto Constitucional establece las cinco funciones o poderes del Estado saliendo de la lógica tradicional propuesta por Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, quien propuso que la división de estado será en tres funciones o poderes: Legislativo; Ejecutivo; y Judicial; en la Constitución de 2008 se estableció a parte de los 3 poderes tradicionales: el “Electoral” y el “de Control Social”.

En los últimos años se ha criticado, por la coyuntura política y el hiperpresidencialismo, la elevación de estas entidades a poderes o funciones del Estado, modificando así la estructura tradicional del Estado, sin que se haya cumplido con su objetivo de función y luego de nueve años de vigencia de la actual Constitución, una gran parte del foro académico coincide que la división tradicional es válida y que no es necesario crear más funciones. A continuación analizaré brevemente las siguientes funciones del Estado ecuatoriano.

1.2 Función legislativa

Para Rodrigo Borja, expresidente de la República, “la función legislativa formula y establece las normas generales y obligatorias de la convivencia social. Estas son, para los gobernados, el límite de su autonomía personal, puesto que ellos pueden hacer todo lo que no les está vedado por las leyes, y, para los gobernantes, la sustancia de su poder, dado que no les está permitido hacer algo para lo que no estén previamente autorizados por un pre-

¹³ Ibíd, 85.

¹⁴ Humberto Quiroga, “Sobre la teoría de la representación popular y la división de los poderes de gobierno”, 85

¹⁵ Ibíd, 86.

cepto jurídico”¹⁶, en este sentido formula y establece las normas generales del actuar de los gobernados y gobernantes.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa señala en el Art. 9.- Funciones y Atribuciones.- La Asamblea Nacional cumplirá las atribuciones previstas en la Constitución de la República, la Ley y las siguientes: “[...] 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio; [...]”¹⁷. De esta manera la Asamblea Nacional es el órgano encargado de expedir leyes y controlar el ejercicio de la administración pública a través de la fiscalización, en concordancia con el artículo 120 de la Constitución.

El artículo 132 de la Constitución establece “La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común”¹⁸, de igual manera el artículo 133 califica a las leyes en orgánicas y ordinarias; y, por último el artículo 134 indica “La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: “1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional”¹⁹, por lo expuesto es evidente que la Asamblea Nacional puede presentar proyectos de ley a parte de los señalados en los numerales del artículo 134 del mismo cuerpo legal.

De acuerdo al artículo 9 numeral 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la función y atribución de la Asamblea Nacional es “Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias”²⁰, a través del control a las funciones de los órganos públicos se logrará que cumplan con los principios de legalidad y eficiencia en beneficio de la colectividad.

Para Rafael Oyarte, la Asamblea Nacional “a través del ejercicio de su facultad fiscalizadora, la Legislatura controla a los órganos del poder público, no sólo gubernamentales, a nombre del pueblo, lo que se practica de dos formas: a través de una función política

¹⁶Rodrigo Borja, “Enciclopedia de la política”, Función legislativa, <<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=f&idind=699&termino>>

¹⁷ Ecuador, Asamblea Nacional. “Ley Orgánica de la Función Legislativa”, en Registro Oficial Suplemento 642, (Quito, 27 de julio, 2009).

¹⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

¹⁹Ibíd.

²⁰ Ecuador, Asamblea Nacional. “Ley Orgánica de la Función Legislativa”, en Registro Oficial Suplemento 642, (Quito, 27 de julio, 2009).

(juicio político) y por medio de una facultad de inspección (procedimiento documental)”²¹, siendo estos los dos procedimientos para “enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, en los casos previstos en el artículo 129 de la Constitución de la República del Ecuador”²²; y, para que los asambleístas puedan “requerir la información que consideren necesaria a las servidoras y servidores públicos, a través del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización o a través de las comisiones especializadas, (...)”²³, de acuerdo al Reglamento de Fiscalización y Control Político de la Comisión Legislativa.

Ejerciendo así el control y evaluación del actuar del gobierno y órganos públicos específicamente con la solicitud de documentación justificativa que esclarezca el motivo de la investigación, tal como lo afirma el artículo 75 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa “las y los asambleístas tienen la facultad de requerir información a las y los funcionarios detallados en los artículos 120 numeral 9, 225 y 131 de la Constitución de la República”²⁴.

Todo funcionario de cualquier institución del Estado es sujeto del procedimiento documental, sin aclararse si se puede solicitar directamente al funcionario como tal o a la máxima autoridad de la institución, de igual forma tampoco se especifica si existe alguna información que puede ser considerada como reservada.

1.3 Función ejecutiva

Para Ramiro Borja y Borja “entre los órganos del Estado hay uno, el jefe del Estado que se caracteriza por el papel de velar para que la organización del Estado y sus actividades, en su conjunto, guarden armonía con lo que aparece como exigencia de la justicia”²⁵, como representante de una unidad se perfila para velar y hacer cumplir el orden jurídico vigente.

El autor también considera “al jefe del Estado como el órgano superior de la administración; según las normas que dicen asignársela, aquél no es por sí solo órgano de la

²¹ Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional”, (Quito: Editorial CEP, 2014), 691.

²² Ecuador, Asamblea Nacional. “Reglamento de Fiscalización y Control Político, Comisión Legislativa”, en Registro Oficial 492, (Quito, 19 de diciembre, 2008), artículo 2.

²³ *Ibíd*, artículo 13.

²⁴ Ecuador, Asamblea Nacional. “Ley Orgánica de la Función Legislativa”, en Registro Oficial Suplemento 642, (Quito, 27 de julio, 2009).

²⁵ Ramiro Borja y Borja, “Teoría general del derecho administrativo”, (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 317.

administración, puesto que para los actos referentes a ella requiere de la cooperación de otros órganos, llamados comúnmente “ministros”²⁶, es necesaria una colaboración por parte de los máximos personeros de las instituciones públicas que coadyuven al buen funcionamiento del aparato administrativo regidos por el jefe de estado como órgano superior. En nuestro país el Vicepresidente de la República y los ministros de Estado son los funcionarios de más importancia dentro de la Función Ejecutiva a continuación del Presidente de la República, cada uno con sus funciones y atribuciones de acuerdo al cargo.

Según el artículo 141 de la Constitución, “La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública [...]”²⁷, por lo tanto el Poder Ejecutivo se concentra en el Presidente de la República quien será el jefe de Estado y jefe de Gobierno, teniendo a su cargo la administración y el gobierno.

Para Rafael Oyarte “existe un titular único de la Función Ejecutiva que, bajo el título de *Presidente de la República* (o del Estado o de la Nación), ejerce el papel dual de jefe de Estado y de jefe de Gobierno, es decir, representa a la nación en las relaciones internacionales y, además, dirige el gobierno”²⁸, es claro que como máximo representante de un gobierno el Presidente de la República tenga la representación internacionalmente del Estado.

En nuestro país el período presidencial es de “cuatro años en sus funciones y podrá postularse para ser reelecto”²⁹; y, al ser el único titular de la Función Ejecutiva tiene atribuciones y deberes consagrados en la Constitución³⁰ en cuanto a la administración y gobierno, que a continuación procedí a analizar.

1.3.1. Iniciativa legislativa

Para Salomón Villacrés la iniciativa legislativa es “la potestad que la Constitución de la República otorga a determinados órganos estatales y a la ciudadanía para que, en ejercicio de sus atribuciones y, siempre que se cumplan con los requisitos específicos que

²⁶Ramiro Borja y Borja, “Teoría general del derecho administrativo”, (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 319.

²⁷ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

²⁸ Rafael Oyarte, “Derecho Constitucional”, (Quito: Editorial CEP, 2014), 296.

²⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 144

³⁰ *Ibíd*, art. 147.

la misma Constitución y la Ley mandan, puedan presentar ante la Asamblea Nacional como órgano legislativo, proyectos de ley y que estos sean conocidos, revisados y tratados”³¹

Esta iniciativa está normada en la Ley Orgánica de la Función Legislativa artículo 54 mencionado anteriormente y en la Constitución de la República:

Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.
4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.
5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.
6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados³².

Como se había analizado previamente, la Asamblea Nacional tiene la facultad de legislar, pero el Presidente de la República en materia legislativa aparece como un colegislador al tener la facultad de “presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país”³³, “[...] podrá enviar a la Asamblea Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica [...]”³⁴, “[...]Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada [...]”³⁵, “Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes [...]”³⁶, “[...]Definir la política exterior [...]”³⁷; y, de reforma constitucional “[...]Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República

³¹Salomón Villacrés, “El proceso legislativo en el Ecuador”, (2012), <<http://derechosageo.blogspot.com/2012/10/el-proceso-legislativo-en-el-ecuador.html>>

³²Ecuador, Asamblea “Constituyente, Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 134

³³ Ibíd, art. 135.

³⁴ Ibíd, art. 140.

³⁵Ecuador, Asamblea “Constituyente, Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 137.

³⁶ Ibíd, art. 147, numeral 11.

³⁷ Ibíd, art. 147, numeral 10.

[...]»³⁸. En los sistemas presidenciales es común este fenómeno contrario a los sistemas parlamentarios, en Ecuador, por ejemplo, el Presidente tiene iniciativa legislativa, además de la exclusividad para presentar proyectos de ley en cuanto a impuestos, el gasto público y la división político administrativa del país, además de calificar de urgentes a los proyectos de ley en materia económica.

En cuanto a la objeción y sanción del proyecto, el Presidente de la República tiene 30 días en caso de sancionarlo se procederá a la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial. Si es la objeción total, se procede con el archivo y se la puede retomar luego de un año, si es parcial, el veto entonces el Presidente procederá a remitir un texto alternativo, lo que ocasiona que la Asamblea se someta a esa discusión exclusivamente, evidenciándose de esta manera la iniciativa del proceso de formación de leyes por parte del Presidente de la República.

1.3.2. Potestad reglamentaria

En concordancia con los numerales 5 y 13 del artículo 147 de la Constitución: “Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control, 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración “[...]”³⁹, se le atribuye al Presidente de la República la potestad reglamentaria pese a que esta atribución se puede asignar por ley a los organismos de control y regulación, de acuerdo a la Constitución:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales [...]»⁴⁰

³⁸ *Ibíd*, art. 441, numeral 1.

³⁹ *Ibíd*, art. 147, numerales 5 y 13.

⁴⁰ Ecuador, Asamblea “Constituyente, Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 132.

En tal virtud, el Presidente de la República puede dictar reglamentos de ejecución o de aplicación, para que implementen la aplicación de las leyes, a excepción del Consejo Nacional Electoral en materia electoral⁴¹ y la Corte Constitucional⁴².

De acuerdo al artículo 147 numeral 5 de la Constitución, “Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control [...]”⁴³, le corresponde al Presidente de la República normar determinada materia relativa a integración, organización, regulación y control de la Función Ejecutiva siendo aplicable en este punto el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE.

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “lo propio del reglamento, lo que le separa definitivamente de la ley, es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, obra de la administración”⁴⁴, el reglamento no puede suplir a la ley sino complementarla para su correcto desenvolvimiento regulando su contenido y a la vez dictado por el órgano competente, en nuestro caso el Presidente de la República en concordancia con el mandato constitucional antes señalado.

Es así que el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, no desarrolla algunos de los artículos de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública actual y mucho menos, las resoluciones del SERCOP actualmente codificadas, mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016.

El artículo 43 de la Codificación señalada, específicamente establece el procedimiento a seguir por las entidades contratantes para la inclusión en el Registro de Incumplimientos de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, proceso no previsto en el Reglamento General sino únicamente en el artículo 98 de la Ley, pero de una manera muy básica, indicando la obligatoriedad para las entidades contratantes de remitir al SERCOP la nómina de los contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos.

⁴¹ *Ibíd.*, art. 219 numeral 6.

⁴² *Ibíd.*, art. 191 numeral 8.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo”, Tomo I, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 155.

1.4 El principio de legalidad

Para Marta Silva de Lapuerta como antecedente histórico, “El principio de legalidad nace en la actuación de la Administración surge con el Estado democrático que emergió de la Revolución Francesa de 1789”⁴⁵, se imponía la voluntad del soberano ante su pueblo.

Para Fernando Garrido Falla y otros “el principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo”⁴⁶, este autor considera una sumisión de la actuación administrativa al poder legislativo, el respeto a las normas administrativas y la sumisión a los actos de una autoridad administrativa dentro del ámbito de su competencia, todo esto en virtud de que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y demás ordenamiento jurídico.

Según Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el principio de legalidad parte de que “la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica es la ley; ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad y que ostente como atributo divino la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley. Solo en “nombre de la ley” puede imponerse obediencia”⁴⁷, entonces el principio de legalidad en la administración es el sometimiento de la administración a la ley, misma que limita sus posibilidades de actuación.

En la Constitución se configura este principio en el artículo 76 numerales 2 y 3 respectivamente: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”⁴⁸; y, “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra natura-

⁴⁵ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de derecho administrativo sancionador”, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 97.

⁴⁶ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, “Tratado de derecho administrativo”, (Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 198.

⁴⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo”, Tomo I, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 415.

⁴⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

leza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”⁴⁹

Exigiendo de este modo que por ley se establezcan los delitos, infracciones y todo tipo de acciones objeto de sanción, por eso se asevera que no hay delito sin ley, mientras la ley no prohíba un hecho está en plena libertad el hombre para realizarlo.

En cuanto al tema de la jerarquía de la norma, ésta depende del órgano estatal que la dicta, obviamente, con la debida consideración a la Constitución, la subordinación de las disposiciones reglamentarias, las leyes orgánicas y las ordinarias.

En nuestro país la Constitución señala:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público⁵⁰.

De esta manera se respeta la supremacía de la Constitución y que todas las normas y actos del poder público deberán tener concordancia con la misma. Al ser la norma suprema se entiende que es un cuerpo normativo que organiza la consecución del Estado a través de las instituciones que lo conforman y de las atribuciones y funciones que les han sido atribuidas para que cumplan con los fines estatales.

En cuanto al ordenamiento de la norma en el sistema ecuatoriano la Constitución plasma en el “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos [...]”, a fin de que no exista conflicto entre las normas y que se asegure su cumplimiento.

La Constitución de la República menciona:

Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias.

⁴⁹ Ibíd.

⁵⁰ Ibíd.

Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica⁵¹.

Es decir, “las leyes orgánicas por contener premisas jurídicas en calidad de principios relativos a la organización y funcionamiento de los organismos de gobierno o por contener disposiciones con respecto al ejercicio de derechos y garantías, son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias y por ende estas no pueden contravenir ni prevalecer sobre las leyes orgánicas”⁵², de este modo las leyes orgánicas siempre se ubicarán sobre las leyes ordinarias.

La diferencia entre Ley Orgánica y Ley Ordinaria, según el Art. 133 de la Constitución, es la denominada “reserva de ley”. Así, la Ley Orgánica es aquella que regula el funcionamiento y estructura de las instituciones creadas por la Constitución, garantías y derechos constitucionales, organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizado, el régimen de partidos políticos y sistema electoral.

Es notable la cantidad de leyes orgánicas que existen en nuestro país en la actualidad, normas laborales, societarias, financieras, sociales, tributarias, etc., que se han expedido dejando a la calificación de leyes ordinarias relegadas cuando, según se ha acotado, las leyes orgánicas deberían ser las que estructuran y organizan al Estado y sus instituciones, y aquellas que constituyen el fundamento jurídico de los derechos individuales, debiendo ser tal categoría excepcional en un ordenamiento jurídico que responda a los principios de un Estado de Derecho.

La simple designación de una norma como orgánica no cambia su verdadera naturaleza, tal es el caso, por ejemplo de la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación

⁵¹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

⁵²Eddy de la Guerra, “Introducción al derecho”, (Quito: Editorial CEP, 2013), 114.

Pública⁵³, que lo único que hace es reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I; y Código de Procedimiento Civil sobre procedimientos de expropiación, surgiendo la interrogante si en realidad es una ley orgánica., La tendencia legislativa da la impresión de que la ley ordinaria esta en desuso o fuera de moda y que cualquier norma que sea de importancia debería tener la calificación de orgánica. La explicación que encuentro a dicho fenómeno es la que tal calificación dificulta la reforma, derogatoria o interpretación legislativa, ya que tales leyes para cambiarlas requieren de mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional, volviéndose un tema político la proliferación de esta categoría de leyes apuntando a sellar o inmovilizar a la legislación.

En cuanto a los reglamentos, Patricio Secaira los define como “el ordenamiento jurídico que nace de la administración pública, fundamentalmente del poder ejecutivo y que se sustenta en sus atribuciones constitucionales y legales”⁵⁴, convirtiéndose en la facultad de colegislación del poder ejecutivo pues a través de este cuerpo normativo se regula la organización del Estado y sus organismos.

Para Fernando Garrido Falla y otros el reglamento es “toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley”⁵⁵, son las consecuencias de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración; y, la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dictan son “el principio de la delegación del poder legislativo y el principio de los poderes propios de la Administración”⁵⁶, el primer principio lo estudié en la función ejecutiva, ahora estudiaré el segundo principio. Supone el ejercicio de los poderes propios de la administración pública, los que nacen de su propia naturaleza, Garrido Falla y otros concluyen que “sin la necesidad de una especial delegación del Poder legislativo, la administración cuenta, como atribución propia, con la potestad reglamentaria”⁵⁷, al ser la potestad reglamentaria del ejecu-

⁵³Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Registro Oficial No. 966 Segundo Suplemento de 20 de marzo de 2017.

⁵⁴ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 78.

⁵⁵ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, “Tratado de derecho administrativo”,(Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 272.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*, 274

tivo el cual ejerce la función administrativa entonces es evidente la potestad propia de la administración.

En cuanto a la clasificación de los reglamentos para Garrido Falla y otros son: “reglamentos ejecutivos los que se dictan para desarrollar preceptos de una ley anterior. Tal desarrollo puede ser parcial de determinados preceptos de la ley o total, apareciendo entonces como Reglamento general para la ejecución de la ley; y, los reglamentos independientes son aquellos que se dictan como consecuencia, cabalmente, de esa originaria potestad reglamentaria que se acaba de mencionar”⁵⁸, como son los reglamentos de organización administrativa y los que la administración dicte para regular el ejercicio de poderes que le estén conferidos discrecionalmente, de lo expuesto los reglamentos ejecutivos que señala el autor, concuerdan con los numerales 5 del 147 de la Constitución de la atribución y deber del Presidente de la República, “Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control y numeral 13 “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”⁵⁹ mientras que los reglamentos independientes concuerdan con el artículo 132 numeral 6 de la Constitución, la Asamblea Nacional requerirá de ley en los siguientes casos “Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”⁶⁰

En al ámbito del Derecho de la Contratación Pública en el Ecuador, tenemos al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedido el 30 de abril del 2009 y publicado en el Registro Oficial Suplemento No.588 de 12 de mayo del 2009, para la correcta aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Si bien es cierto, este reglamento general fue expedido para el desarrollo y aplicación de la LOSNCP es necesario resaltar que dicha ley ha sufrido varias reformas las cuales no guardan actualmente consonancia con su reglamento, pese a que en la Disposición Transitoria Sexta agregada por el artículo 28 de la LOSNCP, publicada el 14 de octubre de 2013, dispone que “en el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la

⁵⁸ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, “Tratado de derecho administrativo”, (Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 273.

⁵⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

⁶⁰ *Ibíd.*

publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Presidente de la República dictará el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, adecuándolo con las disposiciones constantes en la presente reforma”⁶¹, hasta la actualidad no se ha dictado un nuevo reglamento lo que ha ocasionado que para llenar dichos vacíos e inconsistencias el Servicio Nacional de Contratación Pública dicte resoluciones que regulen la aplicación de la LOSNCP.

Las resoluciones administrativas según Patricio Secaira: “son las decisiones finales que las autoridades públicas adoptan dentro de los procesos administrativos sometidos a su conocimiento y decisión”⁶², es la manifestación de la voluntad de la administración que a través de ley les fueron otorgadas para que regulen las actividades administrativas que han sido puestos en su conocimiento.

Lo anterior ha producido en la práctica pública ecuatoriana, que sea el SERCOP quien, a base de reglamentación secundaria, desarrolle el contenido de la LOSNCP adecuándolas a la política pública vigente y actualizándola a la práctica operativa que se descubre cada tanto. Dicha facultad de reglamentación se encuentra expuesta en el artículo 10 de la LOSNCP que dispone como una de las competencias del SERCOP “Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley”⁶³;

1.4.1. El principio de legalidad en el Derecho Administrativo

El principio de legalidad enfocado al Derecho Administrativo, se lo define como ““el conjunto de las normas enderezadas a que el Estado realice por sus propios órganos una o varias de las condiciones constitutivas del orden social. Integra el orden jurídico estatal”⁶⁴, es así que dependiendo del órgano del que emana la norma a aplicar, deberá ser congruente con la ley.

Para Santofimio el principio de legalidad “debe ser entendido como el principio de respeto y acatamiento al bloque de legalidad que recoge la totalidad de elementos articula-

⁶¹Ecuador, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en Registro Oficial Suplemento 395 (04 de agosto de 2008), modificada el 14 de octubre de 2013.

⁶²Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 80

⁶³Ecuador, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en Registro Oficial Suplemento 395 (04 de agosto de 2008), modificada el 14 de octubre de 2013, art. 10 numeral 9

⁶⁴ Ramiro Borja y Borja, “Teoría general del derecho administrativo”, (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 23.

dos en el llamado sistema jurídico”⁶⁵, tornándose la ley en el habilitante para el comportamiento de la administración pública, haciendo entonces los poderes públicos solo lo que la norma les permita.

La administración no puede actuar por propia autoridad sino amparada en el mando de la ley, “al orden establecido por la jerarquía de las fuentes y finalmente la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad”⁶⁶, es así que la administración al estar encargada de la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos a través de los servicios públicos.

Para Cassagne “el derecho administrativo concurre al ritmo de los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del Derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o en la costumbre”⁶⁷, es decir si el derecho administrativo complementa al orden jurídico del Estado normando la actividad pública debe estar acorde a la realidad social con el propósito de buscar el bienestar de la ciudadanía. El derecho administrativo con sus normas permite concretar el obrar del legislativo como producto de las exigencias de la realidad social en constante movimiento.

Al ser el derecho administrativo el derecho común de la administración debe estar en concordancia con otras normas, manteniendo como fuente primaria a la Constitución, todo esto para conseguir la correcta consecución del aparato administrativo estatal.

1.4.2. Legalidad y reserva de ley en el régimen jurídico administrativo

Aroca Lara entiende al principio de reserva de ley de la siguiente manera:

Ciertos ámbitos especiales en la vida social, ciertas situaciones fácticas que, por su especial relevancia y connotación, deben ser tenidas en cuenta por el Estado; por esta razón el constituyente decide establecer, como regla particular, que estas materias deban ser operadas a

⁶⁵ Jaime Orlando Santofimio, “Tratado de derecho administrativo”, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 379.

⁶⁶ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, “Tratado de derecho administrativo”, (Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 199.

⁶⁷ Juan Carlos Cassagne, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 22.

través de ley de forma exclusiva y casi infranqueable, ya que el deber de representatividad que estas situaciones particulares requieren, hace que el trámite para su regulación o modificación sea exigente y democrático⁶⁸.

La relevancia que implica el establecimiento de derechos para una persona natural o jurídica es verdaderamente un tema que corresponde ser legitimado a través del debido procedimiento de aprobación de una ley en la Asamblea Nacional, pues como bien lo señala el autor, este proceso es evidentemente exigente y democrático.

Sin perjuicio de las normas anteriormente expuestas, que denotan la importancia del principio de jerarquía, legalidad y reserva de ley, es pertinente mencionar la Resolución CAL-2015-2017-083 expedida por el Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional, quien resuelve calificar el “Proyecto de Código Orgánico Administrativo” con el objeto principal de regular las relaciones entre las personas y las administraciones públicas a su servicio, recogiendo así los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones y aclarando el pleno respeto a los principio de juridicidad, control y responsabilidad, entre otros⁶⁹.

En cuanto a la potestad sancionadora, el proyecto de Código Orgánico señalado, regula sus principios básicos y suprocedimiento, habiéndose definido inclusive como “un hito histórico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano⁷⁰”.

El principio de legalidad en el COA se lo denomina “Principio de Juridicidad”⁷¹ y lo define de la siguiente manera: «La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código...»; mientras que en el ERJAFE, en el artículo 192, numeral 1, respecto al principio de legalidad se señala: “La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma”

Como se puede apreciar, el proyecto de Código Orgánico Administrativo, incorpora la doctrina vanguardista respecto al sometimiento y límite del actuar administrativo, misma

⁶⁸ Carlos Aroca Lara, “Principio de reserva de ley: análisis normativo y jurisprudencial”,(Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 16

⁶⁹ Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016), 6.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016).

que no solo se enfoca en la “ley”, sino, en toda fuente de Derecho normativo que directa o indirectamente controla al poder público. Es decir, la Administración Pública no solo está sometida a la Ley, sino a toda la producción normativa nacional e inclusive internacional, incluyendo, admirablemente, las sentencias de la Corte Constitucional.

Es menester resaltar el principio de legalidad que señala que “toda actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico”⁷², y; que “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida en el ordenamiento jurídico y mediante el procedimiento regulado en este Código”⁷³. En cuanto a la responsabilidad señala que “solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativas las personas naturales y jurídicas que resulten responsables objetivamente de los mismos”⁷⁴, todo lo antes mencionado guarda una exacta similitud con el ERJAFE, evidenciándose una transcripción del mismo.

Por otro lado el Proyecto de Código, contempla ambos regímenes, el del poder público sancionador y el de su procedimiento. Se plantea como instrumentos rectores de la actividad sancionadora los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, irretroactividad y la prohibición *denonbis in ídem* como derechos básicos del presunto infractor, y; que a través de una simplificación de los trámites del procedimiento administrativo sancionador, se da la posibilidad al infractor de reconocer voluntariamente su responsabilidad y la reparación de los daños, presentándose como novedad un procedimiento abreviado para el ejercicio de la potestad sancionadora.

1.5 Organismos de la administración pública

Al ser la administración pública ejercida por el Estado a través de sus órganos o instituciones públicas dentro del orden jurídico establecido procederemos analizar cuáles son los organismos que la conforman.

Para Patricio Secaira “el organismo se equipara a la persona física, es el estado concebido como una persona jurídica con capacidad para contraer derechos y obligaciones, que funcionan por medio de un gran aparato administrativo compuesto por distintos órga-

⁷² Ecuador, Presidencia de la República, “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva” (ERJAFE), Registro Oficial No. 536, [2002], art. 5.

⁷³ Ecuador, Presidencia de la República, “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva” (ERJAFE), Registro Oficial No. 536, [2002], art. 266.

⁷⁴ Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016), art. 268

nos, los cuales a su vez representan al Estado, pero siempre dentro de las competencias que este mismo les asigna en la Constitución y en la ley”⁷⁵, todo su actuar esta en función de lo establecido por la norma.

Mientras para Emilio Fernández Vázquez “el órgano no es ni la persona física que realiza las funciones del ente, ni la esfera de atribuciones que se le asignan, sino la unidad que resulta de la persona y las atribuciones más los medios puestos a su disposición para el funcionamiento de cada una de esas unidades en que el ente se descompone”⁷⁶, considerándole al órgano no con existencia visible sino una realidad jurídica.

Entonces los organismos son las entidades que integran el sector público para cumplir con finalidades públicas atribuidas por la Constitución o la ley; y los órganos serían las unidades de sus dependencias internas que forman al organismo público.

Todos estos organismos públicos tienen potestades que les facultan a cumplir con el servicio público atribuido mediante ley, las cuales a continuación procederemos a definir-las.

1.5.1 Potestades de la administración pública

Esta potestad se la podría considerar en nuestros tiempos de tal importancia que ha llegado a otras disciplinas jurídicas, pero con el día a día ha necesitado de más doctrina al respecto.

Como definimos antes, al término potestad como el poder que la ley le confiere a la administración para que cumpla con sus fines de interés general público, es decir los poderes son regulados por la ley, sujetas al principio de legalidad para evitar arbitrariedades.

Tal como lo señala el artículo 227 de la Constitución “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”⁷⁷.

La potestad es el poder público que tiene el Estado para cumplir con sus objetivos de gobernación y se exterioriza a través de la Constitución y las leyes. “Las potestades son

⁷⁵ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 104.

⁷⁶ Emilio Fernández Vázquez citado por Patricio Secaira; “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 103.

⁷⁷ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

unilaterales pues propia del Estado, irrenunciable porque los órganos están obligados a cumplir con las funciones que se les asigna, imprescriptibles porque no desaparecen, intransferible porque nace de la nación y es entregada al Estado; y es inalienable porque no se puede enajenar”⁷⁸.

Previamente, es pertinente diferenciarla potestad reglada de la potestad discrecional. Es así que para Dromi “el ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación (acercamiento, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente”⁷⁹; es decir, verificar que la ley se esté cumpliendo en función de lo previsto por la misma.

Mientras que “el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”⁸⁰. Es decir, para Dromi, la parte subjetiva juega un papel importante en este tipo de potestad porque no se la debe considerar como libertad para salirse de la norma sino para completar a la norma por parte de la administración.

En conclusión, tanto lo reglado como lo discrecional deben actuar conforme a la ley, pero se diferencian del grado de libertad dentro de la administración, es decir, cuál es el ámbito de acción de un funcionario hasta donde puede llegar.

Gabriel Do-Menech dice:

Las potestades regladas son aquellas cuyas condiciones de ejercicio están reguladas normativamente de manera exhaustiva, de manera que la Administración no puede optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes pueden verificar si la Administración ha adoptado la única decisión que en el caso concreto resultaba ajustada a Derecho. Las potestades discrecionales son aquellas cuyas condiciones de ejercicio no están predeterminadas normativamente de manera agotadora, de manera que la Administración tiene la posibilidad de optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes deben dar por válida la decisión adoptada por la Administración, siempre que aquella se mantenga dentro de ciertos límites⁸¹.

⁷⁸ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 122 – 124.

⁷⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “Curso de derecho administrativo”, Tomo I, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 435.

⁸⁰ *Ibíd.* 436.

⁸¹ Gabriel Domenech Pascual, “Lecciones de derecho administrativo con ejemplos”, (Valencia: Universitat de Valencia), 108.

En el caso de las administraciones públicas, las potestades regladas las mantiene en apego a lo que la ley ha determinado, mientras que para las potestades discrecionales se debe mantener de igual forma dentro de lo que permite la norma pero conservando los principios y valores como el bien común, la honestidad y la protección de los bienes jurídicos.

En la legislación ecuatoriana al respecto lo dispuesto por el Art. 2 del Reglamento de Control de Discrecionalidad:

Art. 2 DE LOS ACTOS DISCRECIONALES.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnable en vía administrativa o judicial⁸².

Lo más importante es evitar la discrecionalidad de manera exagerada así como tampoco abusar de la reglada sino mantenerlas a cada uno donde corresponde.

En el ámbito de la contratación pública, es un ejemplo de potestad discrecional, el acto administrativo que adjudica un contrato, ya que a pesar de que un oferente cumpla con todos los requisitos mínimos establecidos previamente y/o que tenga el mayor puntaje, queda a discreción de la entidad contratante, el adjudicar o no el contrato, o en su defecto, declarar desierto el procedimiento precontractual.

1.5.2 Potestad normativa

El artículo 226 de la Constitución señala respecto a la potestad normativa:

⁸² Ecuador, Presidencia de la República, “Reglamento para el Control de la Discrecionalidad”, Registro Oficial 686, (Quito, 18 de octubre, 2002).

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 Constitución⁸³.

De este modo se configura el poder que otorga el Estado a través de la Constitución y las leyes a las instituciones del Estado para que cumplan sus fines ejerciendo solo las competencias y facultades que les sean atribuidas.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82 dispone: “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”⁸⁴.

Obligando a los servidores públicos, a través de esta garantía constitucional, a exigir y aplicar hasta la finalización de un procedimiento las normas que regían a la fecha de inicio del mismo; es decir, los requisitos o procedimientos a seguir serán los mismos hasta el final, pese a que se dicten reformas desde la fecha de publicación del proceso hasta la suscripción del contrato, sin embargo en el Ecuador, el Servicio Nacional de Contratación Pública, ha venido dictando resoluciones externas reformativas que ha ocasionado cambios en la manera de proceder en los procedimientos de contratación atentando de esta manera a la seguridad jurídica plasmada en la Constitución de la República.

1.5.3 Potestad sancionadora

El quid central de la presente investigación, cuestiona la posibilidad de que el Servicio Nacional de Contratación Pública sancione a otras entidades públicas por la omisión de remitir oportunamente los adjudicatarios resueltos como fallidos y los contratistas resueltos como incumplidos. Dicha premisa tiene su fundamento en la potestad sancionadora de la Administración Pública. Es así que para Patricio Secaira la potestad sancionadora “es el poder que tiene el Estado para tipificar infracciones a la ley, determinar las penas e imponer las sanciones correspondientes, sea en el orden administrativo, civil o penal”⁸⁵

⁸³ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

⁸⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

⁸⁵ Patricio A. Secaira Durango, “Curso breve de derecho administrativo”, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 126.

Se aplica a los administrados cuando han cometido algunas faltas al incumplir un (deber) disposición administrativa, apareciendo aquí el principio de legalidad ya que no es posible imponer una sanción si previamente no lo considera la ley.

El mismo Patricio Secaira, identifica las potestades correctivas y disciplinarias. “Las primeras son la capacidad de ordenar las rectificaciones indispensables a fin de que la ley sea debidamente cumplida y la entidad pública alcance los mayores grados de eficacia, eficiencia y oportunidad, en tanto que las sancionadora (sic) es la potestad estatal de imponer disciplina dentro de sus órganos administrativos, alcanza precisamente a la imposición de sanciones a sus servidores que incumplen el ordenamiento legal”⁸⁶

La potestad correctiva se aplicaría a los administrados mientras que las disciplinarias a los servidores públicos que incumplan con lo establecido por la ley.

Para Alejandro Nieto “lo verdaderamente importante es fijar con precisión los límites de su ejercicio”⁸⁷, es entonces necesario volver analizar el principio de legalidad a través del artículo 76 numeral 3 de la Constitución que determina “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]”⁸⁸, ordenando tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos el sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Entonces se colige que la potestad sancionadora de la Administración Pública se aplica para los servidores públicos que desempeñan funciones al interior de cualquier organismo que forma el Estado y otra para los administrados que vulneren el ordenamiento jurídico. Sin embargo, de lo anterior se deriva que dicha potestad sancionadora no está enfocada a ser ejercida en contra de otra entidad pública, a menos que la misma sea considerada, por su naturaleza, como un administrado más dentro de la dinámica social, como sucede con las empresas públicas y bancos públicos que están sometidas a regulaciones y sanciones de las respectivas superintendencias y/o agencias de control y regulación.

Es por ello, que los denominados “Servicios”, según definición del artículo 10.1. del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, no están lla-

⁸⁶ *Ibíd*

⁸⁷ Alejandro Nieto, “Derecho Administrativo Sancionador”, Quinta Edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2012), 50.

⁸⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

mados a sancionar a los administrados, sino solo a regular, gestionar y controlar la provisión de bienes y servicios a la ciudadanía. Quienes sancionan a los administrados, o bien son las propias entidades públicas a base de una potestad legal (como se encuentra explicado en el presente acápite), o bien son entidades públicas cuya naturaleza contiene la imposición de sanciones.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, en el artículo 192 se refiere a este principio al decir que: “La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma “[...]”⁸⁹, en su numeral 2 manifiesta, que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de la ley.

Para Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz, el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica: “La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)”⁹⁰, lo que significa que la reserva de ley se justifica en el procedimiento legislativo como una técnica de garantías de los derechos fundamentales, a través de la capacidad del Estado de injerir en la vida de los ciudadanos.

En la legislación española se presenta la posibilidad de que la Ley se remita a los reglamentos para describir la conducta prohibida, estableciéndose de la siguiente manera:

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más concreta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.⁹¹

Contemplando la posibilidad de que un reglamento amplíe el ámbito de una sanción a través de una Ley, en el caso de nuestro país, es atribución del Presidente de la República: “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas

⁸⁹ Ecuador, Presidencia de la República, “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva” (ERJAFE), Registro Oficial No. 536, [2002],

⁹⁰ Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Arazandi, 2010), 127.

⁹¹ Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Arazandi, 2010), 131.

ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración “[...]”⁹², sería factible que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se amplíe una sanción en función de las necesidades institucionales y de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre y cuando el Jefe de Estado lo considere como conveniente para la buena marcha de la administración y claro está sin constituir nuevas infracciones o sanciones.

1.5.3.1 El derecho administrativo sancionador

Lamentablemente, la escasez en producción dogmática en el ilícito administrativo - como lo es la antijuridicidad, la culpabilidad, la autoría y la participación, no proporcionan un cuadro suficientemente completo para evitar varias lagunas que no han sido resueltas satisfactoriamente en las leyes, como es el caso de “las infracciones culposas, la comisión por omisión, causas de justificación, la inimputabilidad, la tentativa, la pluralidad de infracciones, entre otras”⁹³. Lo anterior, ha ocasionado que la potestad sancionatoria de las administraciones públicas requiera la intervención reguladora del Estado, garantizando la igualdad entre administrados y administradores ante la ley.

Es así que para Alejandro Nieto “el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y con las técnicas del Derecho Penal, sino desde el propio Derecho Administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal”⁹⁴, de acuerdo a lo estudiado en temas anteriores la jerarquía de las normas está en primer lugar la Constitución partiendo de aquí el Derecho Público y posteriormente el Derecho Administrativo Sancionador, sin permitir la invasión del Derecho Penal, que para el autor es un fracaso, conservándolo como un punto de referencia.

Consecuentemente, si los administrados exigimos el control del Estado a través de la administración sobre determinado factor, estamos expuestos a una sanción por el incumplimiento de lo normado por el poder público. Se presenta un juego en equipo donde el

⁹²Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 147 numeral 13.

⁹³Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Arazandi, 2010), 35.

⁹⁴ Alejandro Nieto, “Derecho administrativo sancionador”, Quinta Edición, (Madrid: Editorial Tecnos, 2012), 30.

Estado adopta medidas que deben cumplirse y de no hacerlo se impondrá una sanción y por el otro lado el administrado las cumple con el riesgo de ser sancionado si la incumple.

Ante esta realidad planteada se corre el riesgo de que el Estado se vuelva una máquina de imponer sanciones volviéndose represivo en su totalidad sino más bien se trata de buscar es no sancionar y conseguir el correcto cumplimiento de lo establecido a través de una norma.

Nieto plantea límites a la intervención del Estado y a la imposición de sanciones a través de proposiciones concretas:

La posibilidad real de ser cumplidas por los destinatarios. Tales infracciones no pueden llegar más allá de adonde alcancen las fuerzas del aparato inspector y represivo del Estado. Una norma cuyo incumplimiento es sistemáticamente tolerado no puede luego, sin advertencia previa, ser exigida a los particulares ni generar una sanción. La eficacia de la norma sancionadora además de su publicación, su divulgación, más o menos larga y detallada según sea el grado de especialización o profesionalización de sus destinatarios. La sanción es la última ratio del Estado, quien solo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones.

La sanción debe asegurar el respeto a la legalidad y castigar el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones legalmente impuestas. El objetivo del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino su castigo con respeto de las garantías que como ciudadano de un Estado democrático de Derecho se merece. No deben ser calificadas de infracción ni, por ende, conminadas con sanción las conductas de contenido antijurídico mínimo.⁹⁵

De lo expuesto, toda sanción debe tener la capacidad de ser cumplida, no ser arbitraria, todo incumplimiento debe ser previamente advertido, tolerado y posteriormente aplicar una sanción, no se aplica nunca porque no sea necesario por eso debe ser divulgada para ser conocida el tener que sancionar que sea la última opción y que el infractor asuma las consecuencias de su incumplimiento, previo procedimiento administrativo que haya verificado tal falta o incumplimiento.

Por ejemplo, en la legislación española, desde el punto de vista formal, existe la duda de cuáles infracciones administrativas deben estar tipificadas dentro de una ley orgánica para ser efectivamente aplicadas, (las faltas leves o las graves. En la legislación ecuatoriana, por su parte, para imponer sanciones se requerirá de ley, de acuerdo al artículo 132 de la Constitución de la República, facultada así la Asamblea Nacional para que a través

⁹⁵Ibíd, 32-34.

del procedimiento legislativo respectivo, apruebe la tipificación de conductas y su respectiva imposición de sanciones.

Mientras que desde el punto de vista material, se presenta la duda de qué cantidad de sanción es la adecuada; por ejemplo, determinadas sanciones que pueden considerarse como leves pueden realmente afectar al individuo en sus intereses, a las empresas en su prestigio social y consecuentemente en su actividad comercial, por lo que quizás deberían ser consideradas como graves.

En todo caso, en el contexto de las sanciones al tener carácter de reserva de ley, y la potestad sancionadora de la administración a través de una ley que representa los poderes sancionatorios en manos de la Administración, no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de la tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, sin olvidar la subordinación del reglamento de la ley. “La Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley”⁹⁶. Es decir por ejemplo, y para desarrollo del presente trabajo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública bien podría contener los elementos esenciales de la conducta antijurídicas y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, no solo a los proveedores sino a las entidades contratantes; y su Reglamento General contendría el desarrollo y precisión de las infracciones ya establecidas en la Ley.

El principio de legalidad conoce una vertiente material llamada taxatividad, consiste en “(...)la exigencia de que tanto los comportamientos prohibidos, o preceptuados, como las sanciones a imponer, sean descritos clara e inequívocamente, de forma que no se genere inseguridad jurídica”⁹⁷, es decir que, los ciudadanos o administrados puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias derivadas de su conducta. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 106 establece las infracciones realizadas por un proveedor, las cuales son:

- a. No actualizar la información en el Registro Único de Proveedores dentro del término de diez días de producida la modificación;

⁹⁶Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Arazandi, 2010), 135.

⁹⁷Ibíd, 153.

- b. Participar en uno o más procedimientos de contratación, sin estar habilitado en el Registro Único de Proveedores, salvo que se trate de un procedimiento exento de este requisito;
- c. Proporcionar información falsa o realizar una declaración errónea dentro de un procedimiento de contratación inclusive respecto de su calidad de productor nacional; y
- d. Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento⁹⁸.

Sin embargo dichas infracciones son únicamente aplicadas para los proveedores con la suspensión en el RUP de por un lapso entre 60 y 80 días y si hay reincidencia la suspensión será de 181 y 360 días según el artículo 107 de la LOSNCP, pero no establece una sanción para las entidades contratantes..

Ante lo anterior, Marta Silva de Lapuerta contempla la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones y ser sancionadas. Si bien al inicio existía la postura de sancionar solamente a los empleados que incumplan las normas, posteriormente se desarrolló la teoría de sancionar a la empresa como tal, generándose un debate de gran importancia lo que ocasionó que el legislador “adopte la postura de proclamar la responsabilidad de las personas jurídicas”⁹⁹

Por otro lado la misma autora contempla la responsabilidad de las administraciones públicas cuando afirma que “no hay duda de la posibilidad de que los entes públicos sean sancionados por otras administraciones públicas, puesto que las normas les son aplicables del mismo modo que a los particulares, de forma que, si incurren en la comisión de una infracción, les ha de ser impuesta la correspondiente sanción, como consecuencia jurídica obligada”¹⁰⁰, esto en función del ejercicio de sus propias competencias públicas.

Para Gómez Tomillo, las infracciones omisivas en el Derecho Administrativo Sancionador constituyen la inexecución de una acción legalmente preceptuada y las clasifica en infracciones de omisión simple y de omisión propia¹⁰¹ las primeras pueden ser cometidos por cualquiera y las segundas implica la inexecución de la acción preceptuada; no obstante,

⁹⁸Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), reformada por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Registro Oficial No. 966 Segundo Suplemento de 20 de marzo de 2017.

⁹⁹ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 198-199

¹⁰⁰ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 207

¹⁰¹Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010), 310

en ocasiones, se detectan situaciones en las que la ley no prevé de forma expresa lo que constituye una omisión y pese a ello se procede a imponer una sanción.

En cuanto a que las personas jurídicas carecen “bien de capacidad de acción, bien de capacidad de culpabilidad”¹⁰², la imposición de sanciones administrativas a las personas jurídicas contempla dos consideraciones, es suficiente con cambiar la calificación de la medida punitiva contra las personas jurídicas para que resulte aceptable y reconociendo la idéntica naturaleza jurídica de infracciones administrativas y delitos, sin embargo el autor Gómez Tomillo no equipara la regulación de ambos en todos sus extremos sino peculiaridades como la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas que no requieren establecer previamente la responsabilidad de persona física alguna fundada en razones de culpabilidad propias de la propia organización.

Coligiéndose de esta manera la posibilidad de sancionar a las administraciones públicas por haber cometido una infracción en el ámbito de la contratación pública después de haber sido demostrada su responsabilidad y consecuentemente su culpabilidad, sin embargo, la pregunta recaerá sobre qué tipo de sanción es la que debe ser aplicada en los casos señalados en la introducción de la presente investigación.

1.5.3.2 El procedimiento administrativo sancionador

Debe cumplirse un procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que ordene los trámites necesarios para imponer una sanción.

Como vimos anteriormente, la sanción puede ser tanto para el administrado como para el servidor público, sobre éste último lo determina la Constitución, la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP y su Reglamento; y, como refuerzo las instituciones públicas crean su propio reglamento interno para el control disciplinario de su personal.

Considero pertinente recalcar lo mencionado por la Constitución en el Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos “[...]”¹⁰³

¹⁰² *Ibíd*, 287

¹⁰³ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

Para Marco Morales el sistema de imposición de penas y sanciones administrativas, se rige conjuntamente con el sistema penal, por la disposición constitucional constante en el artículo 76, número 3 de la Carta Política, coligiéndose que los principios del Derecho Penal cobijan también al Derecho Administrativo, en lo relativo a la potestad sancionadora de la Administración. Resulta por tanto evidente que el principio fundamental que rige el Derecho Sancionatorio Administrativo, es el de legalidad (juricidad) que en éste ámbito se expresa mediante el siguiente aforismo: “nullum crimen, nulla poena sine lege”¹⁰⁴.

Surgiendo de ésta manera la dependencia del Derecho Administrativo del Derecho Penal con la aplicación de los principios del Derecho Penal adaptadas al Derecho Administrativo Sancionador, evidenciándose el apoyo del uno ante los vacíos del otro.

Como complemento de lo anterior, es necesario revisar el denominado principio de irretroactividad, el principio de proporcionalidad en función de la necesidad de la pena y finalmente, el principio de culpabilidad que vincula una sanción a un comportamiento cuya acción sea culpable. De este modo, el sujeto sabe que determinada acción está prohibida a fin de que calcule las consecuencias jurídicas producto de su comportamiento, siempre y cuando dicho comportamiento esté previsto claramente en la norma en el momento de la comisión de los hechos.

En cuanto a la infracción administrativa “[...] debe concebirse como toda acción u omisión dolosa o imprudente descrita en la Ley”¹⁰⁵, es decir constituyen infracciones administrativas las vulneraciones al ordenamiento jurídico previstas como tales por una ley. A continuación me referiré a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo española, Sala 3ª del Tribunal Supremo:

En el esquema del concepto al que se reconduce toda infracción administrativa, más arriba diseñado, uno de los principales componentes es que se conoce con el nombre de culpabilidad, producto de una milenaria evolución histórica y elemento como a veces se le invoca. Este factor apareció en su origen bajo el amparo de la “voluntariedad” incluida en la definición del delito y de la falta (art. 1 del Código Penal desde 1848), y a su imagen y semejanza para las infracciones tributarias (art. 77 de la Ley General del Ramo 260/1963), hasta que en el Texto Refundido de 1973) fue sustituida aquella palabra por la exigencia del carácter doloso o culposo de la conducta incriminada. En consecuencia, junto a la antijuricidad y a la tipicidad se sitúa el requisito de que la acción o la omisión sean

¹⁰⁴ Marco Morales Tobar, “Manual de derecho procesal administrativo” (Quito: Editorial CEP, 2011), 330-331.

¹⁰⁵ Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Arazandi, 2010), 283.

en todo caso imputables a su autor por malicia o por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable¹⁰⁶.

Presuponiéndose de esta manera que para que una determinada acción u omisión sea objeto de sanción es necesario la culpabilidad en función de que no puede haber una infracción administrativa que no sea contraria a derecho, cometida a través de un comportamiento humano negativo.

Por otro lado la culpabilidad para Marta Silva de Lapuerta “no es el fundamento de la sanción, sino un requisito para exigir responsabilidad por el ilícito cometido”, así una vez determinada se podrá imponer la sanción administrativa, citando una sentencia “[...] la culpabilidad, a título de dolo o de negligencia, es un presupuesto necesario para la apreciación de las infracciones administrativas”¹⁰⁷, el dolo se convierte en un principio esencial dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador pero difícilmente realizable por cuanto es difícil determinar que las autoridades administrativas puedan verificar juicios valorativos de como apreciar el dolo y la culpa que en el campo administrativo no varía su significación jurídica por ser intencional o imprudente.

Para la misma autora “la culpabilidad, en el aspecto material, consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico”¹⁰⁸, ocasionando que actúa aun sabiendo el ordenamiento jurídico de otra manera incorrecta y antijurídica.

Mientras que desde el punto de vista penal para varios autores “el principio de culpabilidad es la base del Derecho Penal. La responsabilidad penal con la que carga el delincuente se equilibra con el cumplimiento de la pena, en términos penales corrientes: represalia y reconciliación”¹⁰⁹, tomando este concepto y viéndolo desde el punto de vista administrativo la sanción administrativa como consecuencia legal debe ser proporcional a la gravedad del daño o perjuicio causado a la administración, obligando de esta manera al legislador a establecer un rango legal de sanciones sin dejar lugar a interpretaciones que ocasionen injusticias.

¹⁰⁶España, Tribunal Supremo, [Sentencia, Sala 3ª, RJ 1989, 3700) F. 3º], de 17 de octubre de 1989.

¹⁰⁷Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de Derecho Administrativo Sancionador”, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013),169.

¹⁰⁸Ibíd. 168.

¹⁰⁹Edgar Alberto Donna y otros, “Revista de derecho penal, culpabilidad: restricciones al poder punitivo”, (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores; 2012), 17.

Al respecto Gómez Tomillo y Pardo Álvarez señala que “la inexistencia de intencionalidad no determina la impunidad de la conducta en los supuestos en los que concurra culpa. Esto es, el legislador parte precisamente de que en el ámbito de las infracciones administrativas la culpa es la situación normal y, el dolo tan sólo supone un plus de responsabilidad [...]”¹¹⁰, de esta manera el dolo no es exigible para la comisión de una infracción administrativa, simplemente para considerarla como infracción administrativa no es necesario tener el pleno conocimiento o convicción de que determinada acción u omisión ocasiona un deterioro en la administración.

Siguiendo esta línea de aseveración “es precisa la inexistencia de un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto imputable, nexo que se concreta en el dolo, la culpa y sus diversas manifestaciones”¹¹¹, considerándose como un requisito previo a la culpabilidad, a través de un desarrollo de las condiciones psíquicas que le permiten al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones.

La inexigibilidad del dolo desde el punto de vista del Derecho Penal según Noelia Ayala Muñoz, “no hay pena sin dolo o imprudencia”¹¹², actúa sabiendo lo que hace y queriendo hacerlo, cayendo completamente en la culpa ya pudiendo evitarlo lo hizo.

En el ámbito administrativo “es la exigencia de dolo la que precisa de una previsión expresa al efecto por la norma sancionadora”¹¹³, es decir la intención maliciosa, o dolo, no es exigible al momento de responder al cometimiento de una infracción administrativa, concordando así con lo dicho anteriormente con Gómez Tomillo y Pardo Álvarez.

Por último, si aducimos caso fortuito o fuerza mayor como “la fuerza mayor como aquel acaecimiento que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable, y el caso fortuito como aquél acaecimiento que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable, y el caso fortuito como aquél suceso imprevisible pero, que de haberse previsto, hubiera podido ser evitado”¹¹⁴, en Derecho Administrativo Sancionador la diferencia presentada no es importante porque la culpa exige la concurrencia de la previsibilidad como de la evitabilidad.

¹¹⁰ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de derecho administrativo sancionador, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 173

¹¹¹ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “Manual de derecho administrativo sancionador, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 168.

¹¹² *Ibíd.* 172.

¹¹³ *Ibíd.* 173.

¹¹⁴ *Ibíd.* 181.

Es menester no apartarse del principio de legalidad en la administración, observando que se preserve estrictamente la máxima normativa de culpabilidad acorde y en equilibrio con el poder del Estado en pro de la protección de los derechos de las personas físicas y jurídicas que resulten responsables, partiendo de la determinación de la responsabilidad objetiva en la imposición de las sanciones administrativas y por último asumir la culpabilidad.

El procedimiento administrativo sancionador se traduce en que no puede imponerse ninguna sanción administrativa sin que previamente se haya tramitado el correspondiente procedimiento establecido en la norma; y según lo previsto en la Constitución y demás leyes de acuerdo a su jerarquía a través de la búsqueda de un equilibrio entre la protección de los intereses públicos y la garantía de los derechos del inculpado.

El artículo 76 de la Constitución de la República numeral 7 y sus literales:

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

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

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento “[...]”.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”¹¹⁵

Se potencia la legalidad de la Administración en el castigo de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, no es un proceso judicial ya que la mayoría de las normas o disposiciones administrativas pueden ser aplicables a los sancionadores y a la inversa.

Las garantías en el marco del Derecho Administrativo Sancionador para Idoya Arteagabeitia González y Mariano Herranz Vega, “el presunto responsable de un procedimiento sancionador tiene derecho a conocer determinados datos del expediente, tales como

¹¹⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

los hechos que le imputan, las infracciones que tales hechos pueden constituir, las sanciones que se les pueden llegar a imponer, la identidad del instructor y de la autoridad competente para la imposición de la sanción y la norma que le atribuya tal competencia, a fin de poder defenderse y formular, en su caso, las impugnaciones que procedan”¹¹⁶, es decir un procedimiento administrativo sancionador como tal, desarrollado de una manera ordenada y sistemática a tal punto que el incumplimiento de determinados requisitos formales del procedimiento sancionador provocaría la invalidez de la sanción impuesta, contemplando así la posibilidad de reglamentar un procedimiento sancionador general que frene la dispersión creada y plasmada en la ley y resoluciones administrativas.

El principio de seguridad jurídica exige la existencia de un procedimiento que permita salvaguardar el interés general a través de las sanciones a las conductas claramente tipificadas como infracciones.

En la legislación española constan las fases del procedimiento son la iniciación, instrucción y resolución¹¹⁷, sin embargo considero que el órgano que decide y tiene la facultad para iniciar el procedimiento es el que sanciona.

1.5.3.3 La sanción administrativa

Para Dromi la sanción administrativa es “un medio indirecto con que cuenta la Administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho”¹¹⁸, hace cumplir a los infractores el orden jurídico administrativo.

Para Borja y Borja “en las normas administrativas, como en toda norma jurídica, se dan dos elementos, esenciales, la infracción y la sanción; por lo mismo, se traduce el papel docente que para el derecho resulta del nexo de esos dos elementos”¹¹⁹, aduciendo que la norma jurídica será civil o penal según la sanción como consecuencia de la infracción, mientras que para el campo administrativo no es de gran importancia que sea civil o penal,

¹¹⁶ Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Tercera Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013), 380

¹¹⁷ Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales, “Derecho Administrativo Sancionador, Parte General”, Segunda Edición, (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010), 710

¹¹⁸ José Roberto Dromi, “Manual de Derecho Administrativo”. (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987), 187.

¹¹⁹ Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”. (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 55.

incluso las llama “normas penales administrativas”¹²⁰, demostrando con esta aseveración una dependencia casi total del Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Penal.

De lo expuesto, discrepo con Borja y Borja porque si bien es cierto el Derecho Penal posee principios que pueden ser utilizados por el Derecho Administrativo Sancionador, no es regla que siempre sea así, sino puede ser una colaboración del penal al administrativo tratando de buscar una autonomía relativa.

Dromi clasifica las sanciones de la siguiente manera:

Disciplinarias. a) Correctivas: amonestación, apercibimiento, multa, postergación en el ascenso, traslado, retrogradación en el escalafón, suspensión del cargo, suspensión del sueldo o estipendio; b) expulsivas (depurativas o eliminativas): cesantía o remoción, exoneración o destitución; c) represivas: arresto.

Contravencionales. a) De finanzas (derecho represivo tributario, fiscal y aduanero): recargo, multa, interés punitivos, comiso, derrame, retención, caducidad, publicidad del nombre de los infractores y suspensión de las publicaciones; b) de policía (derecho represivo policial): arresto, multa, comiso, clausura, inhabilitación, retiro de permiso¹²¹

Las sanciones administrativas contravencionales son compatibles con las disciplinarias, por el mismo hecho y el mismo sujeto ambas sanciones, en un caso como funcionario y otro como administrado. Ante esto Dromi habla sobre la concurrencia “diversas sanciones jurídicas, en ciertos casos, pueden concurrir sobre un mismo hecho o acto”¹²², sea ilícito penal, ilícito civil, ilícito administrativo, ilícito fiscal, etc) es decir un solo acto puede al mismo tiempo infringir diversos órdenes jurídicos.

Por último las “sanciones administrativas con sanciones judiciales, aunque se trate de dos órdenes de competencia independientes, sin que lo resuelto por una prejuzgue la resolución de la otra”¹²³, se puede dar el caso de que un funcionario cometa un delito y al mismo tiempo una falta queda sometido a un sumario administrativo y a un proceso penal.

Dromi señala la distinción que hace el Derecho Penal entre “las sanciones principales son impuestas directamente como pena por la transgresión de la norma infringida, las accesorias recaen generalmente sobre los objetos y medios materiales con que la transgresión se ha realizado y por último, las subsidiarias cuando la sanción principal no se cumple”¹²⁴,

¹²⁰ Ibid., 57.

¹²¹ José Roberto Dromi, “Manual de derecho administrativo”, (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987), 188-189.

¹²² Ibid. 189

¹²³ José Roberto Dromi, “Manual de derecho administrativo”, (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987), 190.

¹²⁴ Ibid, 190

todas estas se pueden aplicar en un mismo hecho. “Las sanciones administrativas disciplinarias son el resultado del poder de la supremacía de la Administración, que tiene por fin asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función [...]”¹²⁵, se entiende que se aplican dentro la institución a sus funcionarios, puede ser reglada o discrecional sancionando las infracciones de los servidores por acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. El poder disciplinario asegura el correcto funcionamiento del servicio público a través de sus funcionarios dependiendo de la organización administrativa jerarquizada y su procedimiento es identificar la falta y comprobar que circunstancia provocó su incumplimiento aplicando el procedimiento sumarial.

Por otro lado Borja y Borja en relación al efecto de la sanción dice “aunque abarca a lo civil, en lo cual se atenúa su grado o intensidad; manifiéstese con mayor fuerza en lo penal, cuyo campo, por eso, adquieren más grande importancia los caracteres individuales del autor de la infracción. En lo administrativo, donde están comprendidos lo penal y lo civil, disminuyendo la trascendencia de su distinción, se aplica lo de la prevención que es común a lo penal y lo civil; por cuanto, si bien, como se sabe, sólo individuos investidos de la calidad de órgano estatal son capaces de realizar la conducta que antecede a la sanción según norma administrativa, y por ende la infracción administrativa se abarca en las especiales, distinguidas de las comunes [...]”¹²⁶, como mantiene una relación con la sanción civil y penal las sanciones administrativas considera pertinente que éstas pueden ser prevenidas en función de que es la administración misma la que controla la conducta que origina la aplicación de la sanción.

Igual que Dromi, Borja y Borja considera que “si bien a la infracción civil se la sanciona solo por ejecución; al delito puede corresponderle además de la pena, como accesorio de ésta, una sanción que se muestra como sanción civil”¹²⁷, esto en comparación con la concurrencia de varias sanciones jurídicas sobre un hecho o acto.

Como cierre del presente capítulo, es necesario recalcar que a través del poder que tiene el Estado en la potestad administrativa como un atributo de la administración para que cumpla con sus funciones a través de las competencias atribuidas por la Constitu-

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”. (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 90.

¹²⁷ Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”. (Quito: Pudeleco Editores, 1995), 93

ción y la ley, aplicables para su desempeño y en el caso del el Estado ecuatoriano en la actualidad tiene las funciones Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las cuales han sido creadas para potenciar al Estado en sus reales capacidades.

La función ejecutiva se concentra en el Presidente de la República quien será el jefe de Estado y jefe de Gobierno, teniendo a su cargo la administración y el gobierno, además de la exclusividad para presentar proyectos de ley en cuanto a impuestos, el gasto público y la división político administrativa del país, además de calificar de urgentes a los proyectos de ley en materia económica y la potestad reglamentaria pese a que esta atribución se puede asignar por ley a los organismos de control y regulación, de acuerdo a la Constitución. Puede dictar reglamentos de ejecución o de aplicación, para que implementen la aplicación de las leyes a excepción del Consejo Nacional Electoral en materia electoral¹²⁸ y la Corte Constitucional¹²⁹ y normar determinada materia relativa a integración, organización, regulación y control de la Función Ejecutiva.

Es así que se concibe al principio de legalidad como el sometimiento de la administración a la ley, misma que limita sus posibilidades de actuación a través del respeto a la supremacía de la Constitución y que todas las normas y actos del poder público tengan concordancia con la ley, diferenciando las leyes orgánicas de las ordinarias.

Siendo la potestad sancionadora la correspondiente a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de la ley buscando el no sancionar y conseguir el correcto cumplimiento de lo establecido a través de una norma y de proposiciones concretas desarrollado en el procedimiento administrativo sancionador que respete el principio de legalidad y de los derechos de los administrados en el debido proceso, en función de lo previsto en la Constitución y demás leyes de acuerdo a su jerarquía en el procedimiento administrativo común.

En el ámbito de la Contratación Pública, la potestad sancionadora administrativa es aplicable para los proveedores, oferentes y contratistas del Estado que por acción u omisión vulneran la norma que la rige, mientras que para las propias entidades contratantes (cuando intervienen en calidad de oferentes) la potestad sancionadora es aplicada de una

¹²⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 219 numeral 6.

¹²⁹ Ecuador, Asamblea Nacional, “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, en Registro Oficial Suplemento 52, (Quito, 22 de octubre, 2009), art. 191 numeral 8.

manera más difusa (un claro ejemplo lo tenemos en la imposibilidad de declarar contratista incumplido a una empresa pública)

Es por esto que a continuación se procedió con el estudio del Servicio Nacional de Contratación Pública como la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública con el objetivo de determinar su potestad normativa y sancionadora y su viabilidad para aplicar sanciones administrativas.

Capítulo Segundo

Potestad Normativa y Sancionadora del SERCOP

Como se señaló en el capítulo anterior, el Presidente de la República tiene la potestad reglamentaria para dictar reglamentos de organización, regulación y control de la Función Ejecutiva y; reglamentos que implementen la aplicación de las leyes. Sin embargo, se evidencia que el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no guarda concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al no implementar y desarrollar en su totalidad lo dispuesto por dicha Ley. El mencionado cuerpo normativo, que ha sido objeto de reformas en los años 2009, 2013, 2014 y 2015 y; las resoluciones externas del SERCOP (codificadas mediante Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000072 de 31 de agosto de 2012), se los analizará en el marco de la potestad normativa y sancionadora del SERCOP.

2.1. Potestad Normativa del SERCOP

En materia normativa, como ya fuere explicado anteriormente, le corresponde a la Asamblea Nacional el expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio; mientras que el Presidente de la República tiene la iniciativa y en su rol de legislador puede iniciar proyectos de ley, objetar y sancionar los proyectos aprobados por la legislatura, declarar urgentes determinados proyectos y dictar normas de rango legal en ciertos casos.

Ahora bien, las entidades que por ley estén facultadas para emitir resoluciones y emitir actos de carácter regulatorio, estarán ejerciendo la potestad normativa, como es el caso del SERCOP que a través del artículo 7 numeral 4 del Reglamento a la LOSNCP establece como atribución del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, el emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública y del Servicio Nacional de Contratación Pública.

La LOSNCP y su Reglamento, regulan en base a principios y todo tipo de contratación estatal tanto en su etapa precontractual como contractual; y la legislación ecuatoriana contiene en sus cuerpos legales normas relacionadas y aplicables al tema de investigación las siguientes:

2.1.1 En el marco de la Constitución de la República del Ecuador

Nuestra norma suprema señala en su artículo 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 Constitución¹³⁰.

Se puede aseverar que las competencias dentro del análisis de nuestra legislación, se determinan mediante norma expresa sabiendo que en Derecho Público se hace lo que expresamente la ley permite. Por lo tanto, el SERCOP debe cumplir con lo dispuesto por la ley acorde a la Constitución y demás normas aplicables y complementarias a fin de cumplir con el control, monitoreo y evaluación del sistema nacional de contratación pública.

Además, en concordancia con la concepción de Estado el cual es regular el accionar de la sociedad a través de las normas; y, con el principio de legalidad en un Estado de derecho, para que cada una de sus funciones sean ejercidas bajo parámetros de control, distribución de potestades, procedimientos preestablecidos con observancia a la división y distribución de funciones otorgadas a cada una dentro de la organización del Estado y que nadie podrá ser juzgado sino según las leyes preexistentes sobre el acto que se le imputa.

2.1.2 En el marco de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP establece:

Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública que comprende: “(...) 3. Los organismos y entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado (...)”¹³¹

El SERCOP, al ser un organismo de derecho público, está regido por esta normativa a fin de controlar el recurso humano que labora en la institución. Se determina la contra-

¹³⁰ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art. 226.

¹³¹ Ecuador, Asamblea Nacional, “Ley Orgánica de Servicio Público”, LOSEP, en Registro Oficial Suplemento No. 294 (Quito, 6 de octubre, 2010), artículo 3, numeral 3.

tación de servicios ocasionales y las inhabilidades para contratar con el Estado así como las prohibiciones a las y los servidores públicos en cuanto a:

i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos; y resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para las empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés¹³²;

Con el propósito de mantener un control sobre los servidores públicos para que no contraten con el Estado y así evitar beneficios económicos a través de actos de corrupción que perjudiquen a las buenas prácticas de compras estatales.

2.1.3 Definición y descripción del SERCOP

Antes de empezar a estudiar al SERCOP como tal, considero necesario hacer una distinción entre el término instituto y el término servicio.

La nominación del ente rector del sistema nacional de compras públicas cambió de INCOP a SERCOP; es decir, pasó de tener una naturaleza jurídica de instituto para convertirse en una entidad cuya naturaleza jurídica es de “Servicio, ejerciendo las atribuciones conferidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la misma que lo caracteriza como un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica operativa, financiera y presupuestaria. Además de es-

¹³² Ecuador, Directorio del Servicio Nacional de Contratación Pública, “Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del SERCOP”, Publicado en Registro Oficial Edición Especial 357, (Quito, 17 de agosto de 2015), artículo 24, literales h y j.

tas características, la ley lo determina como un organismo técnico, regulatorio, respaldando y consolidando las atribuciones a él conferidas tales como “Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley”¹³³.

Sin embargo, el cambio de naturaleza jurídica del ente rector de contratación pública en el Ecuador, tiene una importancia radical en el nuevo paradigma de institucionalidad que fuere impulsado por la SENPLADES y la Secretaría de la Administración Pública en los últimos cinco años. Es así que, en los nóveles años del gobierno de Rafael Correa, se crearon varios institutos adscritos a Ministerios Sectoriales. En aquella época (2008), no existía una definición legal para esta clase de estructura orgánica pública, pero luego de un año, mediante Decreto Ejecutivo N° 109, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 58 de 30 de octubre del 2009, se incorporó el artículo 10.1 al Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en el cual se incluyeron las definiciones legales de las distintas formas de las entidades que integran la Función Ejecutiva, definiéndose así al Instituto como “Organismo público, adscrito a un Ministerio sectorial o Secretaría Nacional, creado para el ejercicio y la ejecución de actividades especializadas, preferentemente en las áreas de investigación, promoción, normalización, ciencia y tecnología”.

Como se observa, esta definición causaba una seria limitación a la actividad que desarrollaba el INCOP, en primer lugar, porque carece de una competencia que es profusamente utilizada por dicha entidad rectora: la de regulación y control; y segundo, porque necesariamente obligaba al entonces INCOP a estar adscrita a un ministerio sectorial, lo cual le impedía tener la autonomía que se buscaba para esta entidad en concreto.

Es por ello, que con otra reforma al ERJAFE, realizada mediante Decreto Ejecutivo N° 31 publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 44 de 25 de julio del 2013, se incorporó una nueva clase de entidad pública: el denominado “Servicio”, definido de la siguiente manera:

Servicio.- Organismo público encargado de la administración y provisión de bienes y/o servicios destinados a la ciudadanía y a la Administración Pública Central e Institucional, que ejerce las facultades de regulación, gestión y control, con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera. Contará con una instancia colegiada como máximo nivel gobernante desde el cual se ejercerá la rectoría en el ámbito de sus competencias.

¹³³Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), art. 10 numeral 9.

Con dicha reforma, se creó el marco regulatorio necesario, para que muchas entidades públicas, quienes ya venían realizando regulación y control, tengan la base legal necesaria para el efecto. Es así que, de forma posterior y con la respectiva reforma a la LOSNCP, constante en las Disposiciones transitorias tercera y quinta de Ley Reformativa, publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de octubre del 2013, el Instituto Nacional de Contratación Pública, pasó a ser el Servicio Nacional de Contratación Pública, con competencia, no solo para proveer bienes y servicios a la ciudadanía y otros entes públicos, sino también para expedir regulación y realizar actividades de gestión y control. Además, logró tener autonomía administrativa, financiera y operativa.

Es necesario recalcar que la denominación de “Servicio” como estructura orgánica administrativa, no es un invento de la función ejecutiva ecuatoriana, pues la definición del mismo, puede ser encontrada en el diccionario del español jurídico¹³⁴ que lo define, en su acepción administrativa, como: “organismo, institución, dependencia administrativa”;

En la Enciclopedia Jurídica también se define al “Servicio” como el “mérito que se hace sirviendo al estado o a otra entidad o persona. Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad: servicio de correos, de electricidad, etcétera”¹³⁵.

Para el caso del SERCOP, en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se lo define como:

Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRAS PUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

¹³⁴ <<http://dej.rae.es/#/entry-id/E221710>>

¹³⁵ <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/instituto/instituto.htm>>

6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;
16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables¹³⁶

Dentro del análisis del Derecho Público, al ser el SERCOP un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria tal como lo menciona la LOSNCP, tiene como misión y visión institucional de acuerdo al Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del SERCOP lo siguiente:

Art. 5.- Misión.- Somos la organización que lidera y regula la gestión transparente y efectiva del servicio de contratación pública, constituyéndose en un instrumento de política pública, dinamizando el desarrollo económico y social del país.

Art. 6.- Visión.- Ser un eje en la transformación de la matriz productiva del país que lo posicione como un referente de la Administración Pública Nacional y de la Contratación Pública Internacional.¹³⁷

¹³⁶ Ecuador, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en Registro Oficial Suplemento 395 (04 de agosto de 2008), art. 10.

¹³⁷ Ecuador, Directorio del Servicio Nacional de Contratación Pública, “Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del SERCOP”, Publicado en Registro Oficial Edición Especial 357, (Quito, 17 de agosto de 2015).

2.1.4 Competencias y potestades del SERCOP

El Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP- tal como lo determina la norma, es el órgano competente junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias¹³⁸.

Si analizamos el término órgano, según Efraín Pérez son “las actividades específicas de un órgano aquellos actos que se manifiestan como la realización de la voluntad del Estado proclamada en la norma jurídica”¹³⁹, es decir, si al SERCOP se lo creó a través de la LOSNCP, se está plasmando a través de ella las actividades que deberá realizar en conjunto con las demás instituciones a fin de cumplir con los planes del órgano primario que en este caso vendría a ser el Estado.

Al mencionar en el ámbito de sus competencias, se refiere al “conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente”¹⁴⁰, es decir, las actividades que puede realizar cada organismo de la administración de acuerdo al ordenamiento jurídico que lo creó y la materia en la cual se desarrollará; en el caso del SERCOP, es la contratación pública.

Entonces, las actividades que desarrolla una institución en base a una norma jurídica preestablecida en donde constan las disposiciones a ejecutar en razón de la materia, territorio y tiempo.

En cuanto al término potestad Efraín Pérez acertadamente dice “el Estado crea las competencias en ejercicio de su potestad pública”¹⁴¹, como lo habíamos visto en el capítulo anterior, es el poder del Estado que lo ejerce a través de las normas en respeto a la Constitución y demás leyes. Haciendo una distinción en la legislación ecuatoriana, existen términos como: facultades, funciones, atribuciones, responsabilidades que son implementadas como sinónimos de competencia, ante lo cual considero que la distribución de competencias se hace sobre las funciones que deberá ejercer determinado organismo público.

Entonces el SERCOP se crea “como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, fi-

¹³⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), Art. 8

¹³⁹ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo* Tomo I, (Quito:CEP,2009), 123

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 126

¹⁴¹ *Ibíd.* 128

nanciera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República¹⁴²”.

Al hablar de personalidad jurídica “implica necesariamente una organización autónoma y patrimonio propio”¹⁴³, demostrándose así que el legislador es quien fija las condiciones para adquirir la personalidad a través de la ley que crea a determinado organismo, en este caso el SERCOP con su propia personalidad jurídica, independencia administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.

El SERCOP es un organismo público que cumple con el mandato constitucional de cumplir con las atribuciones y competencias que le han sido atribuidas por ley y que dentro de sus atribuciones tiene “dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley¹⁴⁴”. Dicha atribución, al ser al estar conferida mediante ley, es de cumplimiento obligatorio siempre y cuando no contravenga la Constitución y leyes vigentes, en consonancia con la atribución de su Director Ejecutivo “Emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del SNCP y del SERCOP, que no sea competencia del Directorio¹⁴⁵”.

En este punto considero imperioso mencionar a las resoluciones que hasta hace poco tiempo venía emitiendo el SERCOP para llenar los vacíos legales que se encontraban en la Ley y Reglamento, ocasionando un sinnúmero de normas de las cuales tocaba diferenciar cuáles estaban derogadas y cuáles seguían vigentes. Es importante resaltar que pese varios años de la ausencia de una compilación, finalmente el 31 de agosto de 2016 a través de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 se resuelve expedir la codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública cuyo ámbito de aplicación es de “cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes”¹⁴⁶, tratando de ésta manera solucionar la dispersión de resoluciones que existían y la confusión de disposiciones que contenían.

En el tema de mi investigación sobre la Resolución INCOP No. 52-2011 de 11 de octubre de 2011 ahora Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 artículo 43, y reformado por la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de

¹⁴² Ecuador, Asamblea Nacional, “Ley Orgánica de Servicio Público”, LOSEP, en Registro Oficial Suplemento No. 294 (Quito, 6 de octubre, 2010), artículo 10.

¹⁴³ Efraín Pérez, “Derecho Administrativo”, Tomo I, (Quito:CEP,2009), 147

¹⁴⁴ *Ibíd.* numeral 9.

¹⁴⁵ Ecuador, “Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en Registro Oficial Suplemento 588,(Quito, 12 de mayo, 2009), Art. 17, numeral 4.

¹⁴⁶ Ecuador, “Resolución No. RE-SERCOP-2016-072”, (Quito, 31 de agosto, 2016), Art. 1

mayo de 2017, establece el procedimiento administrativo de solicitud de las entidades contratantes en la inclusión de los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos al registro del SERCOP, es decir, los pasos a seguir, más no la aplicación de una posible sanción frente a la omisión de las entidades públicas.

2.2. Potestad Sancionadora del SERCOP

Siendo el presente trabajo investigativo cuya finalidad es profundizar la potestad sancionadora en el ámbito de la contratación pública, es menester contar con medios efectivos a través de los cuales los ciudadanos y servidores públicos respondan ante dicha gestión, es así que el Servicio Nacional de Contratación Pública, tiene como objetivo implementar eficazmente el Sistema Nacional de Contratación Pública, pues si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCOP- prevé todos los principios y políticas aplicables a los procesos de contratación, no puede pretenderse que dicho sistema se implemente por cuenta propia.

El artículo 10 de la LOSNCOP creó al originalmente INCOP, hoy llamado SERCOP, como un organismo de carácter regulatorio, de ahí que sea un organismo con facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos dentro de lo que a contratación pública concierne.

Como es de conocimiento general, el carácter de cualquier norma independientemente de su jerarquía es mandatorio y obligatorio, por ello para el profesor Albaladejo, “Cuando lo mandado por la norma es incumplido el ordenamiento reacciona de diferentes formas. Junto a la eficacia obligatoria –y como complemento de la misma- está la eficacia sancionadora o represiva”¹⁴⁷

El autor pretende dar a entender que la eficacia de una norma equivale directamente a la eficacia de la sanción que conlleve su incumplimiento, desde ese punto de análisis se puede concluir que aquella norma que no tiene esencialmente un carácter represivo resulta ineficaz.

En relación a lo dicho y con mucha más razón para el Sistema Nacional de Contratación Pública, es necesaria la expedición no sólo de normas, sino de leyes de carácter sancionatorio que regulen con vigor el cumplimiento de las disposiciones existentes. En este

¹⁴⁷ Manuel Albaladejo García, “Derecho Civil I.-Introducción y parte general Vol.1, Introducción y Derecho de la persona”,(Barcelona: Librería BOSCH C.L, 1989), 182.

sentido, debe considerarse que la sola expedición de un acto normativo -incluso cuando es de cumplimiento obligatorio- no constituye necesariamente un acto sancionatorio, dado que el principio de reserva de ley exige que toda sanción sea determinada a través de una ley para ser receptada como legalmente concebida y, consecuentemente legítima.

Es innegable que el Servicio Nacional de Contratación Pública tiene la responsabilidad de aplicar en lo pertinente las sanciones que acarrea el incumplimiento de dichas disposiciones, y no solo la violación de proveedores del Estado Ecuatoriano sino también las violaciones cometidas por las entidades determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, es decir las entidades contratantes.

A continuación es necesario analizar los preceptos contenidos en la Constitución de la República que tienen injerencia en la facultad sancionadora del SERCOP.

2.2.1 Potestad Sancionadora del SERCOP en el marco de la Constitución de la República del Ecuador

El Servicio Nacional de Contratación Pública, como todo organismo que ejerza la facultad sancionadora, está sujeto a la aplicación de principios constitucionales de manera obligatoria e ineludible, más aún cuando se entiende que toda sanción de carácter administrativo, penal o de cualquier otra naturaleza implica el detrimento de un derecho al sancionado.

Carnelutti, al referirse al concepto de sanción manifiesta que “[...] se llama sanción al señalamiento de las consecuencias que deriven de la inobservancia del precepto. Y como la sanción ha de estimular a la observancia del mismo, tales consecuencias han de ser desagradables, es decir, han de consistir en un mal.¹⁴⁸”

El mal que intencional y decididamente plantea una ley contra el infractor de la misma, sea cual sea este mal, ocasiona la disminución de “algún” derecho, inclusive de aquellos no determinados en la Constitución. De acuerdo a lo manifestado por Luis Castillo Córdova “[...] no hay que olvidar que el Derecho no se reduce a la ley, ya sea esta la Ley del Parlamento o la del Ejecutivo, e incluso ya sea la Constitución misma [...] El Derecho necesita de una referencia anterior y superior al poder público del que emana la ley,

¹⁴⁸Francesco Carnelutti, “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Vol I, (Buenos Aires: Uteha, 1944), 25.

o mejor dicho, anterior y superior a la ideología de quienes circunstancialmente tienen atribuido el ejercicio del poder.¹⁴⁹»

En este sentido, si la norma positiva no prevé un derecho como tal, no puede inferirse que por ello no sea un derecho inherente al ser humano, dado que la premisa anterior y superior que lo motiva es esencialmente la dignidad humana. Por todo aquello, cualquiera sea la sanción que se imponga a la persona considerada como infractora, involucra la disminución de un derecho humano.

La aplicación de sanciones administrativas es procedente siempre y cuando el órgano sancionador se encuentre legalmente facultado para resolver el presupuesto fáctico que se subsume a un incumplimiento de la Ley, por ello se dice que la capacidad de sancionar es relativa y se condiciona a la verificación de la facultad sancionadora que legalmente le sea atribuida al organismo que resuelve.

La Constitución de la República es incuestionablemente el alma de todo ordenamiento jurídico y su obligatoriedad rige cada una de las materias de la vida jurídica del país, al respecto, Luis Castillo Córdova anota que “La Constitución vincula tanto a los que tienen el encargo de ejercer el poder político del Estado en un momento determinado, como a los ciudadanos¹⁵⁰”. Desde esta perspectiva, las normas constitucionales constituyen mandatos de doble sentido: en primera instancia como límites del poder público, y en segundo lugar como garantías para los ciudadanos.

La Constitución no prevé con especificidad las normas que son aplicables al Servicio Nacional de Contratación Pública con relación a la facultad sancionadora, así como tampoco le otorga taxativamente dicha facultad, como sí lo hace en el caso de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, y como se expondrá más adelante, la LOSNCP detalla las competencias otorgadas al SERCOP, entre las que se le encarga la responsabilidad de exigir el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación, con lo que implícitamente sería titular de la potestad sancionadora respecto de las sanciones que determina dicha Ley, a excepción de las que su aplicación se concede directamente a otras entidades.

¹⁴⁹Luis Castillo Córdova, “Los Derechos Constitucionales – Elementos para una teoría general”, (Lima: Palestra Editores, 2007), 48

¹⁵⁰Luis Castillo Córdova, “Los Derechos Constitucionales – Elementos para una teoría general”, (Lima: Palestra Editores, 2007), 407.

En este sentido, es necesario tomar en consideración que de conformidad al artículo 226 de la Constitución:

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.¹⁵¹

El citado principio de legalidad, señala que ninguna actuación administrativa de un ente público puede exceder a las competencias que le han sido atribuidas en la ley que corresponda a la materia. Para el caso del Servicio Nacional de Contratación Pública, si bien la LOSNCP le faculta la emisión de normas administrativas, manuales e instructivos relacionados a la contratación pública, dichos instrumentos deberán ser exclusivamente complementos a las disposiciones de la Ley y de su Reglamento General de aplicación, evidenciándose así una salida a la discordia que existe entre los dos cuerpos legales, a través de la implementación de sanciones en el Reglamento General.

No debe olvidarse que las sanciones determinadas en la LOSNCP, cuya aplicación le correspondería al SERCOP, son aplicables tanto a proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores como también a las entidades contratantes, por lo que en cumplimiento a las garantías del debido proceso debería exigirse la reforma al Reglamento General que contengan las sanciones que dicho organismo imponga.

En el caso que nos atiene, el artículo 76 contempla una serie de principios aplicables a todo proceso dentro del que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden. Unas de las garantías fundamentales contemplada en el referido artículo consiste en que:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.¹⁵²

¹⁵¹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

¹⁵² Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

Idealmente, toda sanción debería emitirse por el ente competente a través de un acto administrativo debidamente motivado, como una resolución administrativa; con más razón aquellas conductas que son observadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

La facultad sancionadora es un ejercicio manifiesto de *iuspuniendi* y debe guiarse medularmente por el principio de legalidad, es por tanto que los límites de la potestad sancionatoria del SERCOP se encuentran determinados en la LOSNCP, de cara a que puedan implementarse a través de su propio Reglamento General. Al respecto Rivero Ortega señala que:

El poder administrativo tiene una enorme capacidad de intervención debido al crecimiento de su aparato organizativo y de los fondos que maneja. Para evitar que este potencial se emplee desviadamente, es necesario subordinar cada actuación administrativa a lo previamente decidido por el Derecho: éste es el objetivo y el significado del principio de legalidad de la Administración¹⁵³

Lo previamente decidido por el Derecho será necesariamente aquello que se prevea en la norma positiva, es decir, aquella ley que plasme la voluntad soberana y sea conocida por todos a fin de que cada conducta y los efectos de su omisión o cometimiento se encuentren claramente delimitados.

“Expedida la ley así, por órgano competente, sea escrita y pública permite que todos conozcan con anticipación los límites de la protección, o la consecuencia jurídica de sus actos, lo que conlleva a garantizar sus derechos, en especial del ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado.¹⁵⁴” Con lo señalado, se reitera que la naturaleza del principio de legalidad es la de limitar la actuación pública y la de garantizar los derechos de los administrados.

Por lo expuesto, resulta evidente que aún cuando la LOSNCP le otorgue la facultad sancionadora al SERCOP, el ejercicio de dicha facultad se sujeta a las conductas infractoras que fueron fijadas previamente por la Asamblea Nacional en la misma LOSNCP. Lo cual implica que, el ejercicio del SERCOP como ente sancionador se restrinja a la aplicación de las sanciones existentes y no a la creación de nuevas.

¹⁵³ Ricardo Rivero Ortega, “Introducción al Derecho Administrativo Económico”. (Salamanca: Editorial Ratio Legis, 2001), 105

¹⁵⁴ Alexander López-Quiroz, “Principio de legalidad y prevaricato”, Revista: DIXI, (24 de octubre de 2016): 15.

2.2.2 En el marco del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE

El ERJAFE es un Estatuto aprobado vía Decreto Ejecutivo, que rige de manera general para todos aquellos organismos que componen la Función Ejecutiva, sin perjuicio de las leyes específicas bajo las cuales se hayan creado determinadas instituciones.

En el caso del Servicio Nacional de Contratación Pública, la aplicación del ERJAFE rige de manera secundaria, por cuanto, al ser la LOSNCP una ley con carácter orgánica a partir de la cual se creó este Servicio, corresponde a dicha Ley la regulación de los actos administrativos emitidos en el ámbito de la contratación pública.

Sin embargo, las presunciones de los actos administrativos emitidos por cualquier entidad de la Función Ejecutiva, tales como la legitimidad y ejecutoriedad conciernen asimismo a las actuaciones administrativas del SERCOP. Al centrarse en la potestad sancionadora del Servicio Nacional de Contratación Pública, debe entenderse que las sanciones impuestas por ese organismo tanto a entidades contratantes como a los proveedores del Estado, son legítimas, es decir que emanan de una ley y son determinadas por la autoridad competente; y, consecuentemente dichas sanciones deben ser ejecutadas en forma obligatoria e inmediata por los administrados.

Como vimos en el capítulo anterior, la presunción de legalidad es sin duda un elemento constitutivo de los actos administrativos, empero, existen causales de nulidad que pueden llegar a desvirtuar esta presunción y quitarle validez a lo ordenado. Las causales de nulidad de pleno derecho se encuentran previstas en el artículo 129 del ERJAFE, entre las principales se encuentra el numeral 2, que señala:

En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹⁵⁵

¹⁵⁵Ecuador, “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva” ERJAFE, Registro Oficial 536, 18 de Marzo de 2002

Probablemente, el ERJAFE será derogado por el Código Orgánico Administrativo que fuere aprobado en la Asamblea Nacional. En su artículo 105 establecer las causales para la nulidad del acto administrativo:

Artículo 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.
El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable.
El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo.¹⁵⁶

Ya sabemos que la facultad normativa del SERCOP se encuentra prevista como parte de sus atribuciones en el artículo 10 de la LOSNCP, y en base a ésta la máxima autoridad dicta resoluciones complementarias a la Ley y su Reglamento General, sin que esas resoluciones puedan normar o crear sanciones que son temas de reserva de Ley. Por lo cual, si el SERCOP emite una sanción sobre la base de una figura que no existe en la LOSNCP, esa sanción recaería en una causal de nulidad.

Todos los actos administrativos condicionan su eficacia al momento de su notificación al interesado, es decir que la obligación o los derechos adquiridos para el administrado se generan desde que éste tiene conocimiento del texto íntegro del documento en cuestión. En este sentido, el numeral 2 del artículo 126 del ERJAFE señala que:

Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que

¹⁵⁶Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016).

procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contenciosas administrativas y el plazo para interponerlas.¹⁵⁷

En el COA en cuanto a la notificación se refiere el Art. 173: Término de notificación. La notificación del acto administrativo se ordenará en el término máximo de tres días a partir de la fecha en que se dictó.

El incumplimiento de este término no es causa que determine la invalidez de notificación, aunque puede derivar en responsabilidad de los servidores públicos a cargo.¹⁵⁸

La notificación del acto administrativo es entonces un requisito sine qua non dentro del procedimiento sancionador y es responsabilidad de la entidad sancionadora cumplir con el plazo previsto de 10 días para notificar al administrado en legal y debida forma. Por lo expuesto, se evidencia la responsabilidad de las entidades de notificar a los interesados los actos administrativos en el tiempo señalado por el ERJAFE, sin embargo, de acuerdo al pensamiento de Albaladejo, esta disposición sería ineficaz, dado que no se determina la sanción a su incumplimiento.

Dentro de la diligencia de notificación, es necesario que el documento puesto en conocimiento del administrado le haga conocer los efectos del mismo y los recursos con los que cuenta para ejercer su derecho a la defensa, además de la instancia dentro de la cual puede interponerlos. Las sanciones emitidas por el SERCOP como por cualquiera de las entidades contratantes pueden ser objetadas, sí, pero siempre y cuando los recursos interpuestos sean los previstos en la LOSNCP.

El derecho a la impugnación de un acto administrativo es una forma del ejercicio de defensa del administrado cuando no se encuentra de acuerdo con lo resuelto por la autoridad, o en su defecto, cuando por vía administrativa solicita que de alguna forma se replantee lo ordenado. Al respecto, “[...] la garantía constitucional a la impugnación no comporta un medio ilimitado ni incondicional para en cualquier caso y bajo cualesquier circunstancia iniciar un proceso impugnatorio. La garantía constitucional a impugnar tiende a cautelar la debida aplicación y observancia de los medios de impugnación que se encuentren previstos

¹⁵⁷ Ecuador, “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”, Registro Oficial 536, 18 de Marzo de 2002.

¹⁵⁸ Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016).

en ley, con las restricciones que sobre su aplicación a procesos especiales, haya dispuesto la propia ley.¹⁵⁹»

La impugnación que se contempla para cualquier acto, generalmente encontrará la vía administrativa y la vía jurisdiccional para interponerse.

La Corte Constitucional de Colombia, mediante su sentencia No. 749 de 6 de octubre de 1999 resolvió:

El legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administradores contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso –reposición, apelación, u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos –positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio¹⁶⁰.

Como se conoce, el ERJAFE determina que en la vía administrativa existe la posibilidad de interponer el recurso de apelación, reposición y el recurso extraordinario de revisión ante la afectación de un acto administrativo. El COA elimina el recurso de reposición según lo dispone el artículo 219¹⁶¹ define como Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

No obstante y como se mencionó anteriormente, la LOSNCP es la norma orgánica dentro del sistema de compras públicas, lo que ocasiona que en la defensa de los afectados por temas de contratación, no se puedan presentar, por vía administrativa, otros recursos fuera de los previstos en esa norma.

La LOSNCP prevé la reclamación y el recurso de reposición como mecanismos para quienes se sientan afectados por actos administrativos.

Finalmente, es pertinente concluir que el ERJAFE o el COA, no contienen normas de carácter específico que reglen la facultad sancionadora del Servicio Nacional de Contratación Pública, sin embargo las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo sí

¹⁵⁹Alvaro R. Mejía Salazar, “Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo –ensayo”,(Quito: Ediciones Legales S. A., 2013), 18.

¹⁶⁰ Colombia, Corte Constitucional de la República de Colombia, [Sentencia No. 749-1999] en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-742-99.htm>>, 10 de mayo de 2011.

¹⁶¹Ecuador, “Proyecto de Código Orgánico Administrativo”, Resolución CAL-2015-2017-083, (Quito: 7 de enero de 2016).

complementan la forma administrativa de ejecutar las sanciones determinadas por dicho organismo.

2.2.3 En el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme las atribuciones conferidas por la LOSNCP, entre las que es fundamental señalar la de “asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública”.¹⁶²

Uno de éstos objetivos prioritarios es precisamente “Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.”¹⁶³. El Sistema Nacional de Contratación Pública es el único medio a través del cual se llevan a cabo los diferentes tipos de procedimientos establecidos en la Ley, por ello dicho sistema contiene los datos de todas las entidades contratantes y los proveedores que dinamizan la contratación pública.

Cuando una de las partes de esta relación falla, implica que una parte de la población está siendo afectada y por ende la atención a una necesidad pública está siendo dilata-da; por ello, es necesario un control constante respecto de la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

Consecuentemente, el artículo 19 de la referida ley detalla las siguientes causales de suspensión de un proveedor en el Registro Único de Proveedores, y los tiempos de sanción que corresponden a cada una:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido;
2. No actualizar la información requerida para su registro por el Servicio Nacional de Contratación Pública, suspensión que se mantendrá hasta que se realice la actualización correspondiente; y,
3. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 100 de esta Ley.

¹⁶² Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), Numeral 1, Art. 10.

¹⁶³ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), Art. 9, Numeral 11.

Una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el Servicio Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite.

Es causa de suspensión definitiva de un proveedor en el RUP haber entregado para su registro información adulterada, siempre que dicha situación haya sido declarada en sentencia ejecutoriada de última instancia¹⁶⁴.

Los numerales 2 y 3 del artículo citado, reflejan efectivamente la facultad sancionatoria que ostenta el SERCOP, puesto que es responsabilidad de éste la actualización de la información referente a sanciones y suspensiones de los proveedores del Estado en el Registro Único de Proveedores. Sin embargo, respecto del numeral 1 debe entenderse que la facultad de declarar a un proveedor como contratista incumplido o adjudicatario fallido le corresponde exclusivamente a la entidad contratante.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 14 establece el control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación y que “Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley”¹⁶⁵, también el artículo 19 dispone las causales de suspensión en el RUP, ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de 5 y 3 años respectivamente, no actualizar la información requerida para su registro por el Servicio Nacional de Contratación Pública y haber sido inhabilitado de conformidad con los incisos segundo y tercero del artículo 100, y que “una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el Servicio Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite”¹⁶⁶. En el artículo 100, respecto de la responsabilidad de los consultores establece “Si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, establecidos por la vía judicial o arbitral, la máxima autoridad de la Entidad Contratante dispondrá que el consultor sea suspendido del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones aplicables”, y, “En el caso que los estudios para la ejecución de obra fueran elaborados por servidores de la misma institución pública si es que el precio de imple-

¹⁶⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

¹⁶⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), reformada por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Registro Oficial No. 966 Segundo Suplemento de 20 de marzo de 2017.

¹⁶⁶ Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

mentación de los mismos sufre una variación superior al treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato de obra, por causas imputables a los estudios, serán sancionados con la destitución sin derecho a indemnización, previo el sumario administrativo respectivo, sin perjuicio de su responsabilidad civil”¹⁶⁷. Por último, de acuerdo a las infracciones establecidas en el artículo 106, dispone en el artículo 107:

Las infracciones previstas serán sancionadas con la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días. La reincidencia será sancionada con suspensión en el mismo registro de entre 181 y 360 días, sin perjuicio de las demás sanciones, que para cada infracción, se establezcan en las respectivas normas. La aplicación de las sanciones establecidas en el presente artículo, se regirán por el Reglamento y demás normativa expedida para el efecto.

Evidenciándose de este modo que el Servicio Nacional de Contratación Pública contempla la aplicación de sanciones para las infracciones por el establecidas, siendo de esta manera notoria su facultad sancionadora, volviéndose así un órgano sancionador competente con dicha potestad atribuida por vía legal.

La entidad contratante, siendo la única competente para declarar el incumplimiento de un proveedor, es también la única que conoce los actos administrativos que se han emitido en la fase de ejecución del contrato. Cuando ésta no publica la información relevante de los procedimientos, o, en su defecto no remite al SERCOP los actos administrativos que generen efectos jurídicos para el proveedor, esta entidad habría incumplido su obligación legal de transparentar la información.

En tal virtud, la LOSNCP prescribe una serie de responsabilidades para las entidades contratantes, no obstante limita su eficacia a una mera enunciación, dado que no se establece la consecuencia que acarrea su incumplimiento, situación que como se ha demostrado, no es el caso ante los incumplimientos generados por proveedores del Estado. Si bien es cierto que en la Disposición General Primera se señala que toda infracción a la LOSNCP cometida por cualquier funcionario a nombre de una entidad contratante será castigada por la Contraloría General del Estado¹⁶⁸, no es menos cierto que en tales casos la facultad sancionadora se traslada al referido organismo de control.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

El inconveniente fundamental que acarrea como consecuencia la falta de sanciones a las entidades contratantes se evidencia en los casos del artículo 98 de la ley de la materia, dado que se obliga a las entidades contratantes a remitir al Servicio Nacional de Contratación Pública la nómina de los proveedores declarados como contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos para que sean suspendidos del RUP por 5 y 3 años, respectivamente, pero no se fija la sanción al tiempo máximo determinado para la notificación al SERCOP, mucho menos se precisa una sanción al incumplimiento de esta obligación.

El procedimiento que regula la forma de notificación al SERCOP, se encuentra definido en el artículo 43 de la Sección IV, Registro de Incumplimientos de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, expedida por el SERCOP; y reformado mediante la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077, de 12 de mayo de 2017, artículo 43.2 que en el siguiente capítulo se analiza con más profundidad los efectos que esta problemática genera.

Al ser el SERCOP la entidad rectora de las compras públicas debe cumplir con lo dispuesto por la ley acorde a la Constitución y demás normas aplicables y complementarias a fin de cumplir con el control, monitoreo y evaluación del sistema nacional de contratación pública, bajo el principio de legalidad; y, siendo un servicio se encarga de coordinar y regular la gestión transparente y efectiva de la contratación pública.

Dentro de sus competencias el SERCOP puede realizar actividades de acuerdo al ordenamiento jurídico que lo creo y la materia en la cual se desarrollará, en el caso del SERCOP es la contratación pública y fue creado a través de la LOSNCP y siendo las potestades el poder del Estado que lo ejerce a través de las normas en respeto a la Constitución y demás leyes, desembocando todo en las funciones que deberá ejercer determinado organismo público.

Es importante resaltar que existen responsabilidades y obligaciones establecidas en la Ley tanto para entidades contratantes como para proveedores, sin embargo al momento de establecer sanciones la LOSNCP se concentra en condenar las infracciones cometidas por los proveedores del Estado y aunque ésta prescribe una serie de responsabilidades para las entidades contratantes limita su eficacia a una mera enunciación demostrándose una falta de sanciones a las entidades contratantes según el artículo 98 de la LOSNCP obligando a las entidades contratantes a remitir al Servicio Nacional de Contratación Pública la nómina de los proveedores declarados como contratistas incumplidos o adjudicatarios fa-

lidos pero sin establecer la sanción al tiempo máximo determinado para la notificación al SERCOP regulando simplemente la forma de notificación al SERCOP, en el artículo 43 de la Sección IV de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y reformada mediante Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo de 2017, expedida por el SERCOP que a continuación se analiza detenidamente.

Capítulo Tercero

Análisis de Aplicación del artículo 43, de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016y su reforma mediante Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077

Como se señaló en el capítulo anterior, la potestad sancionadora permite a los órganos de la Administración Pública, iniciar procesos administrativos sancionadores en contra de los administrados o funcionarios públicos, quienes por acción u omisión inobservaron las disposiciones legales que rigen a la Administración Pública.

De forma específica, el Servicio Nacional de Contratación Pública contempla la aplicación de sanciones para las infracciones por el establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; considerándose necesario, a la luz de lo expuesto en la presente investigación, la aplicación de sanciones, no solo a los proveedores del Estado, sino también a las entidades contratantes, lo cual demostraré a través de un caso práctico de análisis.

3.1. Efectos de las sanciones de contratista incumplido y de adjudicatario fallido.

La Administración Pública tiene la posibilidad de establecer sanciones y llevar adelante un proceso sancionador dejando de lado al monopolio de los jueces y tribunales con el fin de no saturarla y permitirle sancionar a quienes violenten sus disposiciones; y vinculada al legislativo quien deberá establecer una distancia de la potestad punitiva del Estado penal y administrativa como voluntad del soberano.

En primera instancia, todas las personas naturales o jurídicas que adquieren obligaciones con las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, deben constar no sólo registradas sino también habilitadas como proveedores del Estado en el Registro Único de Proveedores, para lo cual deben ser legalmente capaces y deben estar exentos de cualquier tipo de inhabilidad de las previstas en la LOSNCP.

De tal forma, la idoneidad del proveedor para poder obligarse con el Estado responde a dos condiciones: su capacidad legal, la establecida dentro de cualquier ámbito civil y su habilitación en el Registro Único de Proveedores¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008), Art. 16.

El proveedor que habiendo sido adjudicado un procedimiento no suscribiere el instrumento contractual correspondiente, o, de ser el caso que no hubiere dado cumplimiento al objeto contractual del instrumento por el cual adquirió derechos y obligaciones, será declarado adjudicatario fallido o contratista incumplido, según fuere el caso, y será sujeto de la suspensión en dicho Registro por el lapso de tres (3) o cinco (5) años según corresponda.

El artículo 18 de la LOSNCP determina como requisito primordial que: “Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado¹⁷⁰” (el subrayado me pertenece), entonces, en caso que el proveedor se encuentre inscrito como tal en el Registro Único de Proveedores, pero su estado no corresponda a “habilitado”, no podrá participar dentro de los procedimientos de contratación pública que se oferten en virtud de encontrarse enmarcado en una inhabilidad general.

Los numerales 4, 5 y 6 del artículo 62 de la LOSNCP, señalan como inhabilidades generales que impiden a un proveedor celebrar contratos administrativos las siguientes: “Quienes consten suspendidos en el RUP; 5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y, 6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones”¹⁷¹.

El proveedor suspendido en el RUP no es apto para contratar con el Estado, es decir que aquellos contratos que llegaren a celebrarse con un contratista inmerso en esta condición podrían ser declarados como nulos y en consecuencia establecerse las responsabilidades civiles, administrativas y penales que fueren pertinentes.

Según cita Ernesto Matallana, las inhabilidades “se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado”.¹⁷²

Ciertamente, la condición para que efectivamente se declare el incumplimiento de un proveedor es su imputabilidad, dicho de otro modo, la infracción debe producirse por causa exclusiva del oferente o del contratista. El incumplimiento de la oferta o del contrato provoca la prohibición a toda entidad contratante sujeta al ámbito de control de la

¹⁷⁰Ibid, art. 18.

¹⁷¹Ibíd, art 62.

¹⁷²Ernesto Matallana, “Manual de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993”, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005), 120.

LOSNCOP, de contratar con ese proveedor inhábil, efecto jurídico fundamental dentro del Registro Único de Proveedores.

3.2. Notificación de la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato o la Declaratoria de Adjudicatario Fallido, al SERCOP

El capítulo IX de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, trata sobre la terminación de los contratos y faculta a las entidades contratantes a que puedan dar por terminados los contratos celebrados con los proveedores, en forma unilateral y anticipada, siempre y cuando se presenten algunas de las circunstancias descritas en las causales prescritas en la misma ley. La declaratoria de terminación unilateral y anticipada de los contratos ocasiona que los proveedores de obras, bienes y servicios incluidos los de consultoría, sean declarados como contratistas incumplidos, imposibilitándolos de contratar con el Estado por 5 años.

Así el artículo 94 de la LOSNCOP prevé que “la entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos”¹⁷³, es decir, la finalización o interrupción de una obligación emanada de una sola voluntad, sin necesidad de consenso de voluntades. Plasmado en la iniciativa de la entidad contratante para comunicar su decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato y de analizar si el contratista justificó su incumplimiento según el artículo 95 de la LOSNCOP, “[...] la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad [...]”¹⁷⁴. La legislación ecuatoriana, no establece una definición de terminación unilateral del contrato y la LOSNCOP se limita a señalar los casos en los cuales la Administración podría proceder con la terminación unilateral, basta con su sola voluntad para proceder con dicha terminación a través del poder de las instituciones públicas al emitir actos administrativos motivados y que antes de proceder con la terminación unilateral la entidad contratante notificará al contratista con la anticipación de diez días término sobre su decisión de terminarlo unilateralmente, considerándose un aviso para el contratista a riesgo de que la Administración ejerza su derecho y termine el contrato de forma unilateral.

¹⁷³Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

¹⁷⁴Ibíd.

Ampliando al artículo 94 de la LOSNCP que establece las causales de la terminación unilateral siendo, la primera que se hayan incumplido las obligaciones contractuales, en función de la necesidad que tiene la Administración de que se cumpla el objeto del contrato; la segunda causal es la insolvencia o quiebra del contratista, es decir la situación económica o financiera del contratista, que le impide cumplir con las obligaciones adquiridas; la tercera son las multas que superen el 5% del contrato, valor establecido por para la garantía de fiel cumplimiento del contrato, es decir, que si no existe una garantía suficiente que permita solventar el de las multas que se la ha impuesto al contratista, la Administración declarará la terminación unilateral; la cuarta es la suspensión por más de 60 días dispuesta por la entidad contratante, de acuerdo al plazo establecido para la realización del objeto contractual y para su entrega. En esta causal, cabe recalcar que la legislación prevé que si la suspensión supera los 60 días se podrá iniciar con la terminación unilateral y anticipada del contrato; la quinta es la celebración de contratos con expresa prohibición de la ley, no ha considerado disposiciones de carácter legal; la sexta por las demás causales previstas en el contrato, vinculada a la propia naturaleza del contrato; y por último; por no haberse aceptado una terminación de mutuo acuerdo, cuando el contratista se hubiese negado previamente a aceptar una terminación de mutuo acuerdo debido a circunstancias técnicas o económicas imprevistas, o de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente comprobados.

Como se señaló anteriormente, es necesario realizar de forma previa la notificación al contratista con la anticipación de 10 días término¹⁷⁵, a fin de que justifique el incumplimiento y tome las acciones necesarias para corregir el incumplimiento, en caso de no justificar o remediar dicho incumplimiento, la entidad contratante dará por terminado unilateralmente el contrato a través de la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante.

El artículo 95 y 98 de la LOSNCP regulan el procedimiento a seguirse para la declaración de un adjudicatario como fallido y de un contratista como incumplido. Asimismo, el inciso segundo del artículo 146 del Reglamento General de la LOSNCP dispone:

¹⁷⁵Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008). Art. 95.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.¹⁷⁶

Lo que no se pone de manifiesto en dicha normativa es que aun cuando los efectos jurídicos de los respectivos actos administrativos que emita la entidad contratante, surgen desde la notificación al administrado, éstos pierden su eficacia cuando no se ven reflejados en el Registro Único de Proveedores.

Pero, ¿qué sucede cuando se declara erróneamente a un contratista como incumplido?, la Codificación de las Resoluciones establece en el artículo 44 las circunstancias bajo las cuales procede la rehabilitación, detalladas a continuación:

1. Que la entidad que lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido solicite el levantamiento de la suspensión, por haberse superado las causas que motivaron la respectiva resolución sancionatoria, sin que la ejecución de garantías o el cobro de indemnizaciones puedan considerarse como medidas que superen el incumplimiento producido. El Servicio Nacional de Contratación Pública verificará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Ley, para que proceda el levantamiento de la suspensión y podrá objetar de manera fundamentada tal solicitud;
2. Que la entidad contratante, mediante resolución debidamente motivada revoque el acto administrativo por el cual lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido. El Servicio Nacional de Contratación Pública verificará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Ley, para que proceda el levantamiento de la suspensión y podrá objetar de manera fundamentada tal solicitud;
3. Que exista sentencia ejecutoriada, resolución de órgano judicial competente, acta de acuerdo de mediación, laudo arbitral, que deje sin efecto el acto administrativo que originó la inclusión en el Registro de Incumplimientos; y,
4. Que hayan transcurrido tres (3) años desde la fecha de registro del adjudicatario fallido, o cinco (5) años desde la fecha de registro del contratista incumplido, casos en los cuales la rehabilitación será automática¹⁷⁷.

Presentándose de esta manera las vías o caminos que se le muestran al contratista para recuperar *el tiempo perdido* que estuvo fuera del portal siempre y cuando dicha declaración realizada por la entidad contratante sea debidamente justificada, sin embargo, en el caso de que tal declaración haya sido de manera errónea no existe la solución al problema.; Ante esto el contratista afectado debería pedir una indemnización a la entidad contratante

¹⁷⁶Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

¹⁷⁷ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública. “Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072”. (31 de Agosto, 2016), artículo 44

por el perjuicio causado, puesto que en dicho tiempo deshabilitado, no pudo realizar contratación alguna quedando suspendido en sus actividades afectando a terceras personas.

Es por esto que ante esta dura situación no muy fuera de la realidad, es imperante un control más exhaustivo por parte del SERCOP derivada en una sanción a las entidades contratantes que no reportan oportunamente a los contratistas incumplidos, y así en base a su fundamentación y motivación se determine la procedencia o no de dicho registro.

El 11 de octubre de 2011, el entonces Instituto Nacional de Contratación Pública, hoy denominado Servicio Nacional de Contratación Pública, expidió la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, reformada mediante Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo de 2017, en cuyo artículo 43.1 describe el modo de notificar al SERCOP los actos administrativos de sanción a proveedores:

43.1.- Solicitud por la entidad contratante para la inclusión en el Registro de Incumplimientos de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, bajo su responsabilidad, y en cumplimiento a los artículos 19 numeral 1; y, 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, remitirá al Servicio Nacional de Contratación Pública, en el término máximo de setenta y dos (72) horas contados a partir de la fecha de notificación al proveedor del acto administrativo o resolución mediante el cual se lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido, a fin de que se proceda con la inclusión correspondiente en el Registro de Incumplimientos; la siguiente información:

1. Solicitud expresa de inclusión en el Registro de Incumplimientos al proveedor declarado como adjudicatario fallido o contratista incumplido, con los siguientes datos, según corresponda:

- a. Nombres completos de la persona natural; o razón social de la persona jurídica o denominación de la asociación o consorcio, que la entidad declaró adjudicatario fallido o contratista incumplido ;
- b. Número de Registro Único de Contribuyentes ;
- c. Nombres completos y número de cédula del representante legal de la persona jurídica proveedora o del procurador común en caso de compromiso de asociación o consorcio; o, asociación o consorcio constituido; así como de sus partícipes;
- d. Código del procedimiento precontractual publicado en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública por el cual se le ha declarado adjudicatario fallido o contratista incumplido;

2. Resolución o acto administrativo mediante el cual se declaró adjudicatario fallido o contratista incumplido.

La resolución antes mencionada debe estar debidamente motivada e identificar de manera clara y expresa el incumplimiento incurrido por parte del proveedor, por el cual se declaró adjudicatario fallido o la terminación unilateral y anticipada del contrato con la declaración de contratista incumplido

3. Constancia de la notificación de la resolución de declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido.

La entidad contratante comunicará por escrito al proveedor la resolución de declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido, según corresponda, y publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública dicha notificación con la resolución respectiva.

4. En caso que el procedimiento de contratación se haya realizado con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante adicionalmente enviará copia del respectivo contrato.5. Otra información que la entidad contratante considere pertinente

43.2.- Procedimiento para la inclusión en el Registro de incumplimientos.- Para la inclusión de un proveedor como adjudicatario fallido o contratista incumplido en el Registro de Incumplimientos administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, el procedimiento será el siguiente

:1. Inclusión inmediata.- Si el contenido de la información y la documentación proporcionada para la inclusión de adjudicatario fallido o contratista incumplido, enviado por la entidad contratante es procedente y se encuentra completa, el Servicio Nacional de Contratación Pública, en el término máximo de setenta y dos (72) horas, realizará la actualización correspondiente del Registro de Incumplimientos, inhabilitando al proveedor para participar en los procedimientos de contratación pública, de conformidad a los tiempos de sanción previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, tres (3) años para adjudicatario fallido y cinco (5) para contratista incumplido.

2. Inclusión y aclaración de información.- Si el contenido de la información y la documentación proporcionada para la inclusión de adjudicatario fallido o contratista incumplido en el Registro de Incumplimientos, enviado por la entidad contratante se encuentra incompleta, el Servicio Nacional de Contratación Pública solicitará a dicha entidad para que en el término máximo de setenta y dos (72) horas complete o aclare la información o documentación requerida. Sin perjuicio de lo mencionado, si en dicha solicitud inicial se adjunta la Resolución de Terminación Unilateral con la declaración de contratista incumplido o la declaratoria de Adjudicatario Fallido, debidamente motivada y con la identificación completa del proveedor a declarar como contratista incumplido o adjudicatario fallido, y la respectiva notificación al proveedor, el Servicio Nacional de Contratación Pública, en el mismo término de setenta y dos (72) horas procederá con la inclusión respectiva del proveedor en el Registro de incumplimientos, sin perjuicio de la obligatoriedad que tiene la entidad contratante de remitir la información solicitada.3. Solicitud improcedente.- Si el contenido de la información y documentación proporcionada para la inclusión de un proveedor como adjudicatario fallido o contratista incumplido, enviado por la entidad contratante se identifica el incumplimiento de los requisitos e información detallados en el artículo 43.1 de la presente Codificación, es decir, que la información remitida no permita realizar la inclusión del proveedor en el Registro de Incumplimientos, el Servicio Nacional de Contratación Pública, se abstendrá de realizar dicha inclusión y solicitará a la entidad contratante que en el término máximo de setenta y dos (72) horas complete o aclare la información y documentación del mismo, a fin de proceder con la inclusión respectiva. En caso de que se identifique el incumplimiento por parte de la entidad contratante de la solicitud emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública para que complete o aclare la información en el término señalado, el Servicio Nacional de Contratación Pública informará de dicho incumplimiento a la Contraloría General del Estado para el control respectivo.

Si la declaratoria de terminación unilateral o de adjudicatario fallido fuera respecto a una asociación o consorcio, se inhabilitará a su procurador común, a todos los asociados o partícipes y sus representantes legales, de ser el caso. En consecuencia, la entidad contratante incluirá en el acto administrativo con el cual declare adjudicatario fallido o contratista incumplido, la información de cada uno de los integrantes de la asociación o consorcio.

Es de responsabilidad exclusiva de las entidades contratantes declarar a un adjudicatario como fallido o a un contratista como incumplido, dentro de lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General. Con la información que remita la entidad al Servicio Nacional de Contratación Pública se incluirá al proveedor en el Registro de Incumplimientos, a fin que desde la fecha en que se registre el incumplimiento corran los tiempos de sanción dispuestos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin que para el efecto el Servicio Nacional de Contratación Pública califique la legalidad del acto administrativo. En los casos en que la entidad contratante notificare la declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido al Servicio Nacional de Contratación Pública fuera del término previsto en el presente artículo, el Servicio Nacional de Contratación Pública procederá a comunicar dicho retraso a los organismos de control correspondientes, sin perjuicio de la inclusión respectiva, de ser procedente.¹⁷⁸

¹⁷⁸Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública. “Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000077 ”. (12 de Mayo, 2017).

Con ésta última reforma, la entidad contratante debe remitir al Servicio Nacional de Contratación Pública la resolución administrativa sancionatoria en un término de 72 horas luego de realizada la notificación, es decir, una vez que el administrado tenga pleno conocimiento de la sanción que le ha sido impuesta, de los efectos jurídicos que causa, y de los recursos que posee para ejercer su derecho a la defensa.

La documentación que debe anexarse a la solicitud de inclusión en el Registro de Incumplimientos, consiste en información básica que permite verificar al SERCOP los datos a registrarse y adicionalmente deja constancia de haberse cumplido con el debido procedimiento previsto en el artículo 95 de la LOSNCP. Desde la práctica, los documentos fundamentalísimos que deben constar en la solicitud son la constancia de notificación al administrado y la resolución administrativa en original o copia certificada.

Con relación a la actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública, el registro de la sanción solicitada debe hacerse en 72 horas, considerando que éste limita su actuación a la de mero administrador del Registro Único de Proveedores y deja toda la responsabilidad de la solicitud a la entidad contratante.

Si bien se acortaron los tiempos para el registro de incumplimiento, pasando de 10 días a 72 horas, no es menos cierto que se mantienen los mismos requisitos antes de la reforma, claro que se da una importancia a la revisión de los documentos remitidos por la entidad contratante, por parte del SERCOP y si dado el caso estos contenga información incorrecta solicitará las justificaciones del caso. Pese a estos cambios se mantiene una operatividad deficiente al depender de la voluntad de la entidad contratante con la remisión de la documentación y que a partir de ese momento empiecen a correr las 72 horas establecidas para cumplir con los trámites establecidos.

Ahora bien, es importante resaltar la reforma constante en el artículo 43.3 inciso segundo “En caso de que se identifique el incumplimiento por parte de la entidad contratante de la solicitud emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública para que complete o aclare la información en el término señalado, el Servicio Nacional de Contratación Pública informará de dicho incumplimiento a la Contraloría General del Estado para el control respectivo”¹⁷⁹, mediante el cual el SERCOP informará a la Contraloría General del Estado dicho incumplimiento. Tal norma, expone otra posibilidad de coacción a las entidades contratantes, quienes incumplen sus obligaciones legales y/o reglamentarias. Si

¹⁷⁹ Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública. “Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077”. (12 de mayo, 2017), artículo 43.2

bien, no es una sanción propiamente dicha, la remisión y denuncia a la Contraloría General del Estado, respecto a la inobservancia normativa, es un mecanismo que permite el control legal de una actuación concreta de una entidad pública, lo cual está acorde a los principios expuestos en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Sin embargo, la resolución reformativa no considera lo que dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública que en la parte final del inciso segundo indica que el SERCOP podrá requerir información hasta la última persona natural, pero la resolución reformativa solo menciona que se inhabilitará cuando fuese declarado por terminación unilateral o adjudicatario fallido a todos los asociados o partícipes incluidos los representantes legales, sin mencionar a las personas naturales que no cumplan esta condición para también declararlas de esta manera.

Según lo que establece el último párrafo de la reforma, señala que en caso de que la entidad contratante notificare la declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido fuera del tiempo previsto en el presente artículo, es decir 72 horas, se procederá a comunicar dicho retraso a los organismos de control, en este caso la Contraloría General del Estado. Como se mencionó, este párrafo no establece sanción alguna, ya que no se puede considerar o tipificar sanción a una obligación del órgano rector establecida en la Constitución de informar las anomalías u omisiones legales a la Contraloría General del Estado para que esta vea si procede o no en realizar la auditoria respectiva.

En todo caso, luego de que se ha realizado el registro de suspensión del proveedor, automáticamente éste se encuentra impedido de acceder al Sistema Oficial de Contratación del Estado- SOCE, dado que el mismo está configurado de tal manera que ni siquiera ingresando el usuario y contraseña el proveedor pueda acceder y visualizar los procedimientos de contratación existentes, mucho menos participar en ellos:¹⁸⁰

1 Alerta de ingreso al SOCE de proveedores inhabilitados

¹⁸⁰SERCOP. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/index.php?swin=XNNLF> (2016).

¡Error de ingreso! X

El RUC, usuario y contraseña indicados no corresponden a ningún usuario registrado.

- ◆ Verifique que todos los campos estén llenos.
- ◆ Revise que el RUC, usuario y contraseña sea los correctos.

Para mayor información visite:

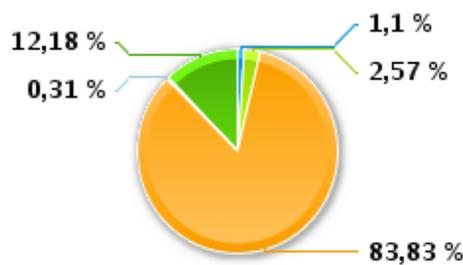
El número de proveedores que se registran diariamente en el Registro de Incumplimientos que administra el SERCOP, es significativo, lo que implica que existen un alto grado de faltas a los términos señalados en el respectivo pliego y contrato.

A continuación se muestra un cuadro respecto de las cifras del total de proveedores que se encontraban registrados en el RUP hasta el presente año:

1 Proveedores registrados en el RUP (Deshabilitados + Habilitados + No Calificados + Pasivos)

Deshabilitados; Habilitado; No Calificado; Pasivo; PASIVO

■ Grande ■ Mediana ■ Micro ■ NO DEFINIDO ■ Pequeña



Hasta mayo del presente año existían 292.898 personas naturales y jurídicas registradas como proveedoras del Estado Ecuatoriano, sin embargo, no todas éstas estaban legalmente habilitadas para efectivamente celebrar contratos con las entidades contratantes.

La imagen que se expone a continuación evidencia el número de proveedores no habilitados dentro del RUP:¹⁸¹

1 Proveedores inhabilitados en el RUP 2016

Tipo de Proveedor	Nº. Deshabilitados; Habilitado; Pasivo
Grande	77
Mediana	208
Micro	25205
NO DEFINIDO	211
Pequeña	1101
Total General	26802

Se debe tomar en consideración que el Servicio Nacional de Contratación Pública no habilitará como proveedores a quienes mantengan deudas y se encuentren en mora con el Estado, por lo tanto no se puede afirmar que todos los proveedores deshabilitados corresponden a contratistas registrados como incumplidos o como adjudicatarios fallidos, puesto que la suspensión en el RUP responde a diversas causales, sin embargo la cifra señalada permite concluir que alrededor del 8.92% del total de proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores, no pueden celebrar contratos públicos con las entidades contratantes¹⁸².

Para conocimiento general, la Economía Popular y Solidaria surgió como consecuencia de la crisis económica, política y social por los bajos niveles de ingresos para grandes sectores de la población, resultando en unidades de producción de menor tamaño.

Hay proveedores que no están en igualdad de condiciones frente a otros por el tamaño de su empresa, afectando la posibilidad de acceder a contratos con el Estado, sea por

¹⁸¹ SERCOP. “Rendición de Cuentas 2015” (2015): 13, http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2016/04/Informe_rendicion_de_cuentas2015.pdf. Consulta: 15 de noviembre de 2016.

¹⁸² SERCOP, Reportes Sistema de Contratación Pública – Sap. (2017) <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/analisis-sercop/>>

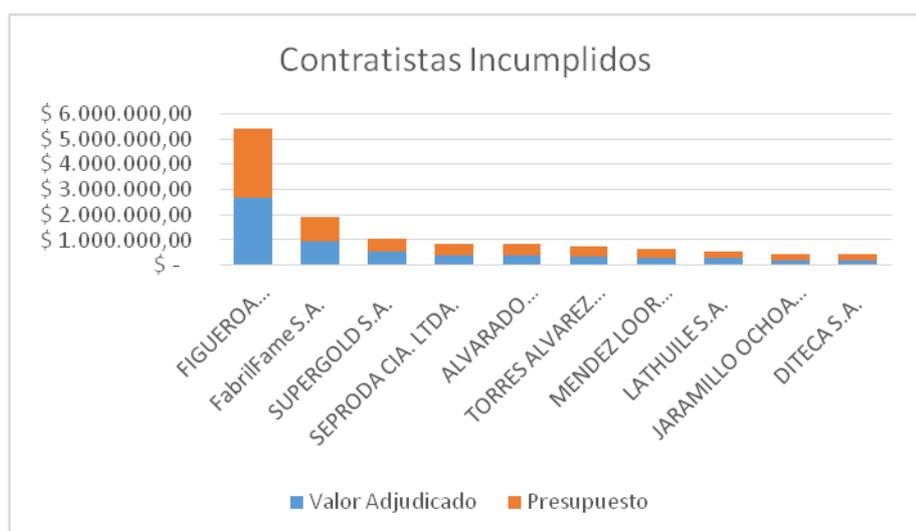
experiencia, ubicación geográfica, condiciones operativas, manejo de la tecnología, condiciones financieras, etc.

Al respecto, y de acuerdo a la información proporcionada por el SERCOP que las micro, pequeñas y medianas empresas (Pymes), ocupan un importante porcentaje en el universo de contratistas incumplidos (con más del 83%) Esto se debe sin menoscabar el derecho al emprendimiento, libre empresa y libre asociación; que de acuerdo a su composición pueden ser sociedades o personas naturales que realizan actividades de comercio, agricultura, manufacturación, transporte, almacenamiento, comunicaciones, servicios comunales, sociales y personales. Se debe en que en la mayoría de los casos podrán soportar el cumplimiento de contratos por declaración de emergencia o de menor cuantía, pero por su volumen de facturación, capital o número de empleados no tienen la capacidad de soportar o cumplir contratos de mayor cuantía, por ende al no cumplir con lo dispuesto en la relación contractual la ley obliga a declararlos contratistas incumplidos.

Generándose la necesidad de una inclusión a través de conocimientos en trámites, permisos de funcionamiento, prácticas empresariales, afiliación al seguro, pago de impuestos, capacitación, asistencia técnicas y demás.

En el gráfico que a continuación se representa la mayoría de los proveedores incumplidos son personas naturales y/o pymes.

2 Contratistas Incumplidos



Generándose la inquietud respecto a si realmente estas empresas al momento de presentar sus ofertas con el objetivo de ser adjudicados los procedimientos de contratación pública, tomaron en consideración su capacidad económica y operativa para cumplir con el objeto contractual y así evitar problemas futuros como incumplimientos de contratos.

Si para celebrar contratos con el sector público estas empresas deban acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

En este punto es necesario considerar la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública la cual reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al sustituir la Disposición General Séptima por la siguiente:

SEPTIMA.- En cualquiera de las modalidades de contratación previstas en esta Ley, las empresas oferentes, al momento de presentar su oferta, deberán demostrar el origen lícito de sus recursos y presentar la nómina de sus socios o accionistas para verificar que los mismos no estén inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública.

El ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública podrá requerir en cualquier tiempo información que identifique a los socios, accionistas o miembros de las personas jurídicas nacionales o extranjeras que, a su vez, sean socios, accionistas o miembros de la empresa oferente, y así sucesivamente hasta identificar la última persona natural.¹⁸³

Si bien estas nuevas disposiciones buscan dinamizar la contratación pública a fin de incentivar la economía nacional, en especial para los pequeños contratistas, con esta reforma el SERCOP podrá solicitar en cualquier momento a las empresas oferentes, los socios, accionistas o miembros hasta la última persona lo cual genera incertidumbre y polémica, en el caso de incumplimientos, si los oferentes participan como consorciados sus miembros quedarían inhabilitados por default, pero con esta nueva disposición que pasa con los socios (personas jurídicas) que fueron declarados contratistas incumplidos encontrándose inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública si detrás de esta persona jurídica tenemos a más personas jurídicas y personas naturales se vuelve una cadena larga que finaliza en que simplemente nadie de ellos podrá contratar con el Estado.

¹⁸³Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Registro Oficial No. 966 Segundo Suplemento de 20 de marzo de 2017.

Entonces ¿de qué dinamismo e incentivos económicos hablamos para los pequeños contratistas si todos los miembros terminan siendo inhabilitados ocasionando que se contrate con los mismos proveedores de siempre, afectando el principio de libre competencia?

El sentido de sancionar a un proveedor es darle a entender la gravedad que supone fallarle al Estado. Cuando un organismo contrata un bien, un servicio o una obra se entiende que el objetivo de dicha contratación es dar solución a la necesidad de una parte de la colectividad, por ende, el retraso que ocasiona la falta de seriedad de los contratistas y oferentes implica también un retraso a la solución de un problema social.

Según lo determina el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015, “todo procedimiento de contratación pública contempla distintas etapas, como son: Preparatoria, Precontractual, Contractual y Post contractual (Evaluación)”¹⁸⁴; cada una de estas etapas amerita que la entidad contratante gaste tiempo y recursos humanos y económicos importantes. El incumplimiento de un proveedor implica que la entidad haya gastado estos recursos impunemente, y adicionalmente, tenga que utilizar aún más recursos en la elaboración y ejecución del acto administrativo sancionatorio.

Todo este uso de recursos resulta más inútil todavía cuando la entidad contratante no remite oportunamente, o aún peor, no remite en ningún tiempo al Servicio Nacional de Contratación Pública la Resolución Administrativa que sanciona al proveedor. Queda claro que los efectos jurídicos nacen con la notificación al administrado, sin embargo si su inhabilidad no está publicada en el RUP, no hay modo de que otras entidades contratantes tengan conocimiento de la calidad de ese proveedor.

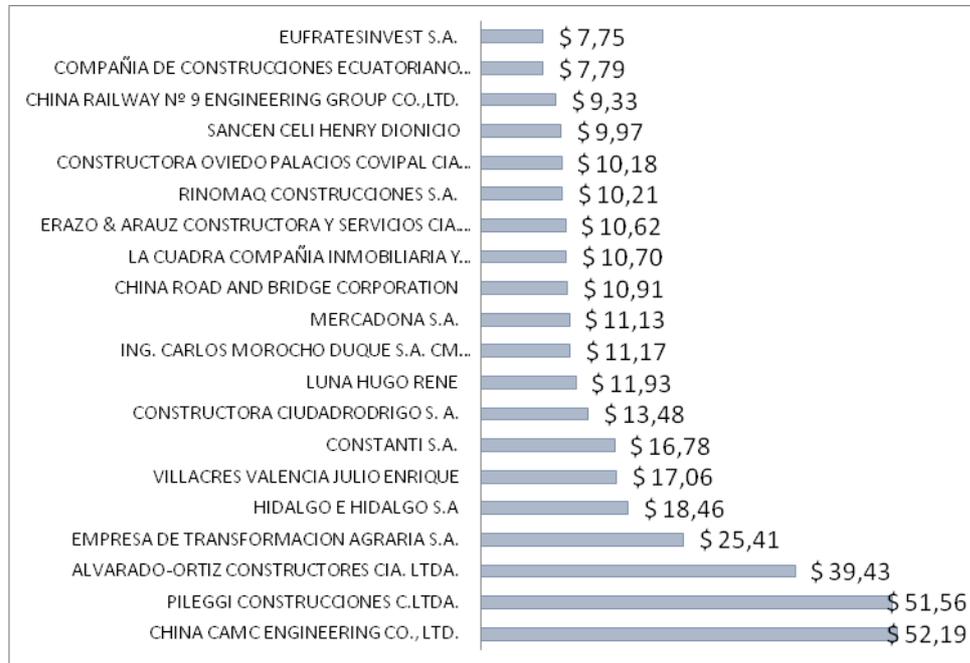
La falta de registro de la inhabilitación de un proveedor del Estado le permite continuar contratando con las entidades del sector público y ganando a costa de la omisión de la entidad sancionadora.

A continuación se presentan los mayores proveedores según el tipo de contratación¹⁸⁵

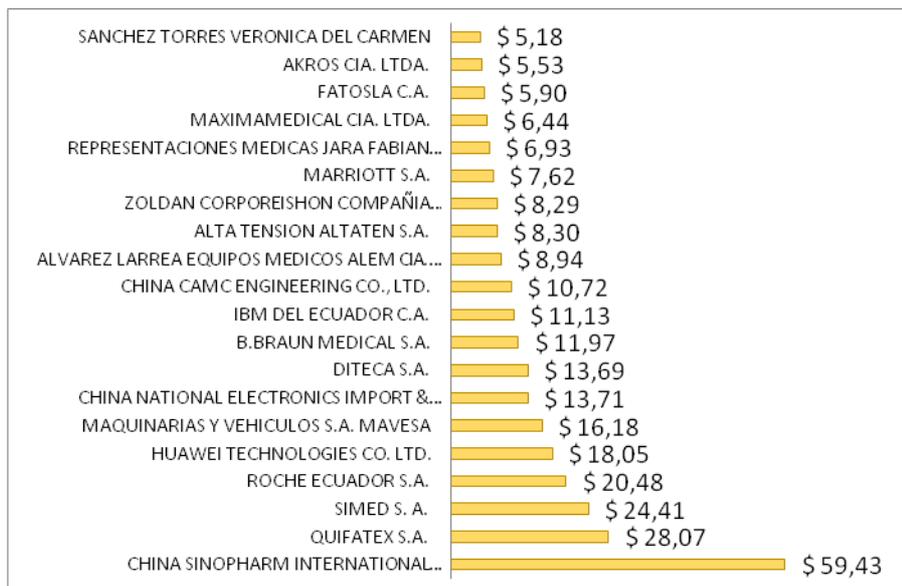
¹⁸⁴Subdirección General de Control, Coordinación Técnica de Controversias e Intendencia de Investigación de abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas-SCPM. *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, Capítulo 1, (2015), 10.

¹⁸⁵SERCOP. Solicitud de Información a través del Sistema de Gestión Documental Quipux, Oficio No. SERCOP-DNEI-2017-0405-OF, 11 de mayo de 2017.

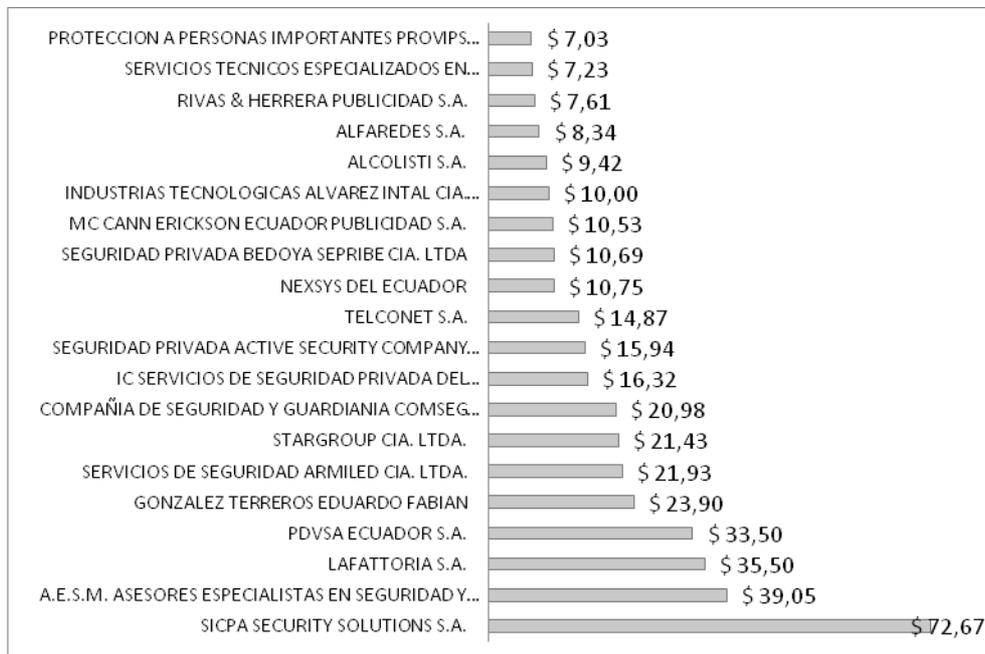
3 Proveedores con mayor monto adjudicado (Obra)



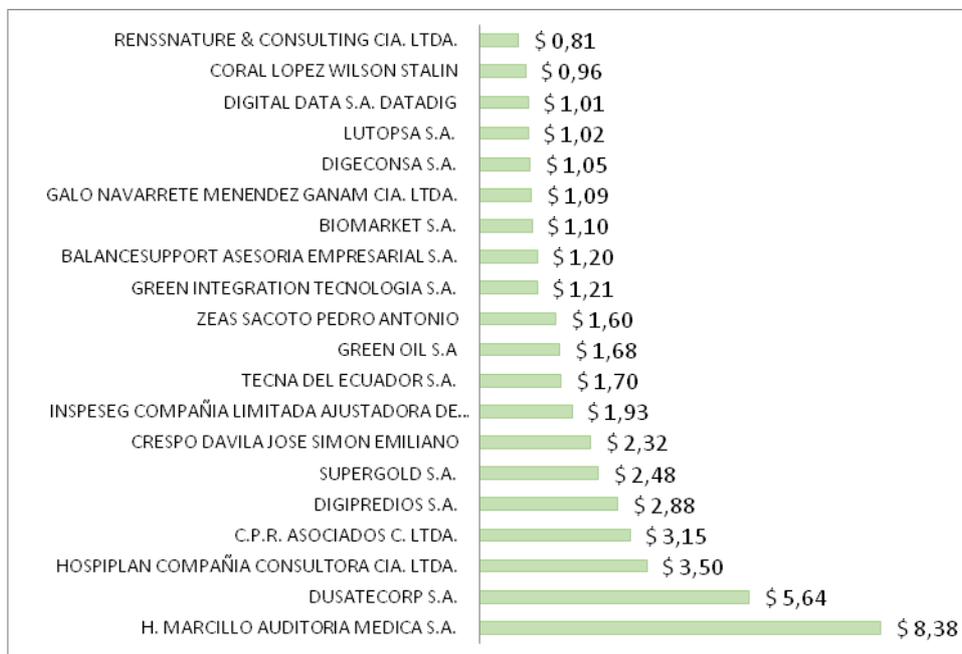
4 Proveedores con mayor monto adjudicado (bienes)



5 Proveedores con mayor monto adjudicado (Servicios)



6 Proveedores con mayor monto adjudicado (Consultoría)



De lo anterior, se puede deducir una posible concertación de mercados en el Ecuador, arrojando como resultado la concentración de la economía en un solo sector empresa-

rial, como es evidente en los cuadros anteriores las empresas que han contratado en obra y bien por mayor monto son de nacionalidad china, abarcando de esta manera importantes sectores como es la construcción y la farmacéutica, afectando la libre competencia plasmado en la Constitución de la República¹⁸⁶, que nace como respuesta a los abusos de quienes tienen una posición privilegiada en el mercado.

Acorde a las cifras publicadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, los siguientes son los proveedores más contratados durante el año 2016, en el ámbito de la contratación pública:¹⁸⁷

¹⁸⁶Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008), art.66, numeral 15.

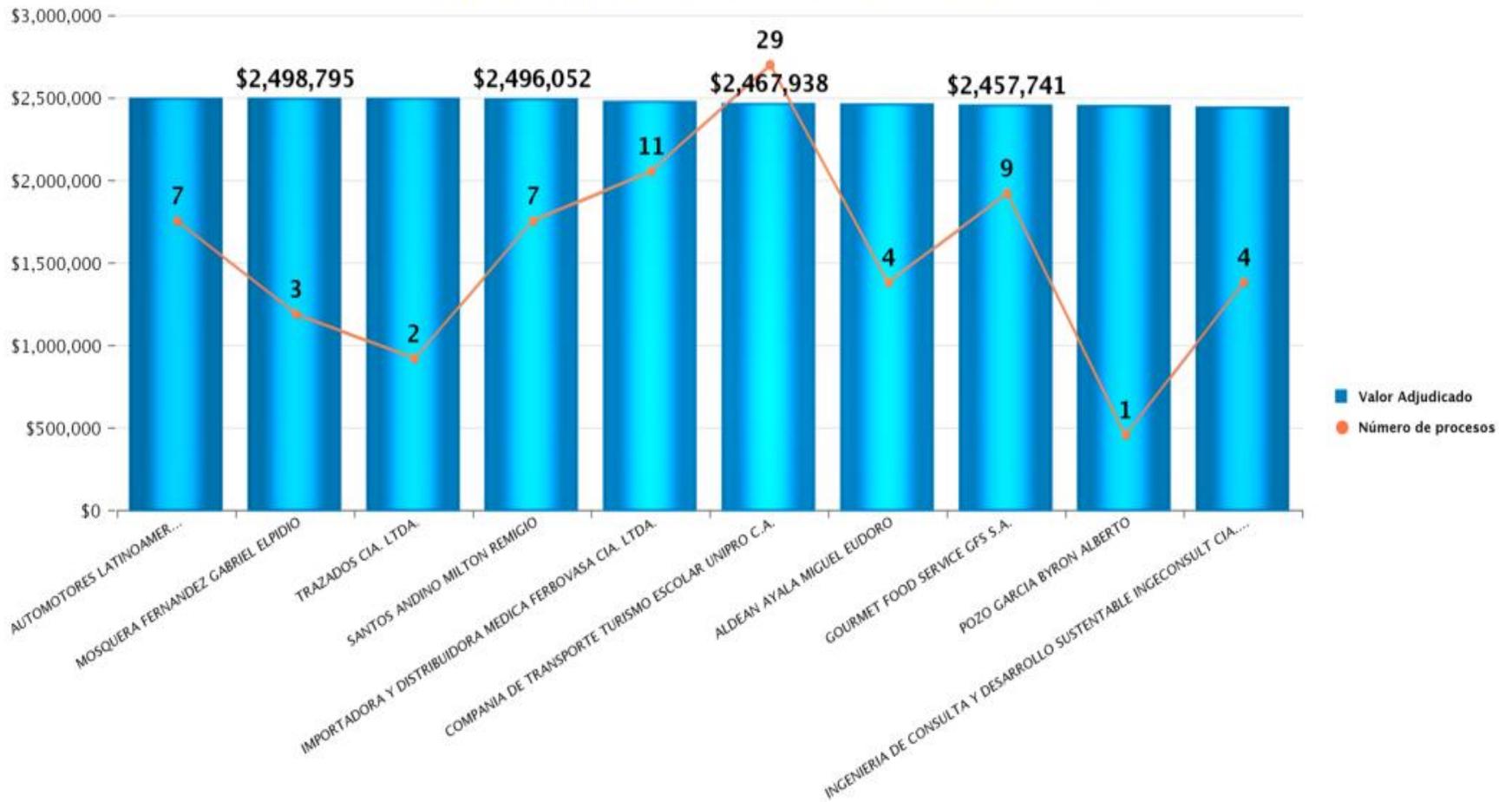
¹⁸⁷SERCOP, Reportes Sistema de Contratación Pública – Sap. (2017) <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/analisis-sercop/>>

7 Proveedores frecuentemente adjudicados

Proveedores recurrentes

Todas las Entidades

Proveedores por monto adjudicado y número de procesos



3.3 Caso práctico de análisis

A continuación se presenta un ejercicio de análisis a partir de un caso ficticio en el cual un proveedor que recurrentemente ha participado en procesos de contratación pública en Ecuador, con la finalidad de comprobar los beneficios que éste percibiría en un lapso de tres meses.

3.3.1 Ejemplo para el análisis: La entidad contratante no remite al SERCOP la resolución administrativa de terminación unilateral

Para este análisis se ha tomado en cuenta el caso de una COMPAÑÍA DE TRANSPORTE

3.3.1.1 PLANTEAMIENTO:

El Ministerio de Transporte y Obras Públicas suscribió un contrato con la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE, sin embargo la contratista incurrió en incumplimientos que le permitieron a la contratante terminar unilateralmente el contrato.

En la fase preparatoria que consiste en estudios de mercado, informes, etc.- el Ministerio de Transporte y Obras Públicas invirtió alrededor de 15 días; posteriormente en la fase precontractual se utilizaron 20 días; hasta el momento en que la contratista ejecutó el contrato pasaron 40 días; y, finalmente en etapa post contractual y de elaboración de la resolución de terminación unilateral transcurrieron 15 días más.

2 Etapas del Proceso

ETAPA DEL PROCESO	DÍAS TRANSCURRIDOS
PREPARATORIA	15
PRECONTRACTUAL	20
CONTRACTUAL	40

POST CONTRATUAL	15
TOTAL	90 DÍAS

Es decir, que sin tomar en cuenta la duración de la etapa contractual –asumiendo que en el mejor de los casos lo entregado por la contratista resultó de utilidad, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas empleó 90 días en un procedimiento que no dio el resultado esperado. Cuyo tiempo pudo ser utilizado en analizar y buscar mejores propuestas de proveedores que sí pudieron haber cumplido con sus responsabilidades ante el Estado y la entidad contratante para la prestación del servicio requerido.

La gravedad de los incumplimientos que diariamente surgen en la ejecución de los contratos administrativos, más allá del impacto que genera sobre la necesidad no satisfecha, se traduce en la opinión pública como la ineptitud del ente administrativo de controlar y contratar eficazmente bienes, obras o servicios que lleguen a un cumplimiento del 100% dentro de los plazos contractuales estipulados.

Los procesos de contratación pública, sobre todo aquellos de régimen común, implican el transcurso de un tiempo significativo, de ahí la importancia de que la entidad contratante realice una fase oportuna en cada fase del proceso, y, para aquellos contratos que resultaren incumplidos, accione inmediatamente los medios necesarios para concluir las sanciones pertinentes, permitiendo de esta manera una nueva contratación que continúe lo pendiente.

Situación de la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE:

El monto promedio por contrato celebrado es de USD \$2'467.938,00

De acuerdo al cuadro obtenido del portal institucional del SERCOP, dicha compañía habría suscrito 29 contratos durante el año 2015, por lo cual el monto global de contrataciones asciende a la suma de USD \$71.570,202.

En este caso la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE, fue declarada contratista incumplida y sin embargo no fue registrada como tal en el Registro Único de Proveedores, por lo que continúa como proveedor del Estado durante esos 5 años, percibiendo utilidades y ganancias sustanciales.

Beneficio para la contratista:

En base al monto de procedimientos de los cuales resultó beneficiada el año 2015, la aproximación más cercana que puede determinarse es que la proveedora COMPAÑÍA DE TRANSPORTE, al encontrarse habilitada para contratar durante esos 5 años que le habría correspondido constar como incumplida e inhabilitada en el Registro Único de Proveedores, percibiría alrededor de USD \$357.851,01, surgiendo las siguientes interrogantes: ¿Cuántos proveedores del Estado resultaron perjudicados?, ¿Cuántos procedimientos fueron injustamente adjudicados?.

Los USD \$357.851,01 que en el presente análisis – de una supuesta falta de registro como incumplida en el SERCOP por falta de gestión del Ministerio de Transporte y Obras Públicas – habría podido recibir la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE, constituiría un perjuicio y preferencia en contra de los demás proveedores del Estado que en goce de su capacidad legal y aptitud jurídica para ser contratados resultarían desplazados por un proveedor sujeto de una prohibición de contratar con el sector público.

Dicha circunstancia bien podría ser objeto de acciones legales en contra del referido Ministerio, emprendidas por aquellos proveedores que se hubieren considerado perjudicados en procedimientos de contratación pública dentro de los cuales hubiere resultado como ganadora la COMPAÑÍA DE TRANSPORTE.

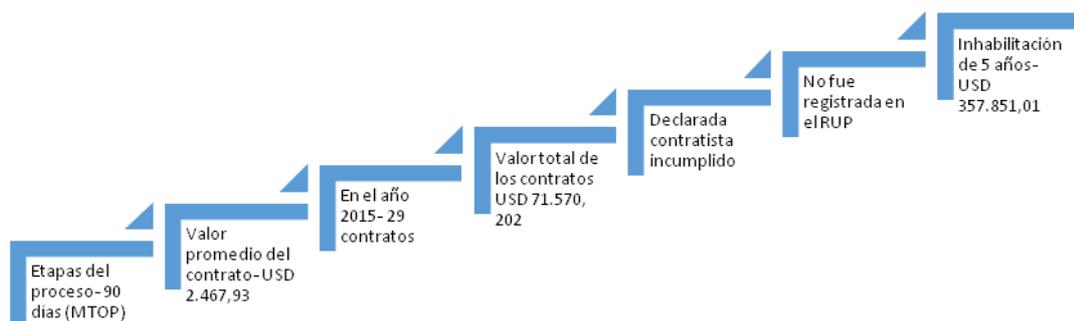
Luego incluso del perjuicio causado a otros proveedores, existe un punto crítico que conlleva consecuencias jurídicas mucho más graves sobre la citada compañía: de conformidad a lo prescrito en el artículo 6 del Código Civil “Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces [...]”¹⁸⁸, de tal manera que, una vez que la contratista fuera legalmente notificada con la resolución de terminación unilateral del contrato, tenía conocimiento de su prohibición de suscribir contratos públicos, por lo cual sus actuaciones se traducirían en una infracción al ordenamiento jurídico.

En resumen a continuación se presenta desde la etapa preparatoria hasta la etapa de ejecución del contrato el cual no se cumplió en totalidad ocasionando la terminación unilateral y al no ser reportado por la entidad contratante oportunamente al Registro Incumpli-

¹⁸⁸ Ecuador, H. Congreso Nacional, “Código Civil”, Registro Oficial Suplemento 46, (24 de junio de 2005).

mientos ocasionando un perjuicio económico al Estado de USD 357.851,01 y perjudicando a demás proveedores que a través de una participación transparente pudieron ser adjudicados dicho contrato. Siendo en este caso la aplicación de la potestad sancionadora la acción u omisión ejecutada por la entidad contratante reprochable por el daño causado explicado anteriormente.

8 Línea de Tiempo



Finalmente, el tiempo empleado y perdido por la administración pública al levantar este y otros procedimientos de contratación representan, a más de representar una desgaste de recursos, que los funcionarios encargados de levantar todo el procedimiento bien pudieron dedicarse a otras actividades inherentes a su puesto como atender a los usuarios, generar otros procedimientos u otras funciones en beneficio del servicio público.

3.2. Problemas jurídicos para la entidad contratante por la omisión o retardo en la notificación al SERCOP

En el caso ejemplificativo analizado, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas en primer lugar utilizó infructuosamente 90 días en el procedimiento y que se señaló anteriormente porque se ocupó el mencionado plazo, y en segundo lugar, pese a ser una obligación remitir al SERCOP las resoluciones de terminación unilateral de los contratos, no lo hizo. De haber notificado al SERCOP la resolución administrativa luego de tres meses de notificada al administrador, igualmente habría incurrido en una sanción dado que no se cumple el plazo máximo de 10 días señalado por el SERCOP.

Como vimos anteriormente, el artículo 98 de la LOSNCP exige a las instituciones sometidas a su aplicación la remisión de las resoluciones de terminación unilateral de contratos y de declaración de adjudicatarios fallidos que sean emitidas¹⁸⁹, sin embargo dicho artículo no determina el plazo que estas entidades tienen para cumplir esa obligación. Sin embargo, el artículo 43 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y reformado por la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000077 de 12 de mayo de 2017, es clara al señalar que dicha diligencia debe realizarse en el término máximo de 72 horas desde la notificación al contratista.

Aunque la resolución administrativa no se encuentra en la misma jerarquía normativa que la Ley, la normativa conexa expedida por el SERCOP es de aplicación imperativa. Al respecto la Constitución de la República del Ecuador determina el siguiente orden jerárquico dentro del ámbito jurídico ecuatoriano:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados¹⁹⁰

El orden jerárquico de aplicación de las normas es sin duda una herramienta fundamental dentro del ejercicio del derecho, al respecto Kelsen manifiesta:

Las normas generales establecidas legislativa o consuetudinariamente representan un nivel inmediatamente inferior a la Constitución, en el orden jerárquico del derecho. Estas normas generales tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, especialmente los tribunales, pero también las autoridades administrativas. Los órganos aplicadores del derecho deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar asimismo el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas¹⁹¹

¹⁸⁹ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

¹⁹⁰ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

¹⁹¹ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (México: Universidad Autónoma de México, 1995), 152.

Desde esta perspectiva, se infiere la superioridad de la Constitución y las leyes orgánicas sobre acuerdos y resoluciones administrativas, cuyo origen está subordinado a las normas específicas de la materia; dicho de otra forma, los acuerdos y resoluciones administrativas deberán limitar su contenido y alcance dentro de los márgenes que prevea la ley orgánica competente, entendiendo claro que ésta última debió observar los principios y preceptos determinados en la Constitución de la República. Así lo corrobora Kelsen:

Una norma pertenece a un orden jurídico sólo en cuanto ha sido creada de conformidad con las prescripciones de otra del propio orden. Este regressus desemboca finalmente en la primera Constitución, cuya creación encuéntrase determinada por la norma fundamental hipotética. Podría igualmente decirse que una norma pertenece a cierto orden jurídico si ha sido creada por un órgano de la comunidad constituida por ese orden¹⁹².

Cuando se indica la potestad normativa del SERCOP, se relaciona al mismo tiempo la barrera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a la de su Reglamento General de aplicación, por lo que dentro del marco legal, el referido organismo debería normar exclusivamente sobre aquellas cuestiones explícitamente prescritas en dichos cuerpos.

En suma, las resoluciones administrativas dictadas por el SERCOP, mucho más allá de la consideración de dicho organismo como ente rector de la contratación pública, se subordina a la LOSNCP, es decir, en varios grados jerárquicamente inferiores, pero de cumplimiento obligatorio.

Dentro del problema que esta investigación analiza, se encuentra la determinación fuerte y concreta de múltiples infracciones tipificadas a ciertas acciones y omisiones de los proveedores del Estado ecuatoriano, sin que dicha situación se refleje en general para las entidades contratantes, sobre todo dentro del procedimiento de terminación unilateral de un contrato o la declaratoria de un adjudicatario fallido.

El problema que genera retrasos en la notificación al SERCOP es la falta de seriedad con la que se toma este final y fundamental paso dentro del procedimiento sancionatorio, la ligereza con la que se percibe a esta obligación expone la ineficacia de la norma.

La naturaleza del ser humano desde tiempos inmemorables demuestra que sin castigo no existen resultados, por ende, el derecho administrativo en el sistema se aplica de la

¹⁹² Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, (México: Universidad Autónoma de México, 1995), 152.

misma forma, como bien señaló Albaladejo, la eficacia de la norma va de la mano con la sanción que se prevea para la circunstancia infractora¹⁹³.

Las entidades públicas no dejan de ser personas jurídicas, es decir, entes de existencia ficticia que necesariamente requieren un representante en la calidad de una persona natural que actúe a su nombre y representación; en consecuencia, la responsabilidad de los actos administrativos recae sobre estas últimas. Todas las personas que actúan en las diferentes fases de un proceso, son responsables solidarios de aquella parte en la que hayan intervenido, por eso cuando la Contraloría General del Estado establece responsabilidades, éstas se dirigen a los funcionarios responsables y no precisamente a la entidad contratante como tal.

La Contraloría General del Estado, el Servicio Nacional de Contratación, las Superintendencias y la Secretaría Nacional de la Administración Pública, conforme la ley que les regula, poseen la potestad controladora, el poder estatal para controlar y regular las actividades públicas que garanticen el bien común, a través de entes especializados.

Sin embargo la capacidad de sanción del Servicio Nacional de Contratación Pública está ligada como habilitante y como limitante a lo previsto en la LOSNCP; sin embargo la obligación de comunicar a la Contraloría General del Estado el cometimiento de incumplimientos a las disposiciones de dicha norma como de las otras que regulan el ejercicio de la contratación pública, es ciertamente invariable.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 211, reconoce a la Contraloría General del Estado como un “(...) organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”¹⁹⁴, en el marco de la contratación pública a través de las auditorías financieras realizadas a las entidades públicas, se realiza una fiscalización y control de la parte auditada tal como lo dispone el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dicho control se lo ejecuta de manera posterior a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes, según el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹⁹³Manuel Albaladejo García, “Derecho civil I.-introducción y parte general Vol.1, introducción y derecho de la persona”, (Barcelona: Librería BOSCH C.L, 1989), 182.

¹⁹⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Constitución de la República del Ecuador”, en Registro Oficial, No. 449 (Quito, 20 de octubre, 2008).

El rol de la Contraloría General del Estado es ejercer el control, fiscalización y auditoría de las entidades públicas, y dar parte a la Fiscalía General del Estado para iniciar las acciones penales que contempla el Código Orgánico Integral Penal. Al respecto, la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que:

PRIMERA.- INFRACCIONES A LA LEY.- Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días.¹⁹⁵

En concordancia a lo expuesto, el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado manda:

Art. 19.- Examen Especial.- Como parte de la auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones, recomendaciones.¹⁹⁶

En el ejercicio de control a las entidades contratantes, uno de los mecanismos principales que dicho organismo utiliza es el examen especial; la Contraloría acude a la entidad contratante y revisa cada uno de los documentos del expediente de la contratación. Cuando efectivamente se encuentra irregularidades, se determina las respectivas responsabilidades.

El resultado de los exámenes especializados que realiza la Contraloría concluye en un informe que la entidad examinada debe cumplir y aplicar. Este organismo de control, según el numeral 12 del artículo 31 tiene entera potestad de obligar a la aplicación de lo resuelto:

Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes: [...] 12. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los

¹⁹⁵ Ecuador, Asamblea Constituyente, “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, Registro Oficial Suplemento 395, (04 de Agosto de 2008).

¹⁹⁶ Ecuador, Congreso Nacional, “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”, Registro Oficial Suplemento 595, (12 de Junio de 2002)

informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas;¹⁹⁷

Si la entidad contratante no remite al SERCOP la resolución sancionatoria en el término de 72 horas desde la notificación al administrado, lógicamente será una cuestión observable. Los responsables de remitir al SERCOP deberán asumir las sanciones administrativas o civiles que resulten de su omisión, sin embargo dentro de un orden de eficiencia y eficacia cabe preguntarse ¿cuál es el resultado de esta determinación de resultados, dentro de la cobertura de necesidades colectivas?

Como bien se ha señalado, la determinación de sanciones, que en una u otra forma constituyen una restricción de derechos de una persona, pertenece a una cuestión de reserva de ley, “Donde no hay poder capaz de hacer valer las normas impuestas por él recurriendo en última instancia a la fuerza, no hay derecho.”¹⁹⁸

De tal manera queda claro que el Servicio Nacional de Contratación Pública contempla la aplicación de sanciones para las infracciones por el establecidas, siendo de esta manera notoria su facultad sancionadora, volviéndose así un órgano sancionador competente con dicha potestad atribuida por vía legal. El incumplimiento de la obligación de remisión de resoluciones de terminación unilateral de contratos o de declaratoria de adjudicatarios fallidos, dispuesta en la Ley y reglamentada por el artículo 43 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, reformada por la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo de 2017 tiene entonces dos connotaciones: el establecimiento de responsabilidades para la entidad contratante y los funcionarios que incumplieron su obligación y; la ineficacia del acto administrativo sancionatorio.

a) Perspectivas de solución

Habiéndose evidenciado que existe una ineficacia en la gestión de remisión al SERCOP de las resoluciones sancionatorias expedidas por las entidades contratantes, y considerando que ni el artículo 98 de la LOSNCP ni la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo de 2017 tipifica una sanción al incumplimiento de esta obligación; habiendo la necesidad de una nueva resolución emitida por el Director General del

¹⁹⁷ Ecuador, Congreso Nacional, “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”, Registro Oficial Suplemento 595, (12 de Junio de 2002)

¹⁹⁸ Norberto Bobbio, “Teoría General de la política”, (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 254.

Servicio Nacional de Contratación Pública, en la cual establezca un procedimiento en atribución de sus competencias legales para que las entidades contratantes puedan solicitar automáticamente a través de la herramienta SOCE dentro de las 72 horas a partir de la fecha de notificación al proveedor del acto administrativo o resolución mediante la cual se lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido, cumpliendo con los requisitos establecidos en los literales a al d del numeral 1 del artículo 43.1 de la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo de 2017.

En la misma resolución en goce de las atribuciones otorgadas por la ley, el Director General dispondrá a la Coordinación Técnica de Operaciones¹⁹⁹ modifique e incorpore a la herramienta SOCE una pestaña en la cual las entidades contratantes realicen el registro automático del adjudicatario fallido o contratista incumplido, cuya herramienta baste solo con la digitación del número de identificación del ciudadano, del Registro único de Proveedores o del Registro único de Contribuyentes, a través de la información cruzada con las entidades involucradas, permita desplegar de manera automatizada la información, datos y requisitos solicitados que establecen los literales a,b,c, y d del artículo 43.1 de la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077, a su vez permita subir y adjuntar el acto administrativo o resolución firmada electrónicamente por la autoridad de la entidad contratante en la cual se lo declara adjudicatario fallido o contratista incumplido, a su vez coloque un candado de tiempo para que transcurrida las 72 horas no pueda solicitar automáticamente dicha declaratoria; siendo este último caso el Director General también deberá establecer un procedimiento especial para que una vez transcurrido el plazo y la entidad contratante no haya subido la solicitud automáticamente a través de la herramienta ésta deba presentar la solicitud establecida en el artículo 43.1 cumpliendo los requisitos del numeral 1 con la respectiva justificación probada del por qué no pudo subir la solicitud al portal mediante la herramienta dentro del plazo establecido, el Director deberá disponer que esta solicitud se cumpla dentro de un plazo de 72 horas a partir de la fecha en que el portal por medio del candado de tiempo le impidió subir la solicitud de forma automática.

En el caso de que se hubiese cumplido este nuevo plazo la Resolución deberá imponer una sanción a la entidad contratante por no cumplir dentro del plazo establecido de 72 horas dispuesto en el artículo 43.1 de la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077,

¹⁹⁹ Ecuador, Directorio del Servicio Nacional de Contratación Pública, “Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del SERCOP”, en Registro Oficial Suplemento No. 357, (17 de agosto de 2015), Art. 17

dicha sanción será la suspensión de la entidad contratante en el Registro de Entidades Contratantes por un lapso de 15 días hábiles.

El Director General deberá disponer a través de la Coordinación Técnica de Operaciones bloquee a la entidad contratante el acceso a la herramienta SOCE durante el plazo de la sanción establecida de quince días para que no pueda realizar ningún procedimiento de contratación; dicho procedimiento deberá tener también un candado de tiempo de 15 días y las respectivas seguridades para que la entidad contratante sancionada no pueda acceder por ningún medio a la herramienta.

Capítulo IV

Conclusiones y Recomendaciones

Dado que a lo largo de este trabajo se ha evidenciado los problemas que ocasiona el incumplimiento de la obligación de remisión de resoluciones de terminación unilateral de contratos o de declaratoria de adjudicatarios fallidos, dispuesta en la Ley y reglamentada en el artículo 43.1 de la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

4.1 Conclusión General

Del análisis y desarrollo del presente trabajo investigativo, se desprende que la omisión de las entidades públicas en informar al SERCOP respecto a los adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos, genera un efecto dominó que perjudica el buen quehacer administrativo.

En tal virtud, el Servicio Nacional de Contratación Pública, en su calidad de “Servicio”, según se desprende del artículo 10.1 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, puede regular y controlar el alcance de los servicios que presta a la ciudadanía y otros entes públicos. Eso sumado a la competencia que se desprende de la LOSNCP que tiene como ente rector, se desprende que dicha Entidad, no solo tiene facultad para sancionar a otras entidades públicas, sino que también, está facultada para disponer acciones obligatorias que permitan la mitigación del incumplimiento normativo, siempre y cuando, dichas sanciones o disposiciones se encuentren establecidas en la Ley, según se desprende de los principios de legalidad, debido proceso y reserva legal que fueron explicados en el presente trabajo.

Ahora bien, la presente tesis partió de la premisa de que el SERCOP sancione a las entidades contratantes con la suspensión en el RUP, tal y como lo hace con los oferentes del Estado ecuatoriano declarados como adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos. Si bien es factible que el SERCOP realice tal acción, acorde a los principios de derecho administrativo y análisis exegético realizado a la norma vigente, analizados en el presente trabajo, no es menos cierto que tal accionar podría convertirse en un mayor problema al

impedir que las entidades públicas, contraten bienes y servicios para atender las necesidades sociales.

Es por eso, que luego de análisis realizado, considero que la premisa originalmente planteada puede ser concretada aplicando las soluciones expuestas en el capítulo tres, pero que dicha solución podría revestir a largo plazo, un problema igual de significativo que el analizado.

4.2 Conclusiones específicas

1. El Presidente de la República por mandato constitucional tiene la potestad de expedir, modificar y derogar reglamentos a las leyes; en ejercicio de sus facultades puede modificar el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública e incorporar un capítulo en el que se tipifique las infracciones contravencionales a la ley y sus respectivas sanciones dentro de las cuales debe constar las concernientes a las entidades contratantes.

2. Una vez modificado el Reglamento General en el cual se tipifique y sancione las infracciones, el SERCOP dentro de sus atribuciones legales podrá mediante resolución establecer las causas y procedimiento para sancionar a las entidades contratantes que incumplan con la inclusión en el registro de incumplimientos de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

3. El tiempo empleado en la preparación del procedimiento de contratación que se señaló anteriormente y el desgaste de recursos públicos que involucra fue infructuoso porque se ocuparon 90 días que desembocaron en una terminación unilateral, y finalmente pese a ser una obligación remitir al SERCOP las resoluciones de terminación unilateral de los contratos, la entidad contratante no lo hizo incurriendo en una sanción.

4. Si bien se habla de una sanción a las entidades contratantes, con la suspensión de 15 días en el Registro de Entidades Contratantes, esto se justifica en la planificación de cada institución, el cual es un elemento primordial en la gestión pública, plasmado en las necesidades de compra que permite a la institución cumplir con las metas y objetivos que satisfacen las necesidades institucionales en beneficio de los ciudadanos.

5. En la Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077 de 12 de mayo del 2017, reformativa a la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016,

dispone en el artículo 43.2 inciso segundo que en el caso que se identifique el incumplimiento de la entidad contratante para que complete o aclare la información en el término señalado, el Servicio Nacional de Contratación Pública informará dicho incumplimiento a la Contraloría General del Estado. Esta disposición, permite de igual manera, una cierta coacción a las entidades contratantes para que cumplan con sus obligaciones legales frente al SERCOP y al SOCE, y además de que permite el cumplimiento de principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Públicas, siempre y cuando se lo realice con la misma rigidez que se pide para la remisión de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

4.3 Recomendaciones

1. El Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública debe presentar al Presidente de la República un proyecto de reforma al Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública para que incorpore un capítulo específico de tipificación de infracciones a la ley y sus respectivas sanciones.

2. Dentro de esta reforma debe incorporarse un párrafo destinado a la tipificación de la infracción y su sanción a la entidad contratante por incumplir el artículo 43.2 referente a la inclusión en el Registro de Incumplimientos de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

3. El SERCOP debe modificar la Codificación a las Resoluciones que en el artículo 43.2 inciso segundo establece que cuando se identifique el incumplimiento por parte de la entidad contratante de poner en conocimiento por medio de la solicitud para la inclusión en el Registro de Incumplimientos, establezca una sanción diferente a la de informar a la Contraloría General del Estado ya que la solicitud de acuerdo a la LOSNCP no está tipificada como infracción.

4. Dinamizar la inclusión de las micro, pequeñas y medianas empresas a través de la creación de políticas en el sistema nacional de compras públicas de acuerdo a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional para evitar que las compras sean asignadas a los mismos proveedores de siempre, con el propósito de evitar la

declaración de contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos, que de acuerdo a la cifra arrojada por el SERCOP es alarmante.

Bibliografía

- Acosta, Eugenio Simón. *El principio de legalidad o reserva de ley tributaria*, México: Universidad Autónoma de Sinaloa y Universidad de Salamanca, 1993.
- Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Tercera Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013.
- Ávila, Ramiro. *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia en la Constitución del 2008, en el contexto andino Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: 2008.
- Aroca Lara, Carlos. *Principio de reserva de ley: análisis normativo y jurisprudencial*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 16
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las Penas*. Bogotá: Temis, 2005.
- Borja y Borja, Ramiro. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Quito: Pudeleco Editores, 1995.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2003.
- Carpio, Marcos Edgar. *La interpretación de los Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra, 2004.
- Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

- Castillo Córdova, Luis. *Los Derechos Constitucionales – Elementos para una teoría general*, Lima: Palestra Editores, 2007.
- Chinchilla, Carmen. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros Contratación Pública*. Madrid: Editorial Iberdrola, 2010.
- Domenech Pascual, Gabriel. “Lecciones de derecho administrativo con ejemplos”, Valencia: Universitat de Valencia, 108.
- Dromi, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.
- Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.
- Escuin, Catalina. *Curso de Derecho Administrativo*. 3ª ed. Valencia: 2005.
- Escuin, Vicente. *Elementos de Derecho Público*. 2º ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.
- De la Guerra, Eddy. *Introducción al Derecho*. Quito: Editorial CEP, 2013.
- Gallardo, María Jesús. *Los principios de la potestad sancionadora*. Madrid: Editorial IUSTEL, 2008.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, 2010.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2006.
- Gómez Tomillo Manuel y Sanz Rubiales Íñigo. *Derecho administrativo sancionador, Parte general*. Segunda Edición. Navarra: Editorial Arazandi, 2010

- Holguín, Juan Larrea. *Derecho Civil del Ecuador Las Obligaciones*. Volumen XI. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Islas Montes, Roberto. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. Montevideo: Konrad- Adenauer, 2009.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de Derecho Penal La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- Matallana, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993* Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Mejía Salazar, Alvaro R. *Los medios de impugnación ante el proceso y el procedimiento contemporáneo –ensayo*, Quito: Ediciones Legales S. A., 2013.
- Mestre, Juan Francisco. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros Contratación Pública*. Madrid: Editorial Iberdrola, 2010.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1996.
- Mouchet, Carlos. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1987.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Editorial CEP, 2014.
- Pérez Antonio, José y otros. *Manual de Contratación Pública*. Quito: Editorial CEP, 2011.

- Pérez Efraín y otro. *Manual de Contratos del Estado*. Quito: Editorial CEP, 2008.
- Pérez Guerrero, Alfredo. *Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Editorial Universitaria, 2001.
- Prat, Julio. *De la desviación de poder*. Montevideo: 1957.
- Quiroga, Humberto. *Sobre la teoría de la representación popular y la división de los poderes de gobierno*. 1993.
- Ríos, Roberto. *El acto Gobierno. El Poder y el Derecho Administrativo*. 1ª ed. México: 1975.
- Rivas, Ordóñez Libia y otros. *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. 2º ed. Quito: 2009.
- Rivero Ortega, Ricardo. *“Introducción al Derecho Administrativo Económico”*. Salamanca: 2001.
- Sánchez de la Torre, Ángel. *Introducción al Derecho*. 2º ed. Madrid: Servicio de Publicaciones.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo: 1963.
- Secaira, Patricio. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Silva, Jesús M. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2003.
- Tron, Jean y Ortiz, Gabriel. *La nulidad de los actos administrativos*. 1ª ed. México: 2005.
- Vargas López, Karen. *Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador*.

Villacrés, Salomón. El proceso legislativo en el Ecuador. 2012.

Zavala Egas, Jorge. *La Constitución de 2008 y la Administración Pública en Ecuador en la Constitución*. Quito: Taurus, 2009.

Leyes aplicables

Ecuador, Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial, No. 449. Quito, 20 de octubre de 2008.

Ecuador, H. Congreso Nacional, Código Civil, en Registro Oficial Suplemento 46, Quito, 24 de junio de 2005.

Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, en Registro Oficial Suplemento, No. 294. Quito, 06 de octubre de 2010.

Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395. Quito, 4 de agosto de 2008.

Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 966. Quito, 20 de marzo de 2017.

Ecuador, Congreso Nacional, Ley de Modernización del Estado, en Registro Oficial No. 349. Quito, 31 de diciembre de 1993.

Ecuador, Asamblea Constituyente, Proyecto de Código Orgánico Administrativo (COA), Quito, 10 de mayo de 2017.

Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial No. 588. Quito, 12 de mayo de 2009.

Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, en Registro Oficial 686, Quito, 18 de octubre de 2002.

Ecuador, Presidencia de la República Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Decreto Ejecutivo 2428, en Registro Oficial 536. Quito, 18 de marzo de 2002.

Ecuador, Directorio del Servicio Nacional de Contratación Pública, Estatuto Orgánico de Gestión por Procesos del SERCOP, en Registro Oficial Suplemento No. 357. Quito, 17 de agosto de 2015.

Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Quito, 31 de agosto de 2016.

Ecuador, Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2017-0000077, Quito, 12 de mayo de 2017.