

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN EN CONTRATACIÓN
PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

TEMA

**INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN
ADMINISTRATIVA EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

AUTOR

JAIME PEÑAFIEL VILLARROEL

2008

AUTORIZACION

Al presentar esta monografía como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Jaime Peñafiel Villarroel

29 de septiembre de 2008

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN EN CONTRATACIÓN

PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

TEMA

**INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN
ADMINISTRATIVA EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

AUTOR

JAIME PEÑAFIEL VILLARROEL

TUTOR

DR. JUAN PABLO AGUILAR

QUITO - ECUADOR

2008

INDICE

	Pag.
Resumen del contenido de la tesis.....	5
Introducción.....	6
CAPITULO I.....	7
1. Las Potestades Estatales en los Contratos Públicos.....	7
1.1 Cláusulas Exorbitantes de la Administración en la Contratación Pública.....	10
1.2 La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública.....	12
CAPITULO II.....	16
2. La sanción administrativa en la terminación unilateral y anticipada del contrato.....	16
2.2 Plazo y ejecución de la sanción.....	24
2.3 Seguridad jurídica y cumplimiento de la sanción.....	34
2.4 Conflictos sobre la ejecución de la sanción.....	37
2.5 Consecuencias del daño irrogado al contratista incumplido.....	53
2.6 Derechos del contratista.....	58
2.6.1 Como ejerce su derecho el afectado a nivel administrativo.....	64
2.6.2 Cuando revocar los actos de gravamen.....	77
2.7 La sanción administrativa en el derecho comparado.....	79
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	94
Conclusiones.....	94
Recomendaciones.....	97
Bibliografía.....	99

RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA TESIS

La Ley de Contratación Pública y el Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, establecen que la inhabilidad para contratar con el Estado de los contratistas incumplidos y también de los adjudicatarios fallidos, una vez resuelto por parte de la Administración Pública la terminación unilateral y anticipada de un contrato de obra, bien o servicio o la negativa del oferente a suscribir el contrato, será de cuatro y tres años respectivamente, contados a partir de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en la práctica la sanción o inhabilidad del contratista o adjudicatario fallido sancionado, va más allá de lo que la Codificación de la Ley de Contratación Pública y el Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción determinan. De hecho la sanción impuesta al contratista incumplido o al adjudicatario fallido, por parte de la administración pública, empezaba desde el momento mismo en que la Contraloría General del Estado tomaba conocimiento de la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato, mediante la cual resolvía, entre otras cosas el registro como contratista incumplido o adjudicatario fallido en la entidad de control, incumpliendo de esta manera lo que la Ley y el Reglamento prescribía respecto a que la sanción produciría efecto desde la fecha en que la entidad pública emisora de la sanción ejecutaba la garantía de fiel cumplimiento del contrato o de seriedad de la oferta, según el caso.

INTRODUCCION

El objetivo general de este tema de investigación, fue realizar un estudio analítico respecto al plazo de sanción que debía cumplir un contratista sancionado, cuando la administración pública resolvía dar por terminado en forma unilateral y anticipada el contrato por el incumplimiento a sus obligaciones contractuales con el Estado y la seguridad jurídica vulnerada, desde mi punto de vista, respecto de la sanción prevista en la norma legal, la que una vez cumplida por parte del contratista, sea levantada de oficio o con el simple pedido del contratista sancionado a la Contraloría General del Estado, como la misma norma legal lo preveía.

Sin embargo de que la Ley de Contratación Pública determinaba que la sanción por el incumplimiento de un contrato era de cuatro años, contados a partir de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y que la exclusión sería de forma automática por parte de la Contraloría General del Estado, ésta no se cumplió efectivamente, probablemente por la contradicción que desde mi punto de vista existía en la Ley respecto a la notificación de la resolución mediante la cual la terminación unilateral y anticipada del contrato por parte de la entidad pública contratante y la fecha en que dicha entidad ejecutaba efectivamente la garantía de fiel cumplimiento del contrato, garantía que por diversas razones no llegaba a ser efectivizada por la entidad contratante, creándose un vacío legal que perjudicaba en última instancia al profesional sancionado, quien no podrá contratar con el Estado mientras la entidad no resolvía su exclusión del registro de contratistas incumplidos.

Determinar la inseguridad jurídica en contra del contratista, respecto a la ejecución de la sanción por el incumplimiento del contrato, que desde mi punto de vista, vulnera derechos fundamentales que nuestra Constitución Política establece en cuanto tiene que ver con el derecho al trabajo por ejemplo.

CAPITULO I

1. LAS POTESTADES ESTATALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

El poder es uno de los elementos que integran el Estado, es una facultad jurídica especial que se confiere a los individuos que han de realizar funciones con la posibilidad del uso de la fuerza dentro de los límites determinados por las normas establecidas. La autoridad debe sujetarse a reglas morales y jurídicas que limitan a su ejercicio y en la que su única finalidad es el bien general.

Surge entonces, la diferencia entre gobernantes y gobernados, los unos mandan porque tienen en sus manos el poder, que les es conferido por el pueblo como titular de la soberanía, y los otros se someten, pues sin embargo no niegan su derecho de mandar que constituye una voluntad imperante.

El poder estatal es un poder soberano, que regula formalmente la estructura y las atribuciones de sus órganos superiores y establece las pautas de la relación de las autoridades con los ciudadanos.

De lo expuesto, podemos decir que las potestades públicas del Estado, en cuanto a los contratos públicos, tienen su principal característica en el desequilibrio de poder en las partes de la relación contractual, que coloca precisamente a este ente con toda majestad y ostentación ante sus cocontratantes, en condiciones de inferioridad, según lo sostienen varios tratadistas, y solo amparado en el cumplimiento de las obligaciones de estos últimos, a pesar de que ante la visión general, parezca exactamente lo contrario.

Ésta, entonces sería una de las razones fundamentales para que en los contratos administrativos o contratos públicos, que tiene como principal objetivo el interés general, el Estado, tenga implícitas potestades que le permiten, el cumplimiento de sus fines sociales a través de la dirección de los contratos, su modificación, la terminación de los mismos, su interpretación unilateral y finalmente, si el caso lo amerita, su extinción.

Al hacer uso de las prerrogativas con las que se encuentra revestido el Estado en los contratos públicos, potestades como la terminación unilateral de los contratos administrativos, que ponen fin a la relación contractual entre las instituciones publicas y los particulares, por el incumplimiento de éstos a sus obligaciones contractuales con el Estado, produce entre sus efectos, la sanción administrativa correspondiente, que es materia de esta investigación en contra de los cocontratantes de la administración pública.

Sin embargo de lo señalado, estas prerrogativas de poder de la Administración Publica conllevan la responsabilidad que tiene toda autoridad, funcionario o servidor público de ejercerlas en forma legal y responsable, sin excederse de los límites que están determinados y regulados por la propia Ley. Sobre este particular, la Constitución Política del Ecuador en su artículo 119 dispone que: “Todo órgano del poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en el Ley”. Sobre este mismo tema, la nueva Constitución Política del Ecuador aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en su artículo 226 señala:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de la potestad estatal ejercerán

solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y en la Ley”¹.

El tratamiento de estas responsabilidades se definen además en la misma Ley de Contratación Pública, así como en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, normas legales que determinan las responsabilidades por parte de autoridades, funcionarios, servidores públicos y de los particulares que tengan relación con el Estado, así como las sanciones en caso de excesos por parte de la administración en uso de las prerrogativas de las que se hallan revestidas o por el incumplimiento a sus obligaciones por parte de los particulares.

Al respecto, Marco Ibrobo Arciniegas determina que “los particulares, son sujetos de responsabilidad frente a las entidades del sector público, por sus actos u omisiones, responsabilidades que se determinan en la Carta Política del Estado, en el Derecho Público, en el Derecho Administrativo y en el Derecho Privado²”.

Dromi ³, sobre el particular sostiene que:

“Esta desigualdad jurídica se traduce, como vemos, en los poderes que tiene la Administración Pública para: a) Adaptarlo a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del cocontratante. (modificación unilateral y mutabilidad del contrato); b) Ejecutar el contrato por sí o por un tercero en caso de

¹ Asamblea Constituyente “Constitución 2008”, El Comercio, Quito, p. 25

² Ibrobo Arciniegas Marco, La Contratación Pública, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito Ecuador, pag. 378

³ Dromi Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires Argentina 1973. Pág. 380

incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa, unilateral y por cuenta de este; y, c) Dejarlo sin efecto unilateralmente en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan”. (Rescisión unilateral).

Sobre lo señalado en la Ley y lo mencionado por los varios tratadistas citados, podremos decir que la potestades administrativas del Estado y que son asumidas por las diferentes entidades públicas, son las que la colocan a este Ente, en una posición de supremacía respecto de los particulares, a diferencia de lo mencionado en párrafos anteriores, permitiéndole de esta manera, un efectivo ejercicio del poder público y del cumplimiento de sus más altos fines sociales.

1.1 LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El principio de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes intervinientes en los contratos privados, quedan subordinados en los contratos administrativos. Dromi establece que la libertad de las partes queda circunscrita o limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista; la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y la subordinación del objeto al interés público. El contratista no tiene, en principio, la libertad de discernir respecto de las condiciones del contrato; solo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados. En consecuencia las prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación con sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes del derecho común.

La desigualdad de las partes contratantes en los contratos administrativos, es una de las principales características de estos contratos, pues desaparece el principio de igualdad que es un elemento primordial de los contratos civiles.

“Cuando una de las partes contratantes es la administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista. El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista”⁴ Dromi.

Dentro de estas prerrogativas, las cláusulas exorbitantes, son sin lugar a dudas, las que destacan la supremacía de la Administración Pública frente al contratista particular o cocontratante de la administración, las mismas que son aceptadas y reguladas en relación a la finalidad de bien común que persigue la Administración.

“Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en el derecho civil”⁵ Dromi.

Las cláusulas exorbitantes, son inusuales y han sido inspiradas en consideración del interés general, en virtud de las cuales la administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional. Lo exorbitante se encuentra en la facultad de la administración

⁴ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina 2004. Pág. 484

⁵ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Décima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina 2004. Pág. 484

para analizar, calificar, decidir, adjudicar y hacer efectivas estipulaciones por su propia voluntad y autoridad, sin necesidad de la participación de los jueces, así la caducidad o terminación unilateral de los contratos administrativos por ejemplo es una facultad potestativa de la administración pública, que se la ejerce cuando se ha calificado el incumplimiento del contratista sin tener que recurrir a los órganos jurisdiccionales.

Sobre este particular, Dromi y Marco Idrovo Arciniegas determinan que las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas, las primeras son las que facultan a la administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución; y, las segundas son las que se encuentran formal y explícitamente incluidas en los contratos.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, e imponer sanciones contractuales.

1.2 LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION

La Administración del Estado, dentro del ejercicio de sus potestades fundamentales, tiene para sí, entre otras, a la potestad resolutoria y la potestad sancionadora. La finalidad de la potestad sancionadora, que es materia de este estudio, es proteger el interés general. La ley otorga a la Administración la potestad de sancionar las conductas que pueden afectar los derechos de los ciudadanos y el interés general, y además, faculta para ejecutar estas sanciones.

“El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho de un equilibrio difícil pero posible entre privilegios y garantías, no puede negarse la relevancia, dentro de éste, de la cuestión de las potestades sancionadoras de la Administración, que tan claramente rompen el equilibrio existente en las partes contratantes en favor de los privilegios, en cierto sentido de la administración pública”⁶.

La potestad sancionadora es una prerrogativa que permite a la administración pública declarar terminado unilateralmente el contrato administrativo por el incumplimiento imputable al contratista, estas prerrogativas de poder de las que se halla revestida la administración pública cuando celebra un contrato administrativo, hace efectiva la subordinación de los particulares al Estado, pero esta subordinación no es tan solo por la disposición sustantiva constante en el derecho positivo, sino que se la debe instrumentar a fin de posibilitar su real aplicación, para ello, el ordenamiento jurídico dota a la administración de potestades para hacer valer su superioridad frente a los particulares, este conjunto de potestades, las vemos a lo largo de todo el proceso del contrato, tanto en la formación, ejecución y conclusión del contrato. El ejercicio de la potestad resolutoria trae como consecuencia la conclusión del contrato administrativo por un modo anormal e imprevisto que es la terminación unilateral, a la que va aparejada también la potestad de imponer sanciones al contratista incumplido.

⁶ Rubio, María Gracia. Potestad Sancionadora de la Administración y Garantías del Administrado, Comentario a la Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de Febrero de 1984: Caso Ozturk, Revista de la Administración Pública, Número 104, mayo – agosto 1984, pág. 375

Marienhoff, señala que “la administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las potestades, contrariamente a lo que ocurre con los derechos, no son renunciables”⁷.

La terminación unilateral constituye una cláusula exorbitante y por lo tanto una prerrogativa de poder, por esta razón se debe tomar en cuenta que ésta es una potestad y no una facultad a favor de la administración, pues su disposición y ejercicio son de carácter obligatorio cuando el contratista ha incumplido con el contrato.

La Ley de Contratación Pública codificada y su Reglamento General de aplicación, derogados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinaban como una facultad de la administración la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato y no como una verdadera potestad, sin embargo de lo cual, su falta de acción sobre esta decisión, ocasionaba la responsabilidad correspondiente por parte de la Contraloría General del Estado, sin embargo, la administración pública ejercerse obligatoriamente su potestad sancionadora a través de la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato con los contratistas que incumplieron sus obligaciones con el Estado, añadiendo además que dicha sanción también es efectuada en el caso de los adjudicatarios fallidos con la administración que también serán tratados durante este estudio.

A pesar de que los tratadistas mencionan a la potestad de la administración para declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato por el incumplimiento contractual de las obligaciones del contratista, con diferentes denominaciones, tales como potestad

⁷ Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III – A, Abeledo Perot, Buenos Aires Argentina, 1983 pág. 399

rescisoria, potestad resolutoria, etc., todos coinciden y admite que se tratan de verdaderas prerrogativas de poder que tiene la administración para sancionar al contratista incumplido.

Es importante mencionar que, la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato, así como la declaratoria de adjudicatario fallido, es exclusiva de la administración pública, pues son aspectos especiales únicos del derecho administrativo; imposible de aplicarlos en el derecho civil, donde la igualdad de las partes, es un asunto básico, aunque muchos determinan formas de terminación anticipada, ninguna se ajusta a las determinadas dentro de las potestades administrativas.

Las razones determinantes para considerar a la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato como una prerrogativa exclusiva de la administración pública lo establecen las cláusulas exorbitantes, que permiten la conclusión del contrato administrativo, siendo esto una potestad administrativa, por la forma de declararla, por los efectos que surte, por estar prevista en el ordenamiento jurídico y por tratarse de una potestad y no de una facultad.

No obstante de que la potestad sancionadora de la administración está siendo analizada, a través de este estudio, no es menos cierto que dicha potestad de la Administración Pública también es ejercida con los adjudicatarios fallidos, al negarse a suscribir los contratos públicos.

CAPITULO II

2. LA SANCION ADMINISTRATIVA EN LA TERMINACION UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATO

La Administración Pública ejerce sus potestades sancionadoras a través de actos administrativos, que en el caso de los contratos públicos, se establecen con la respectiva resolución motivada, mediante la cual se termina en forma unilateral y anticipada dicho contrato, acto administrativo que también se lo ejecuta cuando el adjudicatario de un contrato, no ha cumplido la obligación de suscribir el contrato dentro del plazo y forma establecido por la ley.

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva conceptualiza a la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato como, “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”⁸.

Sobre la resolución mencionada, la máxima autoridad de la entidad contratante, una vez que ha notificado el contratista con los documentos que prueban su incumplimiento contractual y transcurrido el término concedido para que justifique o remedie su incumplimiento y si éste no lo hiciera o las justificaciones aportadas no fueren satisfactorias para la Administración, se procederá a declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato dentro del término de diez días, procedimiento que lo establece también la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁸ Decreto Ejecutivo No. 2428, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo del 2002, Editora Nacional, Quito Ecuador, Pag 8

La Administración Pública no puede ejercer libremente sus prerrogativas de poder, mediante el uso las cláusulas exorbitantes por las cuales se le faculta a declarar la terminación al hallarse inmersa dentro del presupuesto establecido en el artículo 1568 de la Codificación del Código Civil, que establece que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos.”⁹ Recogiéndose ante este hecho, el conocido aforismo jurídico que dice que la mora purga la mora, es decir que el incumplimiento de una parte justifica al incumplimiento de la otra.

La Ley de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación antes de su codificación determinaba que la administración no podía ejercer la facultad de terminar anticipada y unilateralmente un contrato, al existir pendiente de resolución un reclamo judicial por supuestas causas imputables a la entidad contratante que definitivamente hacia imposible ejercer la facultad sancionadora de la administración, su exclusión, se debe, desde mi punto de vista, a que esta facultad de los contratistas incumplidos, tenían por objeto, demorar o impedir que la administración pública, ejerza en forma efectiva esta prerrogativa de poder, perjudicando con esta actitud el interés general, al mantener esta situación jurídica sin resolver por un tiempo indefinido, la codificación de la Ley de Contratación Publica, enmendó esta situación, al eliminar esta facultad del cocontratante de la administración, determinando que la administración pública podrá ejercer esta facultad a pesar de que exista pendiente un reclamo judicial o administrativo presentado por el contratista, procedimiento que se mantiene con la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con la incorporación, en su artículo 95, inciso tercero que:

⁹Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1995, pag. 387

“Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo”.¹⁰

Una vez probado el incumplimiento del contratista y de no hallarse la entidad contratante en mora con sus propias obligaciones, procederá a declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato, mediante Resolución Administrativa que deberá ser motivada y contendrá una parte expositiva con todos los antecedentes que indujeron a la entidad a tomar la decisión de terminar en forma anormal o irregular el contrato, las razones de carácter técnico, económico y jurídico, así como el análisis de los justificativos presentados por el contratista de haber comparecido; y, otra parte resolutive, en donde se declarará la terminación unilateral y anticipada del contrato, la notificación al contratista para que surta efectos jurídicos plenos y no de lugar a reclamos administrativos o judiciales posteriores, así como la imposición de las sanciones a que haya lugar y la inscripción en el Registro de contratistas incumplidos de la Contraloría General del Estado que le impedirán suscribir contratos con el Estado por cuatro años, contados a partir de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. La falta de motivación en la Resolución Administrativa producirá la nulidad absoluta del acto administrativo.

Sobre la motivación de los actos administrativos, el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador, establece en que:

¹⁰ Asamblea Constituyente, Registro Oficial No. 395, p. 20

“las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente”¹¹.

La Constitución Política de la República del Ecuador Aprobada por la Asamblea Constituyente, en el artículo 76, numeral 1) señala que:

“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 y servidores responsables serán sancionados”.¹²

Norma constitucional que guarda relación con la disposición del artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada dispone que “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones

¹¹ Constitución Política de la República del Ecuador, Ediciones Legales, Segunda Edición 1998, Quito Ecuador, pag. 93

¹² Asamblea Constituyente “Constitución 2008”, El Comercio, Quito, p. 13

jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo”¹³.

Este acto administrativo para que surta los efectos legales señalados en la Resolución y tenga plena validez, deberá ser obligatoriamente notificado al administrado.

El artículo 105 de la Ley de Contratación Pública (actual artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) y 115 de su Reglamento General de aplicación, establecen el procedimiento que las entidades públicas deben observar para declarar la terminación unilateral de los contratos administrativos por una de las causales establecidas en el artículo 104 de la citada ley, procedimiento que por su importancia procedo a transcribir en forma textual:

Artículo 105 NOTIFICACIÓN Y TRAMITE.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación prevista en el contrato, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico, económico y jurídico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista. La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en

¹³ Ley de Modernización del Estado, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero de 1997, Quito Ecuador, pag 9

la situación prevista en el artículo 1595 del Código Civil, actual artículo 1568 de su codificación. La entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central para los fondos de garantía depositados en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, y a demandar la indemnización de los daños y perjuicios.

Por su parte, el artículo 115 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública señalaba que la máxima autoridad de una entidad u organismo del sector público podrá decidir la terminación unilateral del contrato por las causas previstas en el artículo 104 de la Ley. Para hacerlo, será necesario que compruebe, en forma documentada, la existencia de cualquiera de las causas enunciadas en dicha disposición.

En el caso previsto en la letra a) de dicho artículo se observará el trámite contemplado en el artículo 105 de la ley, sin perjuicio de lo que se dispone en los incisos siguientes de esta norma.

Para los casos enunciados en las letras b), c), d), e) y f), se cumplirá el trámite que se enuncia a continuación:

Antes de que la máxima autoridad emita la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato, hará conocer al contratista su decisión de declararla, y le concederá un término de quince (15) días para que presente, en forma documentada, sus justificaciones y puntos de vista.

Considerados los argumentos y pruebas que presente el contratista, la máxima autoridad de la entidad contratante resolverá, en diez (10) días hábiles, la terminación unilateral del contrato, si procediere. La resolución deberá ser debidamente motivada, en los términos previstos en el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política de la República.

La resolución que declaraba la terminación unilateral del contrato será comunicada a la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, dentro del término de seis (6) días.¹⁴

Conforme lo citado anteriormente, la Ley de Contratación Pública, detallaba el procedimiento que debía observarse para declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato por una de las causales establecidas en el artículo 104 (actual artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) de la citada ley; sin embargo el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, generaba una confusión al pretender establecer que existen dos procedimientos administrativos diferentes, el uno para el caso de incumplimiento del contratista establecido en el literal a) del artículo 104 de la Ley de Contratación Pública y el otro establecido para los demás literales del mencionado artículo, dificultando de esta manera su aplicación, pues el Reglamento estaba reformando a la ley, hecho que no podía darse desde ningún punto de vista; sin embargo sucedía que en la práctica las instituciones del sector público aplicaban el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública, pero en cuanto a los términos para resolver y notificar la resolución a la Contraloría y Procuraduría General del Estado, se sometían a su Reglamento General de aplicación, sin constituir este Reglamento un aporte esencial en esta materia. La actual normativa legal (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) ha subsanado este inconveniente, estableciendo el procedimiento de terminación

¹⁴ Decreto Ejecutivo No. 2822, Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial 622 de 19 de julio del 2002, Quito – Ecuador, pag. 20

unilateral y anticipada del contrato en su artículo 95, sin que en su Reglamento de determine procedimiento alguno al respecto.

El artículo 116 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública codificada, disponía que cuando un contrato terminaba anticipadamente, la institución contratante podía proseguir con la ejecución de los trabajos hasta la conclusión de la obra, sea mediante administración directa, ya mediante nueva contratación, en la que se sujetaba a los procedimientos que preveía la ley. Antes de que la entidad u organismo continúe la obra, debía solicitarse por parte de la entidad la inspección judicial de la misma, con el objeto de establecer su estado a la fecha de terminación anticipada.¹⁵

El artículo 117 *ibídem* mencionaba que en toda terminación de contrato debían efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta en el reglamento, exceptuados los casos de terminación de contratos sujetos a la resolución del Juez competente, evento en el cual las liquidaciones se realizaban judicialmente.¹⁶

Los funcionarios que realicen el trámite de terminación unilateral y anticipada del contrato tienen responsabilidad respecto a las acciones u omisiones que tomaren o dejaran de hacerlas, conforme a la responsabilidad general prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que hemos mencionado. Por ello, si la administración tomaba la resolución de terminación unilateral y anticipada de un contrato administrativo, sin que existan los fundamentos legales, el contratista podrá demandar a la administración ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por medio del recurso objetivo o de nulidad si la resolución tomada adolece de vicio legal o mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, en el supuesto de que la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato afecte los

¹⁵ *Ibídem*, ob. cit., pag 20

¹⁶ *Ibídem*, ob. cit., pag. 20

derechos subjetivos del contratista; conforme el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. También puede en sede administrativa interponer los recursos de apelación, reposición o revisión de la resolución de terminación unilateral del contrato, por cuanto la mencionada resolución es un acto administrativo al afectar directamente los derechos del administrado; conforme lo prevé el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Pero no solo la terminación unilateral y anticipada de los contratos administrativos, sanciona a los cocontratantes de la administración, también quienes se niegan a suscribir contratos con el Estado, son sancionados por parte de las entidades públicas perjudicadas, es así que la ley de Contratación Pública codificada, determinaba que si no se celebrare el contrato por culpa del adjudicatario, dentro del término de veinte días, contados a partir de la fecha en que vence el término para la emisión de los informes previos a su celebración, o a partir de la fecha de adjudicación, el funcionario correspondiente, sin otro trámite, hacía efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna. La sanción por haberse negado a celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público, se extendía hasta por tres años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta.

2.2 PLAZO Y EJECUCIÓN DE LA SANCION

La codificación de la Ley de Contratación Pública, determinaba los plazos de inhabilidad que los cocontratantes de la administración deberán cumplir, antes de realizar nuevas contrataciones con el Estado, tanto por el incumplimiento de los contratistas a sus obligaciones contractuales con las entidades del sector público con quienes suscribieron los

respectivos contratos, o por haberse negado a suscribir los contratos legalmente adjudicados dentro de los plazos establecidos por la Ley. Así el artículo 55 de la norma legal citada, al respecto determinaba:

Art 55.- INHABILIDADES GENERALES.- No podrán celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público:

b) Quienes se hubieren negado a celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público, inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta;

c) Los que hubieren incumplido contratos celebrados con el Estado o con entidades del sector público, dando lugar a la terminación unilateral de los mismos, inhabilidad que se extiende hasta cuatro años después de haberse hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento;

El contratista incumplido y el oferente fallido, extienden su impedimento a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a las que se encuentre vinculado como persona natural o por interposición de persona jurídica. Este impedimento afecta en la misma forma a los socios, accionistas e integrantes de esas personas jurídicas incursas en los citados literales.

Así también lo determina el artículo 13, 14, 15, 16 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, que dispone que el adjudicatario fallido o el contratista incumplido extiende su impedimento a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a la que se encuentre vinculado como persona natural o por

interposición de persona jurídica. Este impedimento afecta en la misma forma a los socios, accionistas e integrantes de las personas jurídicas declaradas adjudicatarias fallidas o contratistas incumplidas. Para el efecto, junto al pedido de inclusión, la entidad contratante remitirá a la Contraloría General la nómina correspondiente.

Las superintendencias de Compañías, Bancos y Seguros y los registradores mercantiles proporcionarán a las entidades públicas la información necesaria que hacia posible la aplicación de esta disposición.

El artículo 62 de la codificación de la Ley de Contratación Pública derogada, respecto a la sanción del adjudicatario fallido, manifestaba que si no se celebrará el contrato por culpa del adjudicatario, dentro del término máximo de veinte días, (15 días plazo de la actual norma legal, artículo 117 del Reglamento) contados a partir de la fecha en que vence el término para la emisión de los informes previos a su celebración, de requerirlos, o caso contrario a partir de la fecha de adjudicación, el funcionario correspondiente, sin otro trámite, hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna.

En lo concerniente a la ejecución de la sanción, una vez que la resolución ha sido emitida por la entidad del sector público que declaró el incumplimiento contractual del contratista o lo declaró adjudicatario fallido, la misma institución pública tiene la obligación de registrarlos, de conformidad con lo que establece el artículo 112 de la Ley de Contratación Pública codificada que en su parte pertinente señalaba:

“Las entidades del sector público informarán obligatoriamente a la Contraloría General del Estado, acompañando los documentos probatorios del incumplimiento de los contratos suscritos con ellas, para que se efectúe el registro correspondiente de todos

aquellos contratistas que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados.”

Sobre este mismo punto, el artículo 11 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, determina que es facultad privativa de la Contraloría General del Estado, mantener el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos que se encuentran inhabilitados para suscribir contratos o convenios con entidades y organismos del sector público.

El artículo 12 del mencionado reglamento, establece que la máxima autoridad o el funcionario autorizado de la entidad pública contratante, solicitará expresamente a la Contraloría General el Registro del Contratista Incumplido o del Adjudicatario Fallido, para el efecto adjuntará copia auténtica o debidamente certificada de la resolución de la autoridad correspondiente, mediante la cual se declare la terminación unilateral y anticipada del contrato o de la que declare fallido al adjudicatario, según el caso.

Las entidades u organismos del sector público contratantes podrán declarar la terminación unilateral y anticipada de un contrato aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo. En caso de dictarse sentencia judicial ejecutoriada se estará a lo que disponga dicho fallo judicial.

Los efectos y requisitos de las sanciones lo determinaba el artículo, 122 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública y los artículos 14, 15, 16 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, que estipulaban respectivamente que, la Contraloría General del Estado enviará,

mensualmente, al Registro Oficial, para su publicación, la nómina de las personas registradas como incumplidas, así como la correspondiente a las que hayan dejado de constar como tales.

Para incluir en el registro, la entidad pública indicará a la Contraloría General, el número de cédula de ciudadanía de las personas naturales, sea que actúen individualmente, o que participen en asociaciones, consorcios, sociedades de hecho, compañías, bajo nombres comerciales o en entes sin personería jurídica.

Respecto de las personas jurídicas, la entidad remitirá el número de expediente de las que se hallen sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, o el número de registro o de identificación otorgado por otros organismos de control o entidades que llevan registros públicos.

Las entidades que hubieren solicitado el registro, una vez hechas efectivas las garantías, comunicarán a la Contraloría General la fecha correspondiente, para efecto de la aplicación de los literales b), c) y d) del artículo 55 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

Las entidades remitirán las resoluciones y solicitudes para el Registro de los Incumplidos o de los Adjudicatarios Fallidos a la Contraloría General, en el término de 5 días a contarse desde la fecha de las respectivas resoluciones.

Las entidades del sector público solicitarán a la Contraloría General el Registro de los Contratistas Incumplidos o de los Adjudicatarios Fallidos, en relación a contratos o procesos de contratación de cualquier cuantía.

En lo que concierne con el plazo del cumplimiento de la sanción, y que es materia de este estudio, es justamente la parte que ha ocasionado, desde mi punto de vista, la inseguridad jurídica de los sancionados, tanto en el caso de la terminación unilateral y anticipada del contrato administrativo, como para el caso del adjudicatario fallido, pues, como antes quedó

ya citado, el artículo 55 de la Ley de Contratación Pública codificada, en sus literales b) y c), establecía la inhabilidades tanto del adjudicatario fallido que se negó a suscribir el contrato con el Estado o con las entidades del sector público; así como del contratista que incumplió su contrato celebrado con el Estado o con entidades del sector público, dando lugar a la terminación unilateral de los mismos, inhabilidades que se extendían hasta tres y cuatro años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta o del fiel cumplimiento del contrato, respectivamente.

Del análisis realizado, tanto para el caso de los adjudicatarios que han sido declarados fallidos, como para los contratistas que la administración pública los declaró contratistas incumplidos, el plazo de sanción ha ido más allá de los establecidos en la Ley de Contratación Pública codificada y su Reglamento General de aplicación (actualmente sustituida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, norma legal que subsana efectivamente este inconveniente), así como del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, pues cuando estas normas se refieren a la exclusión del registro de incumplimientos a cargo de la Contraloría General del Estado, el artículo 121 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública que preceptuaba que:

“Quienes hubieren sido declarados como incumplidos solamente podrán ser excluidos del registro al que se refieren los artículos precedentes, luego de transcurrido los tres años o los cuatro años de inhabilidad según corresponda que contemplan las letras b), c) y d) del artículo 55 de la ley con la sola presentación de documentos justificativos del contratista, en cuyo caso, la Contraloría lo excluirá de manera

automática; y, antes de ese plazo, cuando medie orden judicial o constitucional o cuando el respectivo organismo o entidad hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso la máxima autoridad administrativa o representante legal solicitará expresamente al Contralor General, dicha exclusión del referido registro.”

Así también lo señala el artículo 17 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, que respecto a la exclusión del registro de incumplidos manifiesta:

“Los adjudicatarios fallidos y los contratistas incumplidos, luego de transcurridos tres y cuatro años, respectivamente, desde la fecha en que la entidad pública hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta o de fiel cumplimiento, según corresponda, serán excluidos del registro a petición de la entidad u organismo contratante respectivo y, antes de ese plazo, cuando medie una sentencia ejecutoriada en la cual se determine que no existió tal incumplimiento, o cuando el respectivo organismo o entidad contratante hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso la máxima autoridad o el funcionario debidamente delegado, solicitará expresamente al Contralor General la exclusión del referido registro, adjuntando copia auténtica de la correspondiente revocatoria.

La inclusión o exclusión del registro es responsabilidad única y exclusiva de la entidad u organismo público contratante que lo solicite.

La Contraloría General no podrá excluir del registro a ninguna persona o empresa por resolución propia. Los procedimientos impugnatorios y los pedidos de exclusión se realizarán en sede administrativa o judicial, al tenor de lo dispuesto en los artículos 119 de la Constitución Política de la República y 69, 100 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.”

De los dos artículos citados, que al parecer son concordantes, se puede evidenciar una contradicción que ha venido afectando en la verdadera aplicación de la sanción de los adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos, que ha ido más allá de los plazos establecidos en las normas legales y como contrapartida, se ha ido en contra de la seguridad jurídica, así como de un proceso transparente que, una vez cumplida la sanción los reinserte o habilite para que puedan contratar nuevamente con el Estado o con las entidades del sector público, recordando que es precisamente el Estado el gran generador de trabajo a través del cumplimiento de sus fines estatales a favor de la población.

Está contradicción se evidenciaba, cuando el artículo en que el artículo 121 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, en una parte manifiesta que los adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos podrán ser excluidos del registro a cargo de la Contraloría General del Estado, luego de transcurrido los tres años o los cuatro años de inhabilidad, **con la sola presentación de documentos justificativos del contratista, en cuyo caso, la Contraloría lo excluirá de manera automática** (la negrilla es mía); y, antes de ese plazo, cuando medie orden judicial o constitucional o cuando el respectivo organismo o entidad hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso la máxima autoridad administrativa o representante legal solicitará expresamente al

Contralor General, dicha exclusión del referido registro; y, el artículo 17 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, señala que **serán excluidos del registro a petición de la entidad u organismo contratante respectivo**, esto es que la exclusión ya no será automática, como señala el artículo 121 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

La Contraloría General del Estado, a lo largo de la vigencia de la norma legal citada, en forma por demás condescendiente con el reglamento expedido por dicha institución, optó por solicitar a la entidad contratante que procedió a declarar la inhabilidad del adjudicatario fallido y/o al contratista incumplido, el pronunciamiento respectivo, previo a excluirlos del registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, yéndose en contra de la supremacías de la normativa legal determinada por Kelsen .

Recibido por la Contraloría General del Estado, el acto administrativo, a través del cual, la entidad contratante, solicita la exclusión del registro de contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos, esa entidad procede a otorgar los certificados de cumplimiento de contratos con el Estado, cuya validez es de sesenta días contados desde la fecha de su expedición, conforme lo prescribe el artículo 18 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción.

Sobre lo señalado, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública subsana este inconveniente al establecer en forma clara la fecha de inicio de la sanción administrativa, así como la fecha de la exclusión automática y rehabilitación del sancionado del registro de incumplidos o adjudicatarios fallidos que en su artículo 19 establece:

“... son Causales de Suspensión del Registro Unico de Proveedores: “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”.¹⁷

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

El Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a la notificación del incumplimiento manifiesta:

“Artículo 148.- Notificación con el incumplimiento.- Declarada la terminación unilateral del contrato mediante resolución motivada, ésta se notificará al contratista y se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página WEB de la entidad contratante. La declaración de terminación unilateral del contrato inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP”¹⁸.

“Artículo 149.- Obligaciones de entidad contratante.- La entidad contratante ingresará al Portal www.compraspublicas.gov.ec la información relacionada con los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un plazo máximo

¹⁷ Asamblea Constituyente, Registro Oficial, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2008. Ediciones Distrito Metropolitano de Quito. Pág. 20

¹⁸ Asamblea Constituyente, Registro Oficial, Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2008. Pág. 20

de cinco días luego de producido el hecho. De no hacerlo, será sancionada por el Instituto Nacional”¹⁹.

2.3 SEGURIDAD JURIDICA Y CUMPLIMIENTO DE LA SANCION

La palabra seguridad proviene del vocablo securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que significa estar seguros de algo y libre de cuidados, entonces la seguridad jurídica, es la garantía dada al individuo por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si éstos llegarán a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

La seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente. El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo.

En los contratos administrativos y en los privados, la seguridad jurídica es la base fundamental para que se respete las relaciones jurídicas entre las partes, su quebrantamiento dará lugar al arbitrio y a la inestabilidad legal y poca certeza contractual, al abuso del derecho, el abuso en la contratación y la interpretación interesada de sus cláusulas, lamentablemente, esta tendencia se ha afianzado en el Ecuador, donde es cada vez más frecuente que una de las partes, y hasta el Estado, se arrepientan de lo que pactaron, con los más inverosímiles argumentos, basados incluso en el difuso discurso de la legitimidad.

¹⁹ Asamblea Constituyente, Registro Oficial, Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2008. Pág. 20

En nuestro tiempo, la seguridad contractual empieza a estorbar y es signo del descrédito de los principios y de la falta de voluntad en honrar los compromisos y las obligaciones. Lo grave es que ese menoscabo del principio, que nace primero en los estamentos políticos, contamina después a los miembros de la sociedad civil y a los jueces, y resulta entonces que los contratos, y las leyes que los sustentan, no son instrumentos que expresan con rigor y precisión la voluntad de las partes, sino que se convierten en flexibles y anecdóticos ‘referentes’ desprovistos de valor jurídico y sometidos a consideraciones de cualquier otra índole.

La terminación unilateral con relación al contratista y la declaración como adjudicatario fallido a una persona por parte de la administración, como ya le hemos señalado en el presente trabajo, a más de dar por concluido el contrato o no haberse suscrito el mismo, genera la inhabilidad especial para que el contratista o el adjudicatario fallido, pueda celebrar nuevos contratos con la administración pública por el lapso de 4 y 3 años respectivamente, contados desde la fecha de inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos a cargo de la Contraloría General del Estado. También se le ejecutará la garantía de fiel cumplimiento equivalente al cinco por ciento (5%) del monto del contrato o la garantía de seriedad de la propuesta.

Para la administración los efectos que produce la terminación unilateral es el de posibilitar una nueva contratación que permita el cumplimiento de sus objetos de satisfacer las necesidades públicas, para ello, deberá previamente establecer el avance físico de la obra, establecer la liquidación económica del contrato que se ha dado por terminado, y a partir de ello llamar a un nuevo procedimiento de selección del cocontratante de la administración.

Como ya lo hemos revisado, uno de los efectos de la terminación unilateral y anticipada de los contratos o la declaración de inhabilidad por la negativa a suscribir un

contrato, es la obligación que tiene la entidad contratante de informar a la Contraloría General del Estado, sobre el incumplimiento de los contratos suscritos por estas entidades, dando lugar a la sanción prevista en el literal c) del artículo 55 de la Ley de Contratación Pública, es decir la inhabilidad de suscribir contratos con el Estado hasta por cuatro años de haberse hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Del análisis realizado a través de este estudio tanto a la Ley de Contratación Pública, a su Reglamento General de aplicación y el Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, se puede demostrar que, en la realidad, el cumplimiento de esta sanción, iba más allá de lo que la Ley y los reglamentos establecían, pues, si por alguna razón la garantía de fiel cumplimiento de contrato o de seriedad de la oferta, no se hacía efectiva por parte de la entidad contratante, la sanción administrativa, no podría iniciarse, conforme el tenor de las normas legales citadas, cuando en la práctica, se podía comprobar con facilidad que la inhabilidad a los adjudicatarios fallidos, como a los contratistas incumplidos, se producía efectivamente desde la fecha en que la Contraloría General del Estado los inscribía en el Registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos a su cargo, cuyas listas inclusive son posteriormente publicadas mensualmente en el Registro Oficial.

La aplicación de la sanción de la manera como la norma legal citada venía ejecutando, estaba en contra de todo principio legal y constitucional y en detrimento de los profesionales afectados, que sin embargo de haber cumplido efectivamente una sanción por más del tiempo establecido en la ley, ésta no surtía el efecto deseado porque la entidad hacía efectiva la garantía en forma tardía a la de inscripción en el citado registro, o simplemente porque por alguna razón, esta no pudo ejecutarse.

La nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina con exactitud la fecha de inicio de la sanción como la fecha de exclusión de los contratistas sancionados o de los adjudicatarios fallidos, sanción que para el caso de los contratistas incumplidos aumenta a 5 años, manteniéndose inalterable la sanción para los adjudicatarios fallidos en 3 años de impedimento a suscribir contratos con el Estado. Durante el desarrollo de este estudio y antes de la aprobación de la nueva ley y su reglamento, consideraba necesario efectuar una reforma legal al Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción a fin de que se establezca la aplicación de la sanción desde la fecha de su inscripción en el registro correspondiente, cuya fecha sería también la de efectivización de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, precautelando de esta manera los intereses del Estado y garantizando el derecho constitucional al trabajo por parte de los profesionales inhabilitados una vez cumplida su sanción.

2.4. CONFLICTOS SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN

Los conflictos que se desprenden de la ejecución de la sanción administrativa nacen de su directa relación con los principios, presupuestos lógicos, convicciones que sostienen una institución y, en este caso particular, la justicia administrativa, y que prácticamente evitan que quienes ejercen la administración del Estado abusen de los poderes que la sociedad les ha entregado.

“Los principios son las convicciones ético jurídica de carácter concreto en las que se sostiene una sociedad determinada, son sus pilares básicos; pero, por provenir de

un organismo estructurado integrado por seres humanos, están en permanente movimiento, van cambiando constantemente de acuerdo a los nuevos intereses o circunstancias que son las que los motivan”.²⁰

Los legisladores y Magistrados tienen la posibilidad de ubicar los principios en relación a la justicia, de conformidad con las convicciones acerca de ella. Son instrumentos que en muchas ocasiones rebasan los niveles de abstracción de la ley que no siempre ha representado el bien común, objetivo fundamental del Estado.

Patricio Secaira Durango, en su obra denominada “*Breve curso de Derecho Administrativo*”, establece una serie de principios, respecto a las condiciones o relaciones entre el Estado y los particulares y que por su importancia detallo a continuación:

- a) La dignidad humana.- como propósito del Estado a fin de que el ciudadano y su familia dispongan de condiciones de vida que les permita desenvolverse en la sociedad. Entre estas condiciones está la dotación de servicios básicos, oportunos y adecuados para la protección de la vida.
- b) La igualdad ante la ley.- que elimina el discrimen en tanto y cuanto la ley es aplicable a todos, de forma general y en protección a los sectores sociales menos favorecidos, procurando que las acciones del Estado procuren la equidad.
- c) La seguridad jurídica.- comprendida como la confianza general de que la ley debe ser cumplida y aplicada por toda la nación porque, se supone, la administración pública actúa de buena fe y tiene una sólida base de legitimidad en la soberanía y la justicia. El

²⁰ Curso Breve de Derecho Administrativo. Patricio Secaira Durango. Ediciones Distrito Metropolitano de Quito. 2004. Pág. 59

ciudadano debe tener un cumplimiento cabal de la ley, al igual que el Estado y sus instituciones.

- d) La legalidad.- que señala que todos los individuos e instituciones están sometidos al poder público y al orden jurídico del Estado. Nadie puede ubicarse por sobre el mandato Constitucional y legal.
- e) La proporcionalidad.- la sanción administrativa debe ajustarse mesuradamente a la realidad.
- f) La autotutela administrativa.- en ella se establecen los límites que crean la Constitución y la ley para la actividad pública. Se expresa en el control que la propia administración genera y hace de sus actos.
- g) La jerarquía.- que procura que los actos de la administración pública sean lo menos controvertidos posible, dando categorías de jerarquía y responsabilidad para viabilizar las decisiones.
- h) La especialidad.- por medio de la cual la administración pública cuenta con los órganos adecuados a cada interés público a fin de partir de una base técnica, lo que proporciona seguridad en su accionar.
- i) La permanencia del servidor público.- para garantizar la continuidad de la actividad.

De estos principios, es necesario destacar el de la seguridad jurídica toda vez que si algún pilar fuerte de sostenimiento de una organización social existe, es el de la seguridad jurídica de la cual se desprende la confianza del individuo para vivir en sociedad, de adquirir compromisos con sus semejantes y, lógicamente, con el Estado del cual espera una respuesta que responda a niveles de ética y moral consecuentes con la declaración de bienestar ciudadano.

Las normas jurídicas administrativas son instrumentos de administración de las entidades públicas que permiten la contribución efectiva del ciudadano para el crecimiento y desarrollo de las sociedades. Por ello, si algo debe quedar en claro, es la protección que el individuo tiene frente al todopoderoso Estado que, desde la arbitrariedad, puede destruir no solo la capacidad individual del ser humano sino procesos que han tenido un gran costo y que, al verse vulnerados, representan un retrocesos inmenso si partimos del hecho de que sólo la consolidación del Estado, como tal, le costó a la humanidad millones de años y, aunque si bien es cierto que el Estado burgués, como lo conocemos en la actualidad arrancó de la Revolución Francesa, en 1789, no es menos importante señalar que ese proceso fue resultado de más de dos mil años de construcción de principios jurídicos que se vieron plasmados a un gran costo de vidas humanas porque, si contra algo ha lucha el ser humano desde su creación es contra la tiranía y la opresión. La libertad es un don irrenunciable por el que la humanidad seguirá luchando.

Por sus características, el derecho administrativo, en el caso de las sanciones administrativas, hace efectiva la ventaja que el Estado tiene frente a los cocontratantes de la administración, pues, en su calidad de representante del interés colectivo, hace efectiva estas prerrogativas de poder, cuando por causas ajenas a su voluntad y ante el retraso o interrupción del cumplimiento de sus objetivos del bien común. Esta es la naturaleza de las prerrogativas del Estado frente a los individuos y la puesta sobre el tapete de las reglas de juego que se han de observar en cada caso.

La ejecución de la sanción administrativa, en la terminación unilateral y anticipada de los contrato públicos y también ante la declaración de un oferente como adjudicatario fallido, genera una serie de conflictos que pueden llegar a lesionar la estructura misma del Estado, sus

objetivos y autoridad con la que organiza a la sociedad, pero sobre todo y ante todo, la del cocontratante de la administración.

Si partimos del principio jurídico fundamental de que el Derecho es la expresión de intereses económicos concretados en la Ley, concordaremos en que: “

“La administración pública no es otra cosa que la actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado para lograr sus objetivos por medio de un aparato orgánico, sometido al ordenamiento jurídico”.²¹

Esta vinculación inexorable entre Estado y Derecho se pone de manifiesto en la Constitución Política del Estado que señala la obligatoriedad del Estado de:

“... asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales..., preservar el crecimiento sustentable, erradicar la pobreza y promover el progreso económico, garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción...”.²²

A lo que se agrega que los ecuatorianos gozamos de derechos, garantías y deberes y, entre los primeros, el derecho a la libertad de empresa (Artículo 23, numeral 16), a la libertad de trabajo (Artículo 23, numeral 17), a la libertad de contratación (Artículo 23, numeral 18), a la libertad de asociación (Artículo 23, numeral 19), a la seguridad jurídica (Artículo 23, numeral 27); y, el derecho al debido proceso (Artículo 23, numeral 27).

²¹.Secaira Durango. Obra citada. Pág. 40

²² Constitución Política de la República del Ecuador. Junio de 1998. Pág. 2

El artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador, señala que para asegurar el debido proceso, existen algunas garantías básicas, entre ellas:

“1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.²³

Pero estas prerrogativas de poder del Estado está regulado por el Debido Proceso determinado en la actual Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada por la Asamblea Constituyente en su artículo 76, numeral 3 que señala:

“1. 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 aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.²⁴

Las disposiciones tajantes de la Codificación de la Ley de Contratación Pública (sustituida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), a pesar de existir, todo un proceso netamente administrativo en el trámite de la terminación unilateral y

²³ Constitución Política de la República del Ecuador. Obra citada. Pág. 6

²⁴ Asamblea Constituyente “Constitución 2008”, El Comercio, Quito, p. 13

anticipada del contrato, estaría, en cierta forma contraviniendo las disposiciones constitucionales enunciadas, porque la resolución administrativa constituye la expresión de un juzgamiento, más si se entiende que esta sanción administrativa equivale a una pena por el cometimiento de una infracción, que en este caso sería en contra del bien común, más que en del Estado mismo, que es, en todo caso, el ejecutor de este bien común.

En el numeral 2 del artículo 24 de la constitución, se agrega que:

“En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable”.²⁵

Derecho que también lo contempla la actual Constitución Política del Ecuador, aprobada por la Asamblea Constituyente en su artículo 76, numeral 5 que señala:

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.²⁶

La Codificación de la Ley de Contratación Pública (sustituida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), fue concebida, por lo menos para el caso de la

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*

ejecución de la sanción administrativa en la terminación unilateral del contrato o de la declaración de fallido a un oferente adjudicado, sin atenerse a la normativa constitucional que es el gran marco de referencia que organiza la vida jurídica del Estado y, en este breve análisis se percibe, que estaría violentando los derechos civiles de los ecuatorianos contenidos en el artículo 23 de la Constitución, que han sido extraídos para visibilizar la flagrante violación de los mismos. La resolución administrativa, en estos casos, desconoce que el contratista es un ciudadano ecuatoriano que tiene derecho a la libertad de trabajo, a la libertad de empresa, a la legítima defensa, al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, sin que la actual normativa legal de contrataciones se diferencie sustancialmente, en este sentido.

La primera gran contradicción de la sanción administrativa, en los casos que se está tratando, es con la concepción que de ciudadano ecuatoriano tiene la Constitución Política del Estado, a lo que se agrega la violación a la seguridad jurídica que contiene la resolución administrativa porque, con el carácter absolutista de esta medida se generan una serie de temores toda vez que ningún contratista que ha asumido una obligación contractual con el Estado incumple por negligencia o por mala fe.

En un país como el nuestro, en el que los procesos productivos y administrativos son tan lentos y engorrosos, existen no pocas posibilidades de incumplimiento de un contrato que, muchas veces, inclusive no dependen de él sino de la entidad a la que se ha sometido. Una disposición tan rígida genera temores, porque muchas el contratista pone todo de sí, todo lo que tiene, todo lo que de buena fe cree que debe ofrecer y se topa con que los procesos deben seguir tal rumbo administrativo que, en lugar de colaborar en la ejecución de las obras o los compromisos, los entorpecen. No son pocos los casos en que por el incumplimiento de un contrato, empresas grandes y pequeñas, principiantes o con experiencia, se han ido a la ruina.

Si, como señala el tratadista Patricio Secaira Durango, en su obra *Curso Breve de Derecho Administrativo*,

“Las finalidades primordiales de la Administración Pública son:

- El desarrollo económico y social de la población;
- La prestación de servicios públicos adecuados y oportunos;
- La seguridad colectiva e individual;
- La seguridad jurídica;
- El logro del bien común; y,
- La aplicación de la ley y la justicia”.²⁷

La Ley de Contratación Pública debería incorporar estos principios a su articulado y viabilizar la mayor participación de contratistas, en condiciones de seguridad jurídica y de garantías constitucionales.

En la terminación unilateral del contrato, así como en la declaración de fallido a un oferente, es privativo de la entidad pública con la que el contratista tiene el compromiso jurídico. Al respecto, el artículo 15 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dispone que:

“.. la máxima autoridad administrativa o representante legal de la entidad u organismo escogerá, de entre sus servidores, en lo posible, a quienes tengan capacitación en aplicación y desarrollo de proceso contractuales y de contratación o formación profesional o técnica afín con el objeto de la contratación. Si no los tuviere, podrá

²⁷ Secaira Durango. Obra citada. Pág. 41

designarlos de fuera de la entidad, sea mediante contrato o, si fueren servidores públicos, por petición de comisión de servicios...”.²⁸

Este mecanismo contempla la ley para que la decisión no recaiga sólo en una persona que puede tener otro interés, que no responda, precisamente, al institucional. Así, se consigue que los comités de contrataciones tengan asesorías permanentes, se evita que los procesos sean fallidos y que los funcionarios públicos de la misma entidad sean beneficiarios de las decisiones; que las autoridades de control tengan labor preventiva y oportuna, que los conflictos contractuales sean atendidos con celeridad, que no se establezcan barreras jurídicas tras las cuales se esconde la corrupción y, sobre todo, generar confianza.

La Constitución Política del Estado, en el Capítulo 2, De la Función Pública, artículo 120 manifiesta:

“No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia”.²⁹

La actual Constitución Política del Ecuador, aprobada por la Asamblea Constituyente en su artículo 233, señala que:

²⁸ Fundamentos de la Contratación Pública. Cristóbal Vaca Núñez. S&A Editores. Quito, Ecuador. 2007. Pág. 104

²⁹ Constitución Política. Obra citada. Pág. 21

“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”.³⁰

De lo que se deduce que la decisión unilateral de terminación de contrato debe ser muy bien evaluada y respaldada, antes de tomar la decisión porque, también el Código Penal contiene disposiciones que frenan el espíritu arbitrario con el que se puede actuar cuando una persona tiene tanto poder delegado por su condición de autoridad administrativa.

El Código Penal sanciona la recepción de coimas o comisiones por parte de los funcionarios públicos, el cohecho, el enriquecimiento ilícito, la malversación de fondos (peculado), la concusión:

“Art.264.- Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo, lo que sabían que no era debido, por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidas con prisión de dos meses a cuatro años”.³¹

El Código Civil codificado, en su artículo 7, señala el principio de irretroactividad, y dice que la ejecución de los contratos se rigen por la ley vigente el momento de suscribirlos y, en relación al silencio administrativo, de darse, se entenderá que la solicitud, pedido o reclamo se ha resuelto a favor del contratista.

³⁰ Asamblea Constituyente “Constitución 2008”, El Comercio, Quito, p. 25

³¹ Código Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Es necesario agregar que, a pesar de que la filosofía jurídica dice que el contrato con la Administración Pública nace en condiciones de igualdad, el Estado tiene a su favor una serie de privilegios. Uno de ellos es la terminación anticipada y unilateral de un contrato, posibilidad que no la tiene el contratista pues este debe cumplir con los contratos, a pesar de que los periodos que se deben esperar para el cobro de planillas por los trabajos realizados son interminables, del mismo modo que lograr el reembolso de los fondos retenidos en garantía. Normalmente estos trámites demoran más que el trámite que se realiza desde la presentación de la planilla hasta el cobro de la misma, que la realización del trabajo respectivo. Hay ocasiones en que estos pagos se los realiza luego de uno, dos tres y hasta cuatro años de concluido el trabajo y, en este caso, el contratista no tiene a quién acudir. El Estado tampoco paga intereses por la mora mientras que, por la demora en la entrega de los trabajos, el contratista tiene que pagar una multa diaria. Esta demora se presta, indudablemente a la corrupción porque muchos contratistas se ven en la necesidad de entregar coimas para que se agilicen los pagos.

El artículo 115 de la Ley de contratación Pública (artículo 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) dispone, en estos casos:

“Retención indebida de pagos.- El funcionario al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una entidad del sector público que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondiente, será destituido de su cargo y sancionado con una multa no menor de diez salarios mínimos vitales, que podrá llegar al diez por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y

penales a que hubiere lugar. La multa será impuesta por la máxima autoridad de la entidad, y, en defecto de la actuación de ésta, por el Contralor General del Estado”.³²

A pesar de existir esta clara disposición legal, lo propio sucede con la devolución de la garantía del cinco por ciento del valor de los contrato. Por lo general, el contratista ha terminado la obra, se ha realizado la entrega recepción de la misma y deberá pasar el tiempo que a los funcionarios les parezca para que se efectúe esta devolución.

La autoridad administrativa de toda institución pública puede dar por terminado unilateralmente un contrato, a pesar de que existe reclamo judicial o administrativo por resolverse. Esta podría ser una de las más graves manifestaciones de la inseguridad jurídica y de la arbitrariedad a la que se ve sometido el contratista frente a una institución pública, aunque anteriormente a esta disposición actual y debido a que antes de la codificación, las entidades públicas, no podían ejecutar sus prerrogativas de poder, en los casos de reclamos administrativos o judiciales de los contratistas, estos abusaban de esta facultad para impedir ser sancionados.

“La extensión de la sanción como contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos a la o las personas jurídicas de la que forme parte dicho contratista, así como la extensión de la sanción impuesta contra la persona jurídica a todos los socios de ella, puede conducir al sui géneris caso de que alguien pueda ser sancionado por un ‘delito que no cometió’.³³

³² Ley de contratación Pública. Art. 115

³³ Vaca Núñez. Obra citada. Pág. 100

Por la “**dureza**” con la que aparecería ejercer su autoridad la Administración Pública frente al contratista incumplido o adjudicatario fallido que, en parte podría obedecer a la falta de oportunidades de trabajo que impulsa a éstos a emprender con contratos con el Estado que saben no van a poder cumplir y que se da en un país subdesarrollado como el nuestro, en el que la empresa privada es monopólica y no da oportunidad a los profesionales jóvenes o a las empresas pequeñas; del privilegio absoluto de que es la entidad pública la única que puede declarar la terminación unilateral del contrato o fallido a un oferente y del entrecruce de leyes, reglamentos, mandatos, acuerdos y decretos, se generan controversias que el propio Estado, a través de sus instrumentos e instancias jurídicas, se encarga de complicarlo aún más. Así, por ejemplo, en caso de existir controversias, se contempla la posibilidad de utilizar los procesos de arbitraje y mediación para que se puedan solucionar los conflictos. El artículo. 109 del Reglamento de la Ley de Modernización del Estado dice lo siguiente:

“De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Será competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuando a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el artículo 2415 de Código Civil, para las acciones ejecutivas”.³⁴

³⁴ Vaca Núñez. Obra citada. Pág. 86

De igual forma, el tercer inciso, del artículo 191 de la Constitución Política del Estado, prevé la mediación y el arbitraje, como medios alternativos para la solución de conflictos, en el campo de la contratación pública.

La mediación, a más de ser un mecanismo sumamente ágil frente a lo que constituya la función judicial, aproxima a las partes para llegar a un acuerdo consensuado. Por lo general, requiere de pocas audiencias luego de las cuales se puede advertir la viabilidad de lograr un acuerdo o descartarlo, definitivamente. Prescinde de jueces y reduce los costos de manera significativa.

Los acuerdos de las actas de mediación y arbitraje tienen fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Las normas que se aplican imponen a las partes la obligación de mantener confidencialidad.

Al respecto, la Procuraduría General del Estado, el 25 de agosto de 1998, se expresó de la siguiente forma, respecto a la mediación y al arbitraje:

“La simplificación, agilidad y eficacia de los trámites es uno de los principios generales prescritos en la Constitución Política de la República. La Ley de Arbitraje y Mediación establece procedimientos alternativos que reúnen las características mencionadas. La Procuraduría General del Estado se muestra favorable al empleo de estas formas de solución de controversias y está presta a colaborar en su aplicación, especialmente en el ámbito de la contratación pública”.³⁵

En los contratos con la Administración Pública, el contratista casi, casi se asemeja a la oveja amarrada, de pies y manos, que se enfrenta a un tigre suelto, el Estado. De todos estos

³⁵ Vaca Núñez. Obra citada. Pág. 88

aspectos nace, también, el desprestigio que tiene la contratación pública y el hecho de que muchos profesionales y empresas solventes se nieguen a trabajar con el Estado y éste se vea obligado a prescindir de servicios de ciudadanos bien preparados y honestos.

Como corolario, y en relación con este tema podría decir que los conflictos que se producen tanto con los contratistas incumplidos como con los adjudicatarios declarados fallidos en la ejecución de la sanción, cuando cumplida la sanción establecida en la Ley de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y el Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, y cuyos conflictos se fundamentan esencialmente en que el periodo de sanción verdaderamente se inicia con la notificación que realiza la entidad pública que resolvió la terminación unilateral y anticipada del contrato o la declaratoria de fallido a un oferente a la Contraloría General del Estado, sin embargo de que la sanción comienza, según las normas citadas cuando se hacía efectiva garantía de fiel cumplimiento del contrato, para el caso de contratistas incumplidos o la garantía de seriedad de la oferta, para el caso de los adjudicatarios fallidos, pues, se daba el caso que una u otra garantía no se llegaba a ejecutar y por lo tanto, desde el punto de vista estrictamente legal, la sanción no debía aplicarse, lo que generaba un conflicto legal, en el momento en que los perjudicados con esta sanción, solicitaban a la Contraloría General del Estado o a la institución pública que resolvió la sanción, la exclusión del registro de contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos, según el caso. Como lo he venido mencionando en varios pasajes de este trabajo, la nueva normativa legal de contratación pública, ha subsanado este inconveniente de inseguridad jurídica existente antes de su aprobación

2.5. CONSECUENCIAS DEL DAÑO IRROGADO AL CONTRATISTA INCUMPLIDO

Antes de proceder a la terminación del contrato, y de conformidad con el procedimiento establecido en la Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, y también en la actual ley, la entidad debe notificar al contratista, con la anticipación que prevé el contrato o en su defecto la Ley. Se acompañará a esta notificación los informes técnico, económico y jurídico que refieren el cumplimiento de las obligaciones. Esta notificación deberá especificar el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista, con la advertencia de las consecuencias que ocurrirán si en el plazo estipulado, no lo remedia.

“Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad, que se comunicará por escrito al contratista. La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el Art. 1595 del Código Civil. La entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo”³⁶

El artículo 1595 del Código Civil que menciona la Codificación de la Ley de Contratación Pública y que con la codificación de esta norma legal, actualmente es el artículo 1568 dispone:

³⁶ Ley de Contratación Pública. Art. 105

“Mora en los contratos bilaterales.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos”.³⁷

En términos generales, se puede afirmar que las consecuencias del daño irrogado al contratista incumplido, en un país como el nuestro, en el que los procesos de contratación pública están tremendamente burocratizados y atravesados por lamentables manifestaciones de corrupción, pueden lesionar mucho al contratista e inclusive, repercutir en la negativa de muchos empresarios y profesionales de excelente calidad, a trabajar con las entidades del Estado, como ya lo mencioné anteriormente.

La consecuencia inmediata de la terminación unilateral del contrato es la extinción del mismo por una vía anormal ya que su resultado no es el mismo que motivó la suscripción del contrato. La terminación unilateral elimina las obligaciones pactadas. Los efectos de la terminación son negativas para los contratistas de la administración, como para la administración misma, que no cumple su función social y concluir un contrato que ha sido terminado en forma anticipada, presupone un sinnúmero de perjuicios, inclusive de tipo económico y de tiempo, pues los beneficiarios de las obras terminadas anticipadamente, no podrán beneficiarse de este servicio social que supone es una obra pública, y claro, el perjuicio que también afecta al contratista que ve perjudicada su economía personal o empresarial ante una terminación unilateral y anticipada de su contrato y además de la imposibilidad de contratar con el Estado por cuatro años, por la sanción impuesta por la entidades públicas e implementada por la Contraloría General del Estado.

³⁷ Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. 2006. Pág. 65

Respecto a los perjuicios de los contratistas incumplidos ya mencionados en la parte económica, se encuentra el derecho de la entidad para proceder a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento del contrato, la de anticipo de ser el caso y la de debida ejecución de la obra, para el caso de los adjudicatarios fallidos, se ejecuta la garantía de seriedad de la oferta, según lo que dispone la Ley de Contratación Pública.

El Capítulo V de la Ley de Contratación Pública codificada, De las Garantías, contemplaba, en el artículo 66, la obligatoriedad que tiene el contratista de presentar las garantías previas a la presentación de ofertas, suscripción de contratos, recibir anticipos. Estas garantías son:

“Art. 67.- Garantía de seriedad de la propuesta.- Para asegurar la celebración del contrato, el proponente presentará garantías de seriedad de la propuesta, en las condiciones y montos señalados en esta ley.

“Art. 68.- Garantía de fiel cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder de las obligaciones que contrajeron a favor de terceros, relacionados con el contrato, el adjudicatario, antes de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento del valor de aquél...

Art. 69.- Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista y otra forma de pago...

“Art. 70.- Garantía técnica para ciertos bienes.- En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen

aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos...

“Art. 71.- Garantía por la debida ejecución de la obra.- En los contratos de obra, para asegurar su debida ejecución y buena calidad de los materiales...”³⁸

La ejecución inmediata de estas garantías llevan a la quiebra a cualquier empresario, profesional o proveedor porque, además, la ley señala que las formas de garantía en estos procedimientos contractuales son depósito en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o cheque certificado, garantía incondicional e irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o financiera, póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, extendida por una compañía de seguros.

“Las garantías bancarias y las pólizas de seguro, por sus calidades de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, no ofrecen dificultad para su ejecución, al menos en teoría, pues basta que la entidad contratante, que es la asegurada, solicite al banco, aseguradora o compañía financiera el pago de la garantía para que ésta proceda de inmediato”.³⁹

La Ley de contratación Pública expresaba, con rigidez, aquello de que el Estado es “un ente todopoderoso” frente al contratista, individuo que ofrece su capacidad técnica, profesional y organizativa, para contribuir al desarrollo de sectores económicos subordinados a la estructura de la Administración Pública.

³⁸ Ley de Contratación Pública. Artículos citados.

³⁹ Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos. Galo Torres Gallegos. Editorial Trama. Quito, Ecuador. 1995. Pág. 174

Entre las sanciones por no celebración del contrato, en el artículo 62 de la Ley de Contratación Pública contemplaba que:

“... el funcionario correspondiente hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna...”

La garantía de seriedad de la propuesta es una suma de dinero equivalente a 2% del presupuesto referencial establecido por la Institución; cantidad nada despreciable si se toma en cuenta que los contratos que se firman con las entidades del Estado, en ciertos casos alcanzan sumas verdaderamente importante. Esta disposición constituye un perjuicio económico que, para muchos contratistas, especialmente los que se están iniciando en estos procesos (profesionales jóvenes o empresas pequeñas), puede entorpecer el desarrollo profesional y empresarial, frustrar muchas aspiraciones.

El incumplimiento de los contratos debe ser comunicado a la Contraloría General del Estado, para lo que se debe acompañar los documentos probatorios, en un plazo de cinco días a partir de la fecha de expedición de la resolución. La Contraloría General del Estado, en atención a su facultad privativa, registra a los Contratistas Incumplidos y a los Adjudicatarios Fallidos. Esta disposición pende como una espada de Damocles sobre la cabeza de los contratistas

El certificado de la contraloría General del Estado, sobre el cumplimiento de contratos, es un documento indispensable para la suscripción de todo contrato con las entidades; de tal manera que, al estar el contratista incurso el registro de los contratistas Incumplidos o Contratos Fallidos se le cierra la posibilidad de seguir trabajando con el sector público

Por efectos de la sanción administrativa al contratista, éste queda inhabilitado para celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público, por un período de dos años, a partir de la fecha en que se hubiere hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento.

“La imposición de esta sanción se hace efectiva mediante la inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos de la Contraloría General del Estado. Esta inscripción impide que se otorgue el certificado sobre cumplimiento de contratos con el Sector Público, documento indispensable para presentación de ofertas y suscripciones de contratos”.⁴⁰

Estas disposiciones son totalmente drásticas si se piensa en que muchos profesionales tienen como aspiración participar en el crecimiento de la economía nacional a través de la suscripción de contratos con las entidades del Estado y, las atribuciones que tiene en Estado y que han sido analizadas en esta investigación son muy exageradas y, sobre todo, arbitrarias porque el contratista se queda fuera de toda negociación, a pesara de los derechos que para este contempla la Ley, cuyo análisis es objeto del siguiente tema.

2.6. DERECHOS DEL CONTRATISTA

Debido a este cruce de leyes, códigos y reglamentos, el rompimiento unilateral del contrato puede dar lugar a controversias y sobre todo en la ejecución de la sanción, su plazo y una vez cumplido éste, su exclusión, con el perjuicio que estos acontecimientos presuponen para las partes y especialmente para el contratista. Pero la ley también contempla derechos a

⁴⁰ Torres Gallegos. Obra citada. Pág. 181

favor de los contratistas que se los conocen como facultades de impugnación de los administrados.

No son pocos los casos en los que quienes dirigen las entidades públicas llegan a tomar decisiones contrarias al derecho, por acción u omisión. La voluntad es subjetiva cuando quien dirige la entidad expresa su parecer sobre el tema y, es objetiva, cuando esta decisión se sostiene en una base material de los hechos y la aplicación de la norma jurídica. En una decisión administrativa existe la participación de las dos voluntades: subjetiva y objetiva.

El contratista puede oponerse cuando considera que las decisiones administrativas vulneran sus derechos o intereses, para alcanzar que la autoridad examine su caso y pueda emitir decisiones que no contraríen el ordenamiento jurídico, acogiéndose al derecho constitucional del “*debido proceso*”. Esta capacidad de réplica u oposición se denomina “*impugnación*”, que jurídicamente se convierte en un recurso.

Sobre el Recurso, el Diccionario Jurídica Elemental de Guillermo Cabanillas de Torres, señala que:

“Recurso.- Medio, procedimiento extraordinario. Acudimiento a personas o cosas para solución de caso difícil. Acogimiento al favor ajeno en la adversidad propia. Solicitud, Petición escrita. Memorial. Por antonomasia, en lo procesal, la reclamación que, concedida por ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal, para ante el mismo o el superior inmediato, con el fin de que la reforme”.⁴¹

⁴¹ Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanillas de Torres. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1997. Pág. 341

Este recurso es Contencioso Administrativo cuando se lo interpone contra resoluciones definitivas de la Administración Pública, que causan estado y provienen del Poder Ejecutivo. Constituye una garantía legal y se convierte en un obstáculo para que la decisión pueda ser ejecutada. Puede ser utilizado a criterio de los administrados en contra de las resoluciones que se emiten desde el sector público, cuando éste considere que están lesionando sus intereses.

Este recurso puede verificarse en la sede administrativa de la dependencia pública que tomó la decisión o en una sede jurisdiccional, ante los órganos de la Función Judicial.

El artículo 109 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública expresa:

“Art. 109.- De la única instancia.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Será competente para conocer dichas controversias el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos se estará a lo dispuesto en el Art. 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutadas”.⁴²

⁴² Ley de Contratación Pública.

La disposición aclara que regirá exclusivamente para las causas que se inicien a parte de la vigencia de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada el 13 de marzo del 2000, en el suplemento del Registro Oficial número 34.

Sin embargo, existen controversias y contradicciones, específicamente vacíos jurídicos, que deben ser objeto de aclaraciones porque, si el primer efecto de la terminación unilateral del contrato es la extinción del contrato, al no existir éste tampoco existe controversia que se derive del mismo y, por lo tanto, se debe actuar ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Cuando los administradores guardan silencio frente a las peticiones, reclamaciones y recursos formulados por los administrados, se denomina “silencio administrativo”. Es un derecho del ciudadano el ser atendido por lo que la legislación da efecto jurídico a la falta de respuesta para evitar que los casos queden irresolutos.

También se entiende como silencio administrativo a la respuesta confusa, imprecisa, ambigua, que no determina con precisión el contenido de la resolución, frente a lo cual la ley prevé algunos efectos jurídicos como una garantía para hacer valer el derecho de petición y el debido proceso.

El silencio administrativo pasó a ser parte de una arbitrariedad de las entidades estatales que fue tolerada durante mucho tiempo. La omisión administrativa fue tratada a fin de que se consolide la institucionalidad y, sobre todo, se garantice la seguridad jurídica.

El derecho de petición es una garantía constitucional que permite a los administrados recurrir a la administración pública para exponer sus peticiones, reclamos o recursos y la autoridad administrativa tiene la obligación de responder en un período determinado de tiempo

y en sujeción a las disposiciones legales. La respuesta afirmativa o negativa es obligatoria para el poder público.

Los efectos jurídicos del silencio administrativo tienen por objetivo impedir el abuso de la administración pública porque al administrado no se le puede coartar o impedir el ejercicio pleno de sus derechos.

“Resultaría extremadamente injusto que la administración, en ejercicio arbitrario del poder público, eluda su obligación de pronunciarse para evitar de este modo que los particulares puedan ejercer los reconocimientos o prerrogativas jurídicas constantes en el ordenamiento normativo de un Estado atinentes al caso de su interés subjetivo. Es por esto que resulta del todo entendible que la legislación se ocupe en un primer momento de señalar los períodos de tiempo suficientes para que el pronunciamiento administrativo se produzca y, en un segundo momento, establecer un pronunciamiento legal presunto otorgando efectos a la falta de pronunciamiento administrativo o a la ambigüedad de la decisión pública”.⁴³

Los pronunciamientos administrativos deben ser positivos o negativos, frente a la petición del administrado, en dependencia de que niegue o acepte la petición, para lo cual el administrado se ampara en el numeral 15, del artículo 23 de la Constitución, que entre los derechos civiles de los ecuatorianos reconoce:

⁴³ Secaira Durango. Obra citada. Pág. 310

“El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado”.⁴⁴

No siempre la respuesta del administrador es una resolución sino más bien un acto administrativo que manifiesta una voluntad expresa de dar solución al conflicto, lo que hace que el silencio administrativo no sea una respuesta. A ello corrobora el artículo 24 de la misma Constitucional cuando expresa que:

“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.⁴⁵

Las resoluciones administrativas deben viabilizar el cumplimiento de derechos que se han previsto en la organización jurídica del Estado y no siempre las peticiones del administrado están dentro del marco jurídico vigente; por ello, el silencio administrativo puede ser negativo o positivo.

El silencio administrativo negativo se refiere a que la ley determina un efecto jurídico negativo a la petición del administrado y crea una ficción jurídica. Tiene como fin posibilitar al administrado ejercer su derecho a la oponibilidad a la administración pública, para lo cual es

⁴⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. Mayo de 1998

⁴⁵ Ibid.

necesaria la existencia de un acto administrativo objeto del silencio administrativo porque lo fundamental es proteger el interés del Estado porque representa el interés de todos.

El silencio administrativo positivo se da cuando la administración pública, por incuria o negligencia, no expresa resolución dentro del plazo determinado por la ley. La ley confiere efecto positivo a este silencio porque se presume que las peticiones han sido atendidas favorablemente. Este silencio puede prestarse a que las autoridades estatales incumplan conscientemente su obligación y favorecer así intereses particulares por lo que la ley se encarga de limitarlo.

Los requisitos que se deben cumplir para que se dé el silencio administrativo positivo son: que el administrado dirija y presente la petición ante autoridad competente, cuando se busca el reconocimiento de un derecho caducado por el transcurso del tiempo y cuando los administradores solicitan a la administración pública la expedición de normas jurídicas de carácter general.

2.6.1. ¿CÓMO EJERCE SU DERECHO EL AFECTADO A NIVEL ADMINISTRATIVO?

El administrado puede usar los medios impugnatorios ante los órganos de la administración pública para alcanzar la revocatoria de la resolución administrativa que lesiona sus derechos y, por lo tanto, la considera ilegítima.

“El Estado garantiza a los individuos y sociedades el derecho a defenderse del abuso o arbitrariedad en la que puede haber incurrido la administración pública al

expedir sus resoluciones. Garantía que constituye ejercicio cabal del derecho de petición previsto en la Constitución”.⁴⁶

La Ley de Contratación Pública, antes de su codificación, establecía la obligatoriedad que tenía el contratista para agotar el reclamo administrativo, previo a recurrir a los órganos judiciales competentes para demandar la resolución del contrato o para resolver las controversias derivadas de su ejecución; mandato que contradecía las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada que determina en su artículo 38 que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público.

El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

La derogada codificación de la Ley de Contratación Pública, subsanaba la contradicción que existía entre estas dos leyes, además esta norma legal incluyó al

⁴⁶ Secaira Durango. Obra citada. Pág. 323

procedimiento de mediación y arbitraje en la resolución de controversias, el mismo que deberá ser acordado previamente en el contrato, o de llegar a un común acuerdo entre las partes para resolver sus controversias por dicha vía, caso contrario, las partes podrán resolver sus diferencias en sede judicial, es decir, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la jurisdicción respectiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la norma que regula este procedimiento que es la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. La nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también determina a la mediación y arbitraje, como una forma de solución de controversias.

Si bien es cierto que la codificación de las Ley de Contratación Pública no obligaba al contratista a que agote en primera instancia el reclamo administrativo, previo a iniciar una acción judicial, era facultativo para el cocontratante, hacer valer sus derechos, que desde su punto de vista habían sido vulnerados, ante la misma autoridad que emitió el acto administrativo, conforme lo dispone el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, a través de la interposición de recursos como el de apelación, reposición o revisión.

En los contratos celebrados con personas naturales o jurídicas extranjeras, la Constitución Política del Ecuador, determina expresamente que los mismos llevarán implícita la renuncia de toda reclamación diplomática, pues los contratos celebrados en nuestro país, deben sujetarse deben someterse a nuestra jurisdicción.

La solución de controversias que no se hayan podido remediar en sede administrativa y de no haberse acordado entre las partes el sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje, podrá ejercerse a través de la vía judicial, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y al amparo de las disposiciones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Como lo señalo, la propia administración tiene la capacidad de revisar sus decisiones porque las instituciones públicas tienen la obligación de actuar de conformidad con la ley. La ley ha creado estas oportunidades para que se agoten todos los esfuerzos en pos de la legalidad de los actos de la administración pública y, por lo tanto, los recursos son formas de autocontrol administrativo que permiten que la administración tutele sus actos en nombre de la vigencia jurídica establecida. También se considera a los recursos administrativos privilegios de la administración toda que obligan al particular a concurrir hacia ella misma para revisar los casos y, sólo después de este procedimiento, pueden presentarse impugnaciones judiciales.

El analista consultado sostiene que existen algunas clases de reclamaciones administrativas:

- 1) **Solicitudes** que se presentan a los órganos administrativos orientadas a que estos confieran autorizaciones, registro y otros reconocimientos jurídicos, en uso de los derechos subjetivos del administrado;
- 2) **Peticiones** formuladas a la administración pública con el fin de conseguir pronunciamientos previos al ejercicio del derecho facultativo del administrado para tomar acciones judiciales en contra de las instituciones públicas;
- 3) **Reclamaciones** que se presentan ante los órganos públicos para oponerse a ciertos actos de administración y que pueden incidir en la autoridad para que adopte una decisión. A través de las reclamaciones la autoridad obtiene mayor información ya que ella contiene el parecer del administrado.
- 4) **Denuncias** administrativas mediante las cuales la autoridad conoce un hecho que demanda de su intervención. No es necesario que el denunciante evidencie que tiene un

interés directo en el tema. Sin embargo, la denuncia no obliga a la autoridad a darle trámite, a no ser que la ley disponga lo contrario.

- 5) **Quejas** administrativas que avisan al administrador sobre algún asunto de interés del quejoso que está ligado al proceso, a fin de que adopte medidas por eventuales daños que la administración pública pueda causar a los administrados.
- 6) **Acción popular** o permisión legal para que los administrados presenten denuncias o quejas sobre asuntos que no afectan directamente a los que formulan el anuncio, y pueden tener incidencia colectiva frente a la cual el administrador tiene la obligación de actuar.

Los recursos en sede administrativa son: Recurso de Reposición, Recurso Jerárquico, Recurso de Apelación Administrativo y Recurso Extraordinario de Revisión.

El Recurso de Reposición es el que se formula ante la misma autoridad que emite el acto administrativo objeto del recurso, a fin de lograr su revocatoria, reforma o sustitución. El administrado debe demostrar su interés directo en el acto y la afección que éste le causa en sus derechos. La autoridad que tiene competencia para resolver un asunto puede revocarlo en atención al principio de que en derecho las cosas pueden deshacerse del mismo en que se las hace.

El Recurso Jerárquico tiene también características revocatorias, reformativas o sustitutivas. El recurrente tiene que justificar el interés que tiene en el asunto. Se lo propone frente a un órgano superior de la entidad pública que ha emitido el acto administrativo objeto del recurso. También se lo llama recurso de apelación administrativa.

Recurso de Apelación Administrativa.- Se lo propone ante un órgano de la administración pública perteneciente a una entidad diferente a la que tomó la decisión objeto del recurso.

Recurso Extraordinario de Revisión, que se lo interpone ante los Ministros Secretarios de Estado en relación a sus propias decisiones, o las expedidas por sus subordinados o entidades adscritas. Puede ser propuesto sólo por quien tenga interés directo en el caso y estime que sus derechos han sido lesionados. Está restringido a los casos que evidencian errores jurídicos o fácticos y la autoridad puede revisar los actos de sus subordinados.

“Si bien es verdad que estas autoridades tienen capacidad de revisión, no es menos verdad que los recursos son mecanismos de impugnación facultativos al administrado y no a la autoridad. No obstante, la doctrina y la legislación permiten que estas revisiones administrativas se produzcan aun de oficio, para lo cual es aplicable la institución tutelar nominada Avocación Administrativa, por medio de la cual la máxima autoridad, por propia iniciativa puede revocar, modificar o sustituir el acto administrativo emanado de sus inferiores jerárquicos. Debiendo señalarse que la avocación procede también para el caso en que el inferior no haya tomado una decisión pese a haber transcurrido determinado tiempo, motivo por el cual el máximo órgano de la entidad puede avocarse ese conocimiento y emitir la resolución que corresponda en derecho”.⁴⁷

⁴⁷ Secaira Durango. Obra citada. Págs. 236/237

Muchos juristas coinciden en que es necesario agotar las vías administrativas porque, si la Institución Pública tiene capacidad decisoria y conocimiento puntual de los casos, puede resolver los recursos interpuestos por el interesado y hasta acudir al máximo personero que puede ser el Ministro, antes de acudir a la vía judicial.

La impugnación en sede jurisdiccional es un derecho que le asiste al sujeto pasivo para hacer respetar sus derechos que han sido vulnerados. Las entidades del Estado, por mandato constitucional tienen que actuar de conformidad con la ley que también contempla la obligatoriedad de que los funcionarios públicos rindan cuentas y los derechos civiles de debido proceso y seguridad jurídica.

Cuando el administrado recurre a los órganos judiciales lo hace para oponerse a una decisión del poder público que considera afecta a sus derechos e intereses contemplados en la legislación. El administrado ejerce presión para que se cumpla lo que está escrito como mandato en la legislación. Este recurso contencioso administrativo es un verdadero “freno” a la arbitrariedad y al abuso de poder que podría darse con ciertas autoridades de los organismos públicos.

La Constitución Política de la República del Ecuador disponía en su artículo 196 que:

“Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”; y, el Art. 24, numeral 17 agrega en este particular que: “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno

quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.⁴⁸

De este recurso se beneficia también la administración pública en los casos en que sus decisiones afectan al orden jurídico establecido, frente a lo cual la entidad no tiene ningún poder para revocarlo o alterarlo; es decir, la institución pública no puede cambiar ni revocar las leyes. En el proceso se llama a comparecer a la persona que ha emitido el acto administrativo, a pesar de que el recurso administrativo no es un típico proceso judicial sino una vía de ser contralora de la legalidad de las decisiones administrativas, tutela el régimen de derecho, objetivo y subjetivo.

El Poder Jurisdiccional es mucho más amplio en el recurso contencioso administrativo que el que se aplica en la justicia ordinaria porque el juzgador tiene atribuciones más amplias para pronunciarse sobre las decisiones administrativas objeto del proceso y determinar el grado de observancia o no de la ley; mientras que, en los procesos judiciales ordinarios, el juez únicamente debe analizar los argumentos de las partes.

Los procesos contenciosos administrativos se relacionan con los actos o resoluciones administrativas, en tanto que la justicia ordinaria se relaciona con las personas que están en conflicto.

Para Rafael Bielsa, “La jurisdicción contencioso administrativa es un privilegio de la Administración Pública, y ese privilegio consiste en que las causas contencioso administrativas se sometan a tribunales propios, pero el progreso institucional de esa jurisdicción revela también que el administrado pueda tener en ella mayor protección

⁴⁸ Constitución Política del Ecuador. Junio de 1998

jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos que en la jurisdicción judicial, debido a que los tribunales de esa clase tienen mayor esfera de competencia”.⁴⁹

La jurisdicción contenciosa administrativa debe ser independiente de la Función Ejecutiva, de la Función Judicial y de la Función Legislativa porque, en todas ellas son entidades de Estado y hay decisiones y resoluciones administrativas que deben ser supervigiladas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

El Dr. Galo Torres Gallegos sostiene que la Ley de Modernización del Estado, publicada en el Registro Oficial número 249 de 31 de diciembre de 1993 y su Reglamento, publicado en el Registro Oficial número (suplemento), de 31 de marzo de 1994, dejaron sin efecto algunas disposiciones de la Ley de Contratación Pública vigente hasta entonces, por fuerza de los artículos 28, inciso 1 y 38 incisos 2 y 66, que dicen:

“Art. 28.-Derecho de Petición.- Todo reclamo, solicitud o pedido a autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará a la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos, vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

⁴⁹ Secaira Durango. Obra citada. Pág. 239

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario a derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el Art. 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

“La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministerio Fiscal del respectivo distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento”.⁵⁰

Como puede apreciarse, de conformidad con este artículo, el silencio administrativo está a favor del administrado reclamante, aunque como ya señalé anteriormente, éste no opera en la contratación pública, sin embargo considero importante determinarlo, así, el artículo 38 de la Ley de Modernización que dice:

“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en

⁵⁰ Torres Gallegos. Obra citada. Págs. 184/185

el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o el reclamo en vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado”.⁵¹

Como se puede apreciar, la Ley de Modernización del Estado presenta algunas contradicciones con la Ley de Contratación Pública derogada y, como es una ley que tiene el carácter de “especial”, prevalece por sobre cualquier otra ley.

En cuanto al trámite que la Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativa prevé para la reclamación de un derecho que el contratista considere vulnerado, deberá seguir el trámite establecido en la ley y que por su importancia, considero dejar establecido en resumen en este estudio.

Cuando el perjudicado haya presentado la demanda, el Magistrado de Sustanciación dispondrá la citación del representante de la entidad pública que haya dictado el acto o resolución motivo de la demanda y la entrega de una copia de ésta. Si el acto administrativo proviniera de las instituciones del Estado, la demanda se citará además al Procurador General del Estado. La demanda contra las otras personas que integran la administración local dentro del régimen seccional o contra los establecimientos públicos y personas jurídicas semipúblicas, se citarán a sus personeros legales, sin que sea menester contar con el Procurador General del Estado, quien, no obstante, tendrá las atribuciones de supervigilancia que le confiere la ley. La entidad pública, tendrá el término de veinte días para contestar la demanda y proponer conjuntamente todas las excepciones dilatorias y perentorias de que se

⁵¹ Torres Gallegos. Obra citada. Págs. 185/186

crea asistido, los fundamentos de hecho y de derecho de sus excepciones, los documentos en que se funda su derecho, se referirá a todas las impugnaciones del actor, enunciará las pruebas que va a rendir, y señalará su domicilio.

El mismo término concederá el Tribunal al funcionario o empleado, que tenga a su cargo el archivo en donde se encuentre el expediente administrativo, para que lo remita. Si no se contestare la demanda dentro del término concedido, se declarará la rebeldía a solicitud del actor; se le hará conocer esta providencia y no se contará más con él, de comparecer, se lo oirá y tomará la causa en el estado en que la encuentre. Con la contestación de la demanda se mandará notificar al actor, y en la misma providencia, caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días, en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren. Cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificará a las partes, y sin otra sustanciación el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración, pero en su lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas, en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos.

El Tribunal podrá también disponer, de oficio, y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido. Una vez que se haya concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de doce días. En el tiempo que decurre desde la conclusión del término de prueba hasta la expedición de la sentencia, podrán las partes presentar informes en derecho o solicitar audiencia en

estrados, para alegar verbalmente. En los informes en derecho o en la audiencia en estrados no podrán plantearse cuestiones extrañas a los asuntos materia de la litis. Las excepciones dilatorias como las perentorias y, en general, todos los incidentes que se suscitaren durante el juicio, no serán de previo o especial pronunciamiento y se resolverán en sentencia, salvo el que se proponga para la suspensión de procedimiento de ejecución.

Cuando existan sentencias judiciales adversas al Estado, Municipalidades y otras entidades del sector público, se elevarán en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Las Administración Pública, con la autorización de la Procuraduría General del Estado y previo informes favorables de los Directores o Asesores Jurídicos, podrá allanarse o desistir de una demanda, transigir o terminar un juicio por mutuo consentimiento, dependiendo de la cuantía.

Las sentencias que los órganos judiciales pronuncien en contra de la Administración Pública, serán de cumplimiento obligatorio, una vez que estas sentencias se hayan ejecutoriado.

En las controversias, cuya solución se haya sometido a la mediación o al arbitraje, el procedimiento a seguirse será el que dispone las estipulaciones de la Ley de Arbitraje y Mediación expedida en 1997, a cargo de los Centros de Mediación y Arbitraje que legalmente se hayan constituido para este efecto. La mediación y el arbitraje son mecanismo alternativo de solución de conflictos que las partes se someten por así haberlo convenido dentro de las cláusulas contractuales, o posteriormente, por mutuo acuerdo.

2.6.2. CUÁNDO REVOCAR LOS ACTOS DE GRAVAMEN

La Codificación de la Ley de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación actualmente derogadas y sustituidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como el Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, establecían el procedimiento para revocar los actos de gravamen.

El artículo 121 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, respecto a la exclusión del registro de incumplimientos señalaba que:

“Quienes hubieren sido declarados como incumplidos solamente podrán ser excluidos del registro al que se refieren los artículos precedentes, luego de transcurrido los tres años o los cuatro años de inhabilidad según corresponda que contemplan las letras b), c) y d) del artículo 55 de la ley con la sola presentación de documentos justificativos del contratista, en cuyo caso, la Contraloría lo excluirá de manera automática; y, antes de ese plazo, cuando medie orden judicial o constitucional o cuando el respectivo organismo o entidad hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso la máxima autoridad administrativa o representante legal solicitará expresamente al Contralor General, dicha exclusión del referido registro”.

En concordancia (supuestamente), el artículo 17 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos,

Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción, que respecto a la exclusión del registro de incumplidos manifiesta:

“Los adjudicatarios fallidos y los contratistas incumplidos, luego de transcurridos tres y cuatro años, respectivamente, desde la fecha en que la entidad pública hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta o de fiel cumplimiento, según corresponda, serán excluidos del registro a petición de la entidad u organismo contratante respectivo y, antes de ese plazo, cuando medie una sentencia ejecutoriada en la cual se determine que no existió tal incumplimiento, o cuando el respectivo organismo o entidad contratante hubiere revocado la declaratoria de incumplimiento, en cuyo caso la máxima autoridad o el funcionario debidamente delegado, solicitará expresamente al Contralor General la exclusión del referido registro, adjuntando copia auténtica de la correspondiente revocatoria.

La inclusión o exclusión del registro es responsabilidad única y exclusiva de la entidad u organismo público contratante que lo solicite.

La Contraloría General no podrá excluir del registro a ninguna persona o empresa por resolución propia. Los procedimientos impugnatorios y los pedidos de exclusión se realizarán en sede administrativa o judicial, al tenor de lo dispuesto en los artículos 119 de la Constitución Política de la República y 69, 100 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.”

Estos dos artículos tienen una flagrante contradicción, que en última instancia perjudica al cocontratante de la administración, no obstante también establecen con claridad

cuando la administración, podía revocar la sanción impuesta a los contratistas incumplidos y los adjudicatarios fallidos.

Para el caso de los contratistas incumplidos, hasta antes de la aprobación de la nueva Ley de Contratación Pública, era una práctica algo común, que ciertos profesionales, sin embargo de haber sido declarada la terminación unilateral y anticipada de su contrato por parte de la entidad contratante, concluían la obra encargada a pesar de no existir ya vínculo contractual con el Estado, siendo por lo tanto una obligación de la administración, recibir dicha obra y de cumplir con los parámetros técnicos establecidos en los contratos, proceder a su recepción definitiva y a la revocatoria de la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato efectuado y a solicitar la exclusión del profesional del registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.

Sobre el tema tratado en el párrafo anterior, la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no trata sobre este particular, lo que ocasionaría un perjuicio a los contratistas que sin embargo de haber sido declarados como incumplidos y llegaren a cumplir el objeto del contrato, a pesar de la sanción, no podrían ser rehabilitados como preveía la Ley de Contratación Pública derogada, lo que no ocasionaría un desestímulo para los sancionados.

2.7. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COMPARADO

La legislación española, país del primer mundo, tiene por obvias razones un desarrollo mucho más amplio en la contratación pública, respecto a su par ecuatoriana, bastante más explícita en la comprensión del Derecho como instrumento cohesionador del Estado y hace aportes fundamentales en el tratamiento del tema, como lo analizamos a continuación.

La Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, señala en su Título Primero, Art. 10, numeral 1, la dignidad de la persona, como uno de los derechos fundamentales, que se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los tratados internacionales. En el artículo 20, agrega que el derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, ideas y opiniones; a la creación literaria, a comunicar y recibir información, los mismos que serán regulados por la cláusula de conciencia y al secreto profesional

“... Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen...”⁵²

La Ley española de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, expedida el 26 de diciembre de 1978, señala que se comprenden como derechos fundamentales de la persona:

“... las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad de domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público”.⁵³

Este es el gran paraguas en el que se amparan los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

⁵² Normas Administrativas Básicas. 13ª. Edición. Eduardo Roca y Roca y otros. Editorial TECNOS .Madrid 2002. Pág. 21

⁵³ Normas Administrativas Básicas. Obra citada. Pág. 113

(LRJAP) y Procedimiento Administrativo Común (PAC), que señala que cuando en esta Ley se habla de *derechos* no pueden confundirse con los derechos fundamentales de la persona porque éstos constituyen derechos subjetivos que otorga el orden jurídico y se los ejercita en el curso de los procedimientos administrativos. Sin embargo, tanto en esta Ley como en la PAC existen mecanismos de protección, como:

-La nulidad de pleno derecho

En casos de que los actos de las Administraciones públicas lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sean dictados por órgano incompetente, que tengan contenido imposible, sean constitutivos de infracción penal o sean consecuencia de ésta, hayan prescindido del procedimiento establecido, sean contrarios al ordenamiento jurídico, los que vulneren la Constitución y otras leyes o disposiciones de rango superior.

-Silencio Administrativo

Garantiza los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública e impide que estos se vacíen de contenido cuando no son atendidos con la celeridad que deberían serlo. Los derechos ciudadanos son genéricos: Información y orientación, exigencia de responsabilidad, trato respetuoso y deferente e identificación de autoridades y persona; y, relativos al procedimiento: derecho a exigir responsabilidad, igualdad, a presentar alegaciones, a proponer pruebas, al uso de lenguas, a una resolución expresa, a que la Administración resuelva en el plazo legalmente establecido y a desistir de su solicitud o renunciar a sus derechos.

Para imponer una sanción, es necesaria la existencia previa de la competencia sancionadora:

“... la exacta observancia del procedimiento legalmente establecido para el tipo de infracción a la que se pretenda responder. Hoy, sería impensable la imposición de una sanción –de plano-; es decir, con ausencia de procedimiento alguno... toda medida sancionadora debe ser aplicada de conformidad con el procedimiento legal o reglamentariamente previsto para el caso concreto que concurra”.⁵⁴

Los principios del procedimiento sancionador son: exigencia de procedimiento, separación de las fases de instrucción y resolución, posibilidad de adopción de medidas provisionales, reconocimiento de derechos al infractor (presunción de inocencia, notificación de los hechos, formular alegaciones, práctica de prueba) y motivación de la resolución.

La estructura del procedimiento sancionador, en dependencia del tipo de falta, son dos: procedimiento general y procedimiento simplificado. El procedimiento general sigue los siguientes pasos: información previa, iniciación del procedimiento, contenido mínimo, medidas provisionales, actuaciones y alegaciones, período de prueba, propuesta de resolución, audiencia al inculpado, actuaciones complementarias, resolución y resarcimiento e indemnización.

Los afectados por un acto administrativo, de conformidad con las LRJAP y PAC, pueden optar por tres tipos de recursos: Recurso Extraordinario de Revisión, Recurso Potestativo de Reposición y Recurso de Alzada.

⁵⁴ Notas Sobre Derecho Administrativo. Tomo II. Pedro T. Nevado Batalla Moreno. Ediciones Ratio Legis. Barcelona. 2002. Pág. 51

El Recurso Extraordinario de Revisión tiene por objeto los actos firmes en vía administrativa; las circunstancias que han de concurrir son: que al dictarlos se haya incurrido en error de hecho, que aparezcan documentos de valor esencial, que en la resolución hayan influido documentos o testimonios falsos, que la resolución haya sido consecuencia de prevaricación, cohecho o violencia; el órgano competente es el mismo que dictó el acto; la interposición es ante el órgano que dictó el acto; el plazo es para la primera causa cuatro años y para el resto de causas tres meses; el plazo de resolución es de tres meses; y, no cabe otro recurso administrativo.

El Recurso Potestativo de Reposición tiene como objeto las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa; el órgano competente es el que dictó la resolución; la interposición es ante el órgano que dictó la resolución; el plazo de interposición en acto expreso es de un mes y en acto presunto de tres meses; el plazo de resolución es de un mes y el silencio es desestimatorio; no cabe otro recurso a no ser que sea el de revisión.

El Recurso de Alzada tiene por objeto las Resoluciones y actos que no pongan fin a la vía administrativa; el órgano competente es el superior jerárquico del que dictó la resolución o el acto; la interposición es ante el órgano que dictó el acto o el competente para resolver; el plazo de interposición en el acto expreso es de un mes y en el acto presunto es de tres meses; el plazo de resolución es tres meses, el silencio es desestimatorio, salvo el recurso por desestimación de solicitud por transcurso de plazo y cabe el recurso extraordinario de revisión.

Los recursos pueden interponerse contra resoluciones o actos de trámite. Los requisitos formales que se deben reunir son:

- a) Nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo;
- b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación;
- c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones;
- d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige;
- e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas”.⁵⁵

Un concepto fundamental que maneja la legislación española es, según el tratadista Ricardo Rivero Ortega, el de la seguridad jurídica, que parte de considerar al Derecho una ciencia social. Cuya misión fundamental es resolver los problemas sociales. Es la economía la que necesita del Derecho porque es indispensable la creación de un marco jurídico-político-económico que cree cierta estabilidad, que favorezca el progreso porque sin estos elementos no es posible que se dé un desarrollo sostenido.

“Una de las claves del progreso, precisamente la que suele distinguir los países desarrollados de los que aspiran a serlo, es la seguridad jurídica, un valor ensalzado por la sociedad burguesa que consiste en último término en saber a qué atenerse, algo imprescindible para el desarrollo económico y la tranquilidad social... En lo que a derecho público se refiere, la seguridad jurídica consiste en la previsibilidad de las decisiones del poder público, una de las explicaciones más esclarecedoras del principio de legalidad de la Administración...”⁵⁶

⁵⁵ Nevado-Batalla. Obra citada. Pág. 64

⁵⁶ Introducción al Derecho Administrativo Económico. Ricardo Rivero Ortega. Editorial Ratio Legis. Salamanca. España. Pág. 2001. Pág. 43

El Estado interviene en la economía a través de distintas modalidades y es una realidad a la que hay que saber comprenderla y es necesario conocer el funcionamiento de las instituciones político gubernamentales. La participación del Estado en la economía define y cualifica muchos procesos. El desenvolvimiento de los mercados no es sólo cuestión de cifras, sino que es una expresión de los fallos del Estado, por lo que es necesario que estos fallos no se politicen.

Para comprender cómo se toman las decisiones gubernamentales, es preciso tener en cuenta tres aspectos: la teoría de la Ley, el Estado de Derecho, la libertad individual y la discrecionalidad administrativa.

Para que exista seguridad jurídica es preciso que se descarte el “*laissez faire*” y que el Estado se reserve actividades que van más allá del monopolio de la fuerza. Las leyes juegan un papel fundamental en la determinación de las actividades empresariales y el mercado, sobre cuya base existe la competencia que necesita, a su vez, de normas y regulaciones.

“... los derechos de individuos, con sus deberes y privilegios, estará en gran medida determinados por la ley. De ello resulta que el sistema legal tiene una gran influencia en el funcionamiento del sistema económico, y en alguna medida puede decirse que lo controla. Es por lo tanto deseable que estos derechos les sean concedidos a quienes lo puedan ejercer de la amañera más productiva, además de ofrecerles incentivos para que así lo hagan. Para alcanzar y mantener esta distribución de derechos, los costes de transferencia deberán ser bajos, mediante una ley transparente que haga que los requerimientos legales... no sean onerosos”.⁵⁷

⁵⁷ Rivero Ortega. Obra citada. Pág. 46

El Derecho Administrativo facilita la intervención del poder público en la economía, lo que constituye un poder extraordinario que se expresa en las potestades administrativas como la sancionadora, la expropiatoria, la autorizante o la de concesión de subvenciones. Establece una serie de garantías encaminadas a evitar excesos de la Administración: intervenciones desproporcionadas o injustificadas, desviaciones del poder, arbitrariedades, corrupción.

El principio de legalidad de la Administración se basa en su condición de poder público:

“... sujeto poderoso que ocupa una posición de superioridad y dispone de recursos –jurídicos y materiales- que no están al alcance de las personas privadas. 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 Administración”.⁵⁸

Así, se pretende eliminar los niveles de arbitrariedad que caracterizan a los regímenes absolutos. Es el gobierno de las leyes el que debe impedir que se atropellen los derechos ciudadanos por parte de quienes ejercen funciones administrativas. Los ciudadanos necesitan saber a qué atenerse para tomar las decisiones necesarias en su participación económica dentro de un Estado, descartando que una inesperada intervención afecte sus intereses.

⁵⁸ Rivera Ortega. Obra citada. Pág. 105

Existen dos formas de interpretar el principio de legalidad de la Administración: la positiva que comprende que ésta actúa sólo cuando la ley lo permite y, la negativa, que defiende que la Administración actúa sujeta a la legalidad como un límite a las intervenciones administrativas.

La potestad sancionadora se refiere a que la Administración puede castigar las “*conductas infractoras*” del ordenamiento; la potestad inspectora permite vigilar la sujeción de las conductas a la norma jurídica y llama a los ciudadanos a la colaboración; la potestad tarifaria se refiere a la fijación de los precios de los servicios públicos; la potestad de deslinde, distingue los bienes de propiedad de la Administración. A estos poderes se los conoce también como “*potestades-función*”, porque los ejercen en beneficio del interés colectivo.

Estas potestades administrativas obligan a los ciudadanos a acatar los efectos jurídicos de su ejercicio: beneficiosos, cuando se concretan en actos declarativos de derecho; y, perjudiciales, por actos de gravamen. Ejemplo de estas potestades son las licencias, subvenciones, multas, expropiaciones, inspecciones. Todas tienen que respetar los límites de su ejercicio impuestas por el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo que se las concibe en el derecho penal, las sanciones administrativas son expresiones del *ius puniendi* (derecho a castigar). A diferencia de que las penas son impuestas por un tribunal penal, las sanciones son impuestas por una autoridad administrativa, que tiene esa atribución cuando ha habido un acto ilegal o infracción administrativa. Son las leyes las que establecen las sanciones administrativas, como lo considera el Art. 25 de la Constitución:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según

legislación vigente en aquel momento... La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”.⁵⁹

Es decir, ninguna autoridad administrativa puede ordenar la detención de un ciudadano porque ello es privativo del Derecho Penal, por lo que será necesario que dicha autoridad recurra, de considerarlo, a las normas que dicta el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, lo que supone el sometimiento a la justicia ordinaria.

LA COMUNIDAD EUROPEA

La normativa de la Comunidad Europea, en materia de contratación pública, parte del principio de que uno de los elementos esenciales para el desarrollo de la actividad económica de los Estados es la contratación pública; por ello, son los distintos poderes públicos la que la regulan para garantizar la eficacia que las medidas que adopta el sector.

“El derecho a la libre competencia, al igual que sucede con las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, tiene por finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, transformando a éste en un auténtico espacio económico único. El objetivo de un espacio económico único condiciona la política económica (y, obviamente, de un instrumento capital como la contratación pública) de los Estados miembros, pues las mismas deberán estar dirigidas a la obtención de una integración económica que repercuta favorablemente sobre el contexto

⁵⁹ Normas Administrativas. Obra citada. Págs. 20/21

socio-económico y que deberán estar articulados sobre la base de la libre competencia entre los distintos operadores económicos”.⁶⁰

La Comunidad Europea ha incorporado disposiciones fundamentales para proteger al ciudadano y su derecho a participar en procesos económicos, en busca de su seguridad y de la estabilidad jurídica, que la considera indispensable para impulsar un desarrollo económico sostenible.

Una de las más importantes garantías que protege al ciudadano europeo de los abusos y arbitrariedades administrativas, es la que enuncia el principio de legalidad del Derecho Administrativo Sancionador.

“Existen, sin embargo, otros derechos de los ciudadanos que contempla la normativa básica sobre sanciones administrativas, recogida en el Título IX de la Ley 30/92: irretroactividad de las normas sancionadoras, tipicidad (descripción suficientemente adecuada de las conductas punibles), responsabilidad (sólo pueden ser sancionados los sujetos efectivamente incumplidores), proporcionalidad (adecuación entre medios y fines a la hora de sancionar), y principios del procedimiento sancionador (derecho a ser notificado, presunción de inocencia, derecho a la defensa)”.⁶¹

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea ha dado mucha importancia a establecer, con bastante claridad, las infracciones y las sanciones administrativas que corresponderían al cometimiento de las infracciones, a través de algunas leyes que las regulan, precisamente para prevenir sanciones que pueden conducir, inclusive, al cierre de empresas,

⁶⁰ El Control de la Contratación Pública. José María Gimeno Feliu. Editorial Civitas. Madrid, España. 1995. Pág. 48

⁶¹ Rivero Ortega. Obra citada. Pág. 148

en la comprensión de que las resoluciones de los Tribunales que resuelven conflicto que tienen relación con el Derecho sancionador evidencian la trascendencia económica de las sanciones administrativas.

Las sanciones administrativas pueden ser tan graves como las más leves penas de los tribunales penales; a pesar de que no contemplan la privación de la libertad, pueden afectar el desarrollo de procesos económicos de gran importancia.

Tres son las formas de intervención pública en la economía: creación de empresas por efecto de la iniciativa pública, reserva al sector público de la prestación de servicios o recursos básicos e intervención de empresas por razones de interés general. Esta última es una acción típicamente policial, limita la actividad del sector privado y debe adoptarse en condiciones de suma gravedad. En la intervención, a dirección empresarial privada se sustituye por los administradores nombrados por la Administración Pública. Supone irregularidades en la gestión y una situación de desastre para los propietarios.

“La regulación de las actividades empresariales no es, por tanto, regulación de los derechos constitucionales garantizados... aunque siempre habrá de tenerse presente el principio de legalidad, que impide a la Administración dictar normas sin la suficiente habilitación legal... el principio de libertad de empresa está coonestado con las demandas del interés general y del bien público”.⁶²

La libertad de empresa reside en la libertad de contratar y en el poder de dirección del empresario; estos fundamentos pueden ser desconocidos en circunstancias en las que es necesaria la intervención de la Administración Pública.

⁶² Rivero Ortega. Obra citada. Pág. 127

LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

En la legislación argentina, los contratos con la administración pública no sólo obligan al cumplimiento de los que consta en el contrato sino que incluyen las consecuencias que pudieran estar comprendida en él y que se refieren al regular y debido cumplimiento del contrato. Los contratistas deben responder, si es del caso, por los perjuicios que provoquen sus acciones, omisiones y tardanzas, a la Administración Pública y a los usuarios o clientes que se afectan como consecuencia del contrato.

Es responsabilidad del contratista de obra pública la interpretación de planos y del proyecto a ejecutarse, y dará cuenta de los defectos del mismo durante su realización y conservación, como también de los perjuicios que pueda causar por negligencia o incumplimiento del contrato.

Queda libre de esta responsabilidad si existe demora en el pago por parte de la Administración y si el monto que se le adeuda al contratista impide la ejecución de la obra. En este caso se lo puede exculpar de la inejecución definitiva, total o parcial del contrato, o de la paralización o retraso del cumplimiento en los plazos convenidos. También en el caso de hechos fortuitos o fuerza mayor, que se expresa en un acontecimiento ajeno a la voluntad de la persona que lo invoca. Este hecho debe ser exterior (ajeno a la persona obligada y a su voluntad), imprevisible (no puede ser razonablemente considerado por el contratante el momento de celebrar el contrato), inevitable (insuperable); y, actual.

Los hechos o acontecimiento de fuerza mayor pueden ser de la naturaleza o del hombre. Si la imposibilidad de cumplir el contrato es insuperable, se rescinde el contrato.

“Cualquiera sea el efecto de fuerza mayor, sus consecuencias consisten en liberar de responsabilidad al obligado o deudor. Es decir, que el incumplimiento no impone responsabilidad. La eximición de responsabilidad, según que los efectos sean definitivos o provisionales, se refiere tanto a la inejecución definitiva, total o parcial del contrato, como al retardo en el cumplimiento de las respectivas obligaciones”.⁶³

La fuerza mayor puede ser invocada tanto por el contratista como por la Administración pero deben ser debidamente acreditados y, cuando la administración no cumpla sus obligaciones, el contratista puede suspender las prestaciones a su cargo. Pero, para ello, la Administración tiene que comprobar su razonable imposibilidad de llevar a cabo las obligaciones contractuales.

La responsabilidad contractual puede extenderse a:

- **Reparación del interés negativo.-** Cuando se frustra el procedimiento precontractual y obliga a su reparación.

“... la admisión de la indemnización al ‘daño al interés negativo’ puede ser un modo de limitar los excesos de la discrecionalidad en la elección de la oferta más conveniente, pues en determinadas circunstancias un obrar arbitrario genera daños sin reparar, lo que es contrario al principio general de ‘no dañar a otro’ y afecta a toda la sociedad al quedar insatisfechos esos daños”⁶⁴

⁶³ Licitación Pública. Roberto Dormí. Editorial Ciencia y Cultura. Buenos Aires, Argentina. 1999. Pág. 652

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 655

- **Reparación de la expectativa.**- Se refiere a los casos en que un oferente es excluido arbitrariamente del proceso licitatorio. En este caso el oferente dispone de los medios administrativos y judiciales para obtener la reparación de sus perjuicios.

- **Reparación parcial de los perjuicios.**- Rige en los casos en que se aplique la teoría de la imprevisión. Se presenta ante hechos imprevisibles o extraordinarios que sobrevienen a la firma del contrato administrativo y distorsiona gravemente la relación económica financiera del contrato. Esta imprevisión le permite al contratista obtener un reajuste de su obligación, por lo que supone una reparación parcial.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- El ejercicio del Derecho es el ejercicio del poder. El Estado representante de la organización social, jurídica y política de los ciudadanos y en virtud del cumplimiento con su fin social, está revestido de poderes extraordinarios, que se visualizan sobre todo en los contratos administrativos mediante las denominadas cláusulas exorbitantes, que pone al contratista en inferioridad de condiciones frente al Estado, dándole a éste último la facultad de terminar anticipada y unilateralmente un contrato por el incumplimiento del contratista con sus obligaciones contractuales y cuyo efecto es la terminación unilateral y anticipada del contrato y la sanción administrativa en contra del co-contratante de la administración.
- No obstante las prerrogativas de poder de la administración, la seguridad jurídica de los contratistas y también de los adjudicatarios que se negaron a suscribir contratos con el Estado, se ha visto vulnerada por la ambigüedad de la norma legal o su contraposición de conceptos que han afectado al profesional sancionado con sanciones que han ido mucho más allá de las establecidas por estas mismas normas legales, como hemos expuesto a lo largo del desarrollo de esta tesis, esto es de cuatro y tres años de sanción respectivamente, contados desde la fecha de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, para el primer caso y de ejecución de la garantía de seriedad de la oferta en el segundo caso. Sin embargo, es importante señalar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aprobada por la Asamblea Constituyente y publicada en el Registro Oficial número 395 de 4 de agosto del 2008

establece con claridad que la sanción administrativa por el incumplimiento del contrato se iniciará con la notificación de la sanción al contratista, así como su rehabilitación será automática y sin ningún trámite, cuando se haya cumplido el plazo de sanción.

- La Codificación de la Ley de Contratación Pública derogada, convierte a las instituciones del Estado en juez y parte en los trámites administrativos de sanción, dotándoles, desde mi punto de vista de niveles de arbitrariedad jurídica que rebasarían cualquier ordenamiento establecido.
- La sanción por el incumplimiento del contrato de los contratistas, o por la negativa a firmar el mismo luego de haber sido adjudicado del oferente, según la codificación de la Ley de Contratación Pública, su Reglamento General de Aplicación y el Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos y Régimen de Excepción, era una manifestación de la inseguridad jurídica con la que vivían los sancionados, como lo he señalado a lo largo de este estudio y de la Ley de Contratación Pública y los Reglamentos estudiados y que con la sustitución de la nueva ley y reglamento se ha modificado, las sanciones establecidas en las normas legales estudiadas y que sirvieron de base al desarrollo de esta tesis, podían alargarse en el tiempo, sin una razón legal aparente. Con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, mejorara esta situación antijurídica de los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, rehabilitándolos en forma inmediata, como señala la nueva ley y sin ningún trámite previo, al cumplirse la sanción prevista.
- El contratista, según la Ley de Contratación Pública anterior y la nueva ley, tiene a más de los recursos administrativos para solicitar la revocatoria de los derechos que considere le han sido vulnerados por la decisión administrativa del Estado, podrá

también ejercer su reclamo por la vía contenciosa administrativa o a través de la solución de conflictos a través de los tribunales de mediación y/o arbitraje.

- La contratación pública desgraciadamente, puede imponer su autoridad de Estado, en muchas ocasiones de manera arbitraria, las facultades sancionadoras de la administración pueden dar lugar a medidas injustas que perjudiquen al contratista y su derecho constitucional al trabajo y ahondando este perjuicio con el incumplimiento real de la sanción impuesta por la administración por la contradicción existente entre las normas de contratación y reglamentos que regulan justamente esta sanción. Como lo señaló posteriormente, esta inseguridad jurídica ha sido enmendada con la publicación de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación.

RECOMENDACIONES

- En cuanto a la sanción impuesta por la administración pública, consideraba necesaria una reforma legal a la Ley de Contratación Pública codificada, su Reglamento General de aplicación y al Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos y Régimen de Excepción, que esclarezca las contradicciones existentes respecto al inicio de la sanción administrativa, con el contratista incumplido y con el adjudicatario fallido, a fin de que no realicen verdaderas romerías a las diferentes instituciones públicas a fin de ser rehabilitados y poder contratar nuevamente con el Estado, como el más importante proveedor de fuentes de trabajo, reforma que se ha realizado mediante la aprobación de la nueva ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de aplicación.
- La Ley de Contratación Pública derogada y la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinan la facultad de la administración pública, para resolver la terminación unilateral y anticipada de los contratos, por el incumplimiento de los contratistas a sus obligaciones contractuales con el Estado, cuando en la práctica esta facultad discrecional de la administración pública es una verdadera potestad administrativa que debe cumplirse en forma obligatoria, razón por debería establecerse en los contratos y la norma legal, la verdadera situación de la administración pública respecto a la obligación de efectuar un proceso de terminación unilateral y anticipada de un contrato, cuando el contratista ha incumplido con el Estado.

- En esta última parte del desarrollo de este estudio, que ha tratado acerca de la inseguridad jurídica en la aplicación de la sanción administrativa resuelta por parte de la administración pública en la terminación unilateral del contrato por el incumplimiento del contratista y en la que hemos hecho además relación a la sanción impuesta al adjudicatario fallido, considero importante señalar que la Asamblea Constituyente expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, normas legales que derogan a la Ley de Contratación Pública codificada y a su Reglamento General Sustitutivo y subsanan en forma expresa los inconvenientes surgidos con la ejecución de la sanción al contratista incumplido y al adjudicatario fallido, pues, en el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que son Causales de Suspensión del Registro Único de Proveedores: “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”. De esta manera queda absolutamente claro, desde cuando se inicia el plazo de ejecución de la sanción para los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, que con la expedición de la norma, para el caso del incumplimiento del contrato se amplía a cinco años, así como la fecha de rehabilitación del contratista incumplido o del adjudicatario fallido que, de conformidad con la norma legal señalada que en su mismo artículo 19 determina que: “Una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el Instituto Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite”.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI Arturo, Derecho Civil de los Contratos, Santiago - Chile, Editorial Zamorano y Caperán, 1976
2. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires - Argentina, Tomo I La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Sexta Edición, 1.964
3. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1.980.
4. CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Heliasta S.R.L. 1988
5. REGISTRO OFICIAL, Codificación de la Ley de Contratación Pública, Quito, R. O 272, 2001,
6. DROMI, José Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 1996
7. REGISTRO OFICIAL, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Editora Nacional, Quito, Decreto Ejecutivo No. 2428, 2002.
8. GARDIN Sabino, Los Contratos Públicos, Madrid, Editorial Reus, 1934
9. GUTIÉRREZ Omar Franco, La Contratación Administrativa, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1989
10. GUZMÁN Aníbal, Diccionario Explicativo del Derecho Civil Ecuatoriano, Obligaciones y Contratos, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Edición ampliada, 1999.
11. IDROBO ARCINIEGA Marco: La Contratación Pública, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1993
12. MARIENHOFF Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo III-

B, Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1.978.

13. MIRANDA LONDOÑO Claudia, La Condición Resolutoria Tácita en los Contratos Administrativos, Bogotá, Tesis doctoral, 1987

14. REGISTRO OFICIAL, Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2002

15. REGISTRO OFICIAL, Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos y Régimen de Excepción, Quito, Editora Nacional, 2003.

16. VACA NÚÑEZ, Cristóbal, Fundamentos de la Contratación Pública, S & A Editores, Tercera Edición, Quito Ecuador

17. ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Constitución 2008, El Comercio, Quito Ecuador

18. GIMENO FELIU, José María, El Control de la Contratación Pública, Editorial Cevitas S.A., Madrid España.

19 RUBIO, María Gracia, Potestad Sancionadora de la Administración y Garantías del Administrado, Comentario a la Sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de Febrero de 1984: Caso Ozturk, Revista de la Administración Pública, Número 104, mayo – agosto 1984.

20. ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Registro Oficial No. 395, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2008

21. ASAMBLEA CONSTITUYENTE, Registro Oficial No. 399, Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito, Editora Nacional, 2008