

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Efectos de la declaración de contratistas incumplidos como consecuencia de la terminación unilateral de los contratos administrativos

Autor: Pablo Stalin Delgado Pinos

Director: Genaro Eguiguren

Quito, 2017



Cláusula de cesión de Derecho de Publicación

Yo, Pablo Stalin Delgado Pinos, autor/a de la tesis intitulada “Efectos de la declaración de contratistas incumplidos como consecuencia de la Terminación Unilateral de los Contratos Administrativos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título en Maestría en Derecho Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

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

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

Quito, 2017

Pablo Stalin Delgado Pinos

Resumen

El desarrollo de la presente investigación que gira entorno a los efectos y alcance de la Terminación Unilateral y Anticipada de los Contratos Administrativos, específicamente la aplicación de la sanción máxima que es la Declaración de Contratistas Incumplidos ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, en adelante SERCOP, dentro de la rama de la Contratación Pública ecuatoriana, permitirá comprender las formas de actuación de la administración pública, de la razón de ser de las prerrogativas que la revisten y su característica esencial de ser exorbitante ante los particulares, determinando a su vez si existe ponderación en dicha sanción, que se refleja en la suspensión temporal de 5 años del Registro Único de Proveedores en adelante RUP, dependiendo de cada procedimiento precontractual, pues al parecer no deberían causar el mismo efecto.

Para el efecto, el análisis estará centrado en la evolución en el tiempo de esta figura legal, el tratamiento de la misma en las diferentes legislaciones que en materia de contratación pública han regido en el Ecuador; el estudio de legislación comparada, el endurecimiento de esta medida, el alcance de sus efectos en la búsqueda de brindar seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que tienen como fin ulterior salvaguardar el bien común; y, finalmente determinar los derechos que le asisten al Contratista que haya sido o que se pretenda declarar como Incumplido, a fin de agotar las instancias correspondientes y actuar con mecanismos idóneos que permitan protegerlos ante una posible actuación abusiva o decisión que no se encuentre debidamente motivada de la administración.

Dedicatoria

Este trabajo lo dedico a Dios por ser la luz que guía mi vida
a mis padres que fueron mi piedra angular,
equilibrio y fuerza completa para no desistir jamás.

Agradecimiento

Mi sentido agradecimiento a mis profesores
y compañeros de clase, quienes supieron brindarme su amistad
y transmitirme sus enseñanzas, en especial a la Doctora Eddy de la Guerra y
Juan Francisco Díaz por sus valiosos aportes que permitieron concluir este trabajo de
investigación.

Tabla de contenido

Capítulo Primero	9
La Contratación Administrativa	9
1.1 Teoría General del Contrato Administrativo	9
1.2 Características del Contrato Administrativo.....	15
Formalismo	18
1.3 Cláusulas Exorbitantes	23
Capítulo Segundo	30
Terminación Unilateral y Anticipada de los Contratos Administrativos ...	30
2.1 Efectos De La Terminación Unilateral Del Contrato	42
2.2.2 Efectos Económicos	46
2.2.3 Sanción Administrativa	51
2.3 Impugnación al Registro de Contratistas Incumplidos	62
Conclusiones.....	78
Recomendaciones.....	81

Introducción

La Administración Pública a fin de satisfacer las necesidades del Estado y garantizar el bien común celebra contratos administrativos con los administrados, y que por su naturaleza se encuentra en una superioridad jurídica frente al mismo, posee facultades exorbitantes del derecho común, de poderes de actuación de los que no ostentan los sujetos privados, siendo esto así, la administración pública cuando se expresa mediante actos administrativos, estas facultades o poderes pueden dar como resultado uno de los efectos más representativos y que es objeto de este estudio que es el acto administrativo de terminación unilateral de los contratos administrativos, llevando consigo la sanción de inhabilitar al Contratista Incumplido del Registro Único de Proveedores del Servicio Nacional de Contratación Pública por un período de cinco años, para que de esta manera no le sea posible contratar durante ese tiempo con el Estado, precautelando el bien común, dejando la posibilidad de que el contratista pueda realizar reclamos sobre esta decisión que lesiona sus derechos subjetivos a fin de evitar cualquier arbitrariedad y ejercer su legítimo derecho a la defensa.

Bajo esta perspectiva surge la pregunta: ¿Los efectos que genera la terminación unilateral y anticipada son justos, reales?

Por lo antes señalado el objetivo será: realizar un estudio analítico basado en las publicaciones, normativa, legislación comparada que nos ayuden a proponer una ponderación al momento de ejercer la sanción administrativa al contratista incumplido y de esta manera proponer el establecerle una pena proporcional de acuerdo al tipo de contratación, su impacto social e importancia, determinando una sanción distinta por cada causa de terminación unilateral y anticipada y no aplicarla de manera igual tal y como hoy lo establece la normativa de contratación pública que rige nuestro país.

La presente tesis ayudará en su primera parte a comprender la esfera en la que se desempeña la Administración Pública al celebrar contratos administrativos, sus prerrogativas, cláusulas exorbitantes que le asisten a fin de hacer prevalecer los intereses públicos.

Posteriormente se estudiará los efectos de la terminación unilateral del contrato administrativo y la sanción correspondiente, para finalmente revisar los recursos que le asisten al contratista para ejercer su derecho a la defensa ante la emisión del acto administrativo de declaración de terminación unilateral del contrato y su efecto

principal que es la inhabilitación del mismo del Registro Único de Proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por todo esto el presente trabajo de investigación apunta a detectar las falencias que tiene la administración al momento de establecer los recursos de impugnación que le asisten o deberían asistir al contratista y proponer una solución que permita ejercer los derechos de los administrados de manera eficaz.

Capítulo Primero

La Contratación Administrativa

1.1 Teoría General del Contrato Administrativo

Con la Revolución Francesa de (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental: la Administración pública pasa a estar al servicio de la ciudadanía y por ende su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas.

Existen diversas doctrinas alrededor del mundo acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos. En una primera orientación, la más antigua de ahí su nombre “Teoría antigua”.

1.- Teoría antigua: “se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por ejemplo la solución todavía imperante en la doctrina alemana”¹.

Conforme lo referido por Gordillo, esta teoría simplemente niega la existencia de los contratos administrativos.

2.- Teoría clásica: Es aquella que reconoce una distinción existente entre contratos civiles y administrativos.

Los criterios empleados para hacer la referida distinción es fuertemente variado, según los tratadistas y el país de que se trate. Agustín Gordillo manifiesta que “prevalece la idea de que un contrato celebrado por la administración puede ser un contrato administrativo en virtud de una cualquiera de las siguientes causas:

a) Por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común...²

En nuestro país y para el efecto que atañe nuestro análisis, tenemos que el artículo 60 de la LOSNCP, establece claramente la naturaleza de los contratos celebrados al amparo de la referida Ley: “Los contratos a los que se refiere esta Ley

¹ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Ed. 1, Buenos Aires, FDA, 2014, Tomo 9 Cap. 16:333, www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo16.pdf

² Ibid

celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”³, lo expresado tiene concordancia con los llamados por la Doctrina, contratos nominados o típicos, que son aquellos que se encuentran previstos y regulados en la ley; como conclusión la normativa en Ecuador en lo que se refiere a la Contratación pública señala con claridad que son contratos administrativos, aquello quiere decir que de conformidad con la teoría clásica, existen los contratos administrativos como una categoría distinta de los civiles, actuando el estado en ejercicio de la denominada “capacidad privativa del estado, entendiéndose por tal a la facultad de adquirir compromisos y obligaciones por medio de los contratos administrativos”⁴

b) También puede reconocerse carácter de “contrato administrativo” al celebrado por la administración bajo “cláusulas exorbitantes”⁵ al derecho común, esto es, cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas⁶.

Conforme a la causa señalada, en el caso de que la administración incluya en los contratos que celebra cláusulas exorbitantes como, multas, ejecución de garantías, terminación unilateral entre muchas otras, que serán analizadas más adelante, nos encontramos a todas luces frente a un contrato administrativo regido por el derecho público, y en nuestra legislación ecuatoriana para el efecto, basta con señalar una de estas cláusulas, que se encuentran determinadas en la Ley como obligatorias:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

³ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 60, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

⁴ Secaira, Patricio, Curso breve de Derecho Administrativo, Ed. Universitaria, Quito, Ecuador, 2004:176

⁵ Exorbitante: Del lat. tardío *exorbītans*, *-antis* 'que desvía o separa del camino'. 1. adj. Excesivo, exagerado

⁶ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo:6

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral⁷.

Determinándose conforme lo señalado y al ser cláusulas obligatorias, siempre en materia contractual de contratación pública, nos encontraremos frente a un contrato administrativo.

c) Por fin, aunque un contrato celebrado por la administración no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado, puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere al funcionamiento de un servicio público (por ejemplo, el contrato de concesión de servicios públicos) o si tiene por objeto asociar al contratante a la gestión de un servicio público; dicho en otras palabras, algo más amplias, si tiene un fin público o puede afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva”⁸.

Sobre este tema es importante tener una noción del servicio público que jurídicamente hablando según Efraín Pérez:

... surge en la jurisprudencia francesa de Tribunal de Conflictos con el famoso “Arrêt” (fallo administrativo) Blanco del 8 de febrero de 1873, que en la parte concerniente dice: (...) la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causados a los particulares por los hechos de personas que emplea en los servicios públicos, no puede regirse por los principios establecidos en el código civil, para las relaciones de particular a particular (...) la autoridad administrativa es la sola competente para conocer (estos asuntos). La categoría del servicio público establecía de una manera clara la división jurisdiccional entre los jueces administrativos y los civiles. Así aparecía una especie de ecuación: servicio público, igual a derecho público⁹

Sobre este particular cabe señalar que la evolución de esta figura como la habíamos señalado deviene de la Revolución Francesa, mediante la cual la administración busca ponerse al servicio de los ciudadanos y a medida que la sociedad y las nuevas necesidades surgían, generaron la imposibilidad de que la administración pública pueda cubrir las distintas necesidades a ella encomendada en razón de sus actividades, por no contar con los suficientes recursos ya sea materiales, humanos o

⁷ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 71, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

⁸ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: 6

⁹ Pérez, Efraín, Derecho Administrativo II, Ed. Digital, www.estade.org/documentos/derechopublico/Portada

económicos, todo aquello concibió la necesidad de que los particulares colaboren con la prestación de servicios públicos a fin de mejorar su situación, que según Efraín Pérez “es una característica del Estado intervencionista contemporáneo”¹⁰.

Dicho esto los contratos celebrados por el estado con los particulares buscan un solo fin que es el bien común y la prestación de servicios públicos, por lo que el referido contrato rige bajo las normas y principios propios del derecho público.

3.La subordinación como nota distintiva del contrato administrativo clásico: En esta corriente que distingue los contratos privados de la administración de los contratos administrativos alternativamente por 1º) la disposición expresa o implícita de la ley, 2º) la voluntad expresa o implícita de las partes, 3º) el objeto del contrato, se señala que hay todo un régimen jurídico específico para regular los contratos administrativos, que se caracterizaría por la subordinación del co-contratante respecto de la administración¹¹

En los contratos administrativos, según se desprende de la corriente señalada, el contratista no sólo está en una situación de inferioridad económica frente a la administración pública sino que también lo está jurídicamente. El régimen del contrato administrativo, dentro de esta concepción, no compensa de ninguna manera la inferioridad del contratista, sino que la resalta, reconociéndole a la administración una extensa serie de facultades y atribuciones que devienen en la referida subordinación.

El contrato administrativo, conforme se ha destacado, como categoría jurídica del derecho público, tiene como fundamento la idea de que los particulares colaboren con el cumplimiento de los objetivos que persigue la administración pública mediante la institución contractual, esta figura ha ido evolucionando y transformándose a través del tiempo reconociendo ya no una total subordinación sino una colaboración así lo manifiesta Cassagne: “En los contratos que contienen prestaciones a cumplirse en plazos de cierta duración, presididos por la idea de colaboración, el contratista ocupa el lugar de la Administración mediante una suerte de delegación de un complejo de poderes y facultades, creándose así una suerte de asociación institucional ...”¹²

¹⁰ Ibid

¹¹ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas:7

¹² Cassagne Juan, El contrato Administrativo, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires,2005:346

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández refiriéndose al administrado, por su parte manifiestan que: “es hoy no solo titular de situaciones jurídicas pasivas, sino que es un sujeto activo frente a la administración pública.”¹³

Todo aquello enmarcándose dentro de los principios de justicia y equidad a favor del contratista que en contraprestación de sus servicios le garantiza sus derechos económicos, así como el reconocimiento que pueda generar al cumplir satisfactoriamente un contrato ya sea de obra, bien o prestación de un servicio incluido el de consultoría, lo que refleja en obtener experiencia y credibilidad, lo cual le permitirá tener ventaja y cumplir con los requisitos en el caso de que decida participar en nuevos procesos selectivos de contratación pública.

En síntesis se establece que la figura del contrato administrativo a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, procura la satisfacción del interés público, el bien común relevante, cuya realización es inmediata o directa, esa finalidad pública es la que define y distingue al contrato administrativo del contrato civil, configurando así el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado, no obstante la posibilidad de aplicarle en ciertos casos de forma supletoria normas del Derecho Civil.

Entre las Instituciones del Derecho Administrativo la figura del Contrato Administrativo es una de las que más desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha alcanzado, sus causas se atribuyen al aumento de las necesidades colectivas y la aparición de nuevas tecnologías, llegando de esta manera conforme lo hemos analizado, a apoyarse y buscar la colaboración de los sujetos privados con la Administración Pública, quienes asumen de esta manera obligaciones y derechos que no son propias del derecho privado; el contrato administrativo participa de la dinámica propia que es atribuible al derecho administrativo, el cual lo torna consecuentemente mutable, a fin de dejar abierta las posibilidades a las necesidades sociales y económicas de un Estado, que pueden cambiar o variar sin aviso.

Es así que las instituciones y formas de contratación administrativa siempre van de la mano con la evolución que se opera en los fines estatales, cuyo bien común se va conformando y desarrollando según la realidad e historia de cada Estado, es por ello que en nuestro país y en muchos otros se van transformando por causa de diferentes factores como la evolución tecnológica, lo que ha hecho que las normas vayan

¹³ García de Enterría, E, Ramón Fernández, T, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Civitas, año 1998. Reimpresión 8va:31

cambiando, reformándose o renovándose a fin de poder adaptarlas a la realidad en las cuales van a regir, caso palpable es el del avance tecnológico dado en nuestro Sistema Nacional de Contratación Pública Ecuatoriano, que llevó a que se dicten nuevas normas creando para vigilar su cumplimiento el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, el mismo que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Se emitió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, que vino a derogar a la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, la Ley de Consultoría y sus Reglamentos, instaurando además la herramienta informática a través de un portal www.compraspublicas.gob.ec que sirve para entre otras cosas transparentar las contrataciones que el Estado realiza, a fin de que todas las personas puedan acceder a la información de las mismas y permitiendo participar en iguales condiciones a todos los oferentes ya sean estas personas naturales o jurídicas que previamente deben estar inscritas en el Registro Único de Proveedores; el sistema se encuentra regido bajo los principios de: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y, participación nacional, es decir es incluyente incluso beneficiando a las empresas más pequeñas, fomentando el desarrollo local y nacional, es por ello que la dinámica del proceso dialéctico y evolutivo que con diferentes matices y grados de intensidad afecta al Derecho Administrativo afectará así mismo en la contratación administrativa.

1.2 Características del Contrato Administrativo

Para entender la naturaleza jurídica y analizar las características especiales del Contrato Administrativo, es menester en primer lugar señalar su definición, la misma que ha sido dada por diversos tratadistas a través de los tiempos.

Bercaitz, Miguel Ángel, define:

...son contratos administrativos aquellos celebrados por la administración pública con un fin público o que, en su ejecución, puede afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a regla de derecho público y cláusulas exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica...¹⁴

Escola, Héctor Jorge, señala: "...los contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público en los que pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado o que coloquen al contrato de la administración pública en situación de subordinación respecto a ésta..."¹⁵

Por su parte Dromi señala que: "El Contrato Administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa"¹⁶.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador en adelante ERJAFE, en su artículo 75 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS señala, es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa¹⁷.

De lo referido podemos definir que el contrato administrativo son acuerdos de voluntades realizadas entre un ente estatal y un particular u otro ente público que produce efectos jurídicos con finalidades de interés público.

¹⁴ Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1980:189

¹⁵ Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los Contratos Administrativos, , Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977:127

¹⁶ Dromi Roberto, Manual de Derecho Administrativo Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987:236

¹⁷ Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 75

Así, la Administración a fin de cumplir sus funciones acude al concurso de otras voluntades, por ejemplo, cuando realiza una obra pública y no cuenta con los medios propios para hacerlo; cuando presta servicios que no le puede prestar con su propio personal, cuando requiere adquirir bienes, es decir simplemente desea efectuar la prestación de un servicio público de su responsabilidad a través de una persona distinta a su organización, en estos casos debe acudir a terceros para así dar cumplimiento a la actividad administrativa a través de la celebración de los referidos contratos administrativos.

1.2.1 Acuerdo de Voluntades

Los contratos llevados a cabo y celebrados bajo el sistema de contratación pública ecuatoriano, como habíamos señalado anteriormente son sin duda alguna de naturaleza administrativos.

De acuerdo a lo señalado anteriormente se determina que en los contratos administrativos como todo contrato, para alcanzar su validez y eficacia debe existir la voluntad de las partes, voluntad que no debe adolecer de vicio o inhabilidad alguna, en este sentido, si bien es cierto que la administración pública desde un inicio elabora el pliego que contiene las condiciones generales y específicas por medio de las cuales se prestará el servicio, incluido consultoría, se ejecutará la obra o se adquirirá el bien, dejando de lado la posibilidad de que el contratista pueda negociar las cláusulas contractuales, de tal suerte que con conocimiento de ello no le queda otra libertad de únicamente aceptar o no la firma del contrato, pero una vez suscrito dicho instrumento ha manifestado su voluntad, perfeccionándolo y sometiéndose a sus cláusulas, adquiriendo derechos y obligaciones.

Es de mucha importancia recalcar que a fin de que las personas particulares ya sean naturales o jurídicas puedan expresar su voluntad deben estar revestidas de dicha capacidad siguiendo para ello normas del Derecho Privado como de Derecho Público, es decir no deben ser incapaces ni tampoco estar inhabilitadas o tener clase alguna de impedimento que les impida suscribir contratos con el Estado.

De conformidad con lo señalado el contrato administrativo por su naturaleza excepcional es un contrato típico de adhesión, que según la definición de Diez Picazo, son “todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas

o modelos preestablecidos y a la otra solo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”¹⁸

Al respecto el Procurador General del Estado se ha manifestado aseverando lo señalado:

..., después de "de la ley", suprimir la frase "en los casos atribuibles al contratista", puesto que, el contrato administrativo es un contrato de adhesión, y su celebración "contra expresa prohibición de la ley" no puede atribuirse al contratista¹⁹.

Sobre el particular, cabe acotar que el proceso de formación de todo Contrato Administrativo implica la realización de dos fases claramente determinadas: el procedimiento precontractual y la etapa contractual o de ejecución. La Entidad Pública Convocante, en este caso el Consejo Provincial del Carchi, y el oferente, luego adjudicatario-contratista, se encuentran ante un Contrato de Adhesión, en el que al particular no le es factible cambiar las condiciones y estipulaciones de los denominados Pliegos de Condiciones o Documentos Precontractuales formulados y establecidos por la propia Entidad, que de su parte también está obligada a observarlos y cumplirlos. De tal modo que, si en dichos pliegos se ha previsto la presentación de tal o cual documento y no se lo ha hecho, dicha omisión acarrea el rechazo de la propuesta así presentada por insuficiente²⁰.

Es importante señalar que los contratistas previo a la firma del contrato conocen claramente los presupuestos, condiciones generales, particulares y reglas que han de regir en el mismo, en caso de ser adjudicados, pues ofertaron y participaron durante todo el desarrollo del proceso precontractual con total conocimiento y consentimiento, sin que la administración pública los haya obligado; siendo esto así, el contrato no les es impuesto, pues el contenido del mismo ya fue aceptado por los oferentes y lo que hace dicho instrumento es únicamente recoger las condiciones establecidas en los pliegos, concluimos que en este tipo de contratos las partes no se hallan en igualdad de condiciones, primando la una sobre la otra en este caso la Entidad Contratante sobre el contratista, imponiéndole las cláusulas del contrato conforme a sus intereses que son en esencia públicos, mientras que la otra, no tiene libertad para discutir las, simplemente se allana, adhiriéndose de esta manera a las cláusulas del contrato que le han sido impuestas.

El acuerdo de voluntades de las partes de los contratos administrativos en la que una es la administración pública, dentro de nuestra legislación ecuatoriana

¹⁸ Díez Picazo, Luis, Introducción Teoría del contrato, Vol. I de los Fundamentos del Derecho civil patrimonial, 4ta ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993:139

¹⁹ Ecuador, Of. PGE 0438 del 10 de septiembre de 1996. Respuesta al Of. AG-96-16062 del 2 de septiembre de 1996, de la municipalidad de Guayaquil

²⁰ Ecuador, Of. PGE 2371 del 19 de junio de 1997. Respuesta al Of. 217-HCPC del 22 de mayo de 1997 de la Prefectura Provincial del Carchi

encontramos en diversas normas, pero citaré la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 288 determina: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”²¹

De la norma citada observamos la presencia del Estado por una parte y del particular por otra, configurando la existencia de contratos administrativos.

Formalismo

La validez y eficacia de los contratos administrativos demanda el cumplimiento de ciertas formalidades. “Las formalidades son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) y posteriores (aprobación, formalización escrita) al encuentro de ambas voluntades”²².

Farrando manifiesta, “...existen algunos recaudos que limitan y encauzan el obrar de la Administración, fijados por la norma de aplicación, la cual determina la forma de seleccionar el contratista, la manera en que celebrará el contrato y la finalidad que éste debe perseguir. Esa norma puede ser constitucional, legal o reglamentaria.

De tal manera que el contrato administrativo se caracteriza por ser “formal”, en el sentido de que para su celebración deben cumplirse una serie de requisitos sin los cuales el contrato será inválido, y cuya omisión, en la mayoría de los casos, no es susceptible de subsanación...”²³

Así por ejemplo, en un proceso de contratación previo a la suscripción de un contrato administrativo se debe observar que, por parte de autoridad competente se cuente con los estudios completos definitivos y actualizados, certificación de fondos que garanticen la existencia de recursos ya sean presentes o futuros que financien la contratación, un actual y preciso estudio de presupuesto referencial, términos de referencia o especificaciones técnicas según sea el caso, autorización de inicio del

²¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Capítulo IV, Soberanía Económica, art. 288, Quito.

²² Eguiguren Genaro, Celebración de Contratos Administrativos, Ed. Corporación Editora Nacional, Quito 2001: 35

²³ Farrando, Ismael, Contratos Administrativos, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002:428

proceso, aprobación de pliegos precontractuales, los mismos que deberán las condiciones generales y específicas del objeto a contratar, la justificación de adquirir un bien, realización de una obra o prestación de un servicio determinado enmarcado en la Ley, la selección del contratista de ser el caso, a través del análisis de las ofertas presentadas; una vez realizado el proceso se debe adjudicar mediante resolución de la máxima autoridad o su delegado, luego de aquello la suscripción del contrato el mismo que se lo hará con la concurrencia del adjudicatario y la máxima autoridad o su delegado, previo la entrega formal de garantías de ser el caso, el contrato tiene que cumplir con ciertos requisitos, los mismos que se encuentran señalados en el art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Suscripción de contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega. Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública. Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes (...). En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.²⁴

De lo señalado anteriormente por nuestra legislación ecuatoriana, podemos concluir que estos son requisitos formales necesarios que deben cumplirse estrictamente para que dan validez y eficacia al Contrato Administrativo.

1.2.3 Prerrogativas de la Administración

Conforme habíamos analizado previamente, en los contratos administrativos la autonomía de la voluntad, así como la igualdad jurídica de los intervinientes, que son

²⁴ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 69, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

parte esencial de los contratos civiles o privados, se encuentran subordinados en el contrato administrativo, al ser contratos de adhesión.

“En este sentido puede decirse que la libertad de las partes queda circunscripta 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 disentir respecto de las condiciones del contrato; sólo 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 a sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes del derecho común.”²⁵

A continuación ahondaremos en el análisis de esta característica propia del contrato administrativo.

1.2.3.1 Desigualdad Jurídica

Conforme nuestro análisis realizado más a profundidad previamente, y a la naturaleza de contrato administrativo así como los fines que persigue, podemos deducir que las entidades contratantes dentro de los procesos de contratación pública que es objeto de este estudio, se encuentran en un plano de superioridad respecto de sus contratistas, no sólo a nivel económico sino también jurídico, tiene facultades excepcionales en los contratos que suscribe que destacan su supremacía, así por nombrar un ejemplo, puede por su propia voluntad y autoridad declarar la terminación unilateral del contrato cuando se ha dado un incumplimiento en el mismo, sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales.

Sobre este tema Marienoff sostiene: El derecho administrativo pertenece al derecho "público". Esto nadie lo desconoce. Ello es así por la índole de los sujetos intervinientes -Estado y administrado-, por la naturaleza de la actividad que realiza la Administración, por la índole de las relaciones posibles que todo ello determina entre el Estado y el administrado, y, finalmente, por la materia regulada ("organización" y "funcionamiento" de la Administración Pública). De todo eso dedúcese que, en estos supuestos, el Estado, actuando en ejercicio de sus prerrogativas de "poder", hállese colocado en un plano superior frente al administrado, lo que determina que las normas pertinentes no sean, como en el derecho privado, de "coordinación", sino de

²⁵ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2001:333

"subordinación" -imponen "obligatoriedad"-, que es el rasgo característico de las normas integrantes del derecho público".²⁶

Al respecto el Dr. Patricio Secaira Manifiesta: "En el Derecho común no es aceptable la existencia de esta prerrogativa por tanto no pueden ser de estipulación en contratos privados por ser contrarias al derecho de igualdad contractual reconocido por la Constitución; puesto que, sin duda establecen una desigualdad entre los intervinientes."²⁷

Al decir de Dromi: Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para: - Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público. - Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista). - Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).²⁸

Esta desigualdad se justifica plenamente y es estrictamente necesaria para cumplir los fines estatales, la Administración Pública tiene este sitio en el que predominan las necesidades del Estado sobre las económicas del contratista y así velar por el cumplimiento estricto del contrato para satisfacer los requerimientos de prestación de servicios públicos.

1.2.3.1 Derechos y Obligaciones Personales

"Los derechos y obligaciones que surgen del contrato administrativo respecto del cocontratante, son de carácter personal. Por tanto no procede la subcontratación ni la cesión del contrato sin autorización expresa de la Administración."²⁹

El co-contratante carece de libertad para transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser personal "intuitu personae", al respecto nuestra

²⁶ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (versión digital disponible en <http://es.slideshare.net/joyestrella/marienhoff-m-tratado-de-derecho-administrativo-tomo-i>

²⁷ Secaira Durango, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Ed. Universitaria, Quito, 2004:178

²⁸ Dromi Roberto, Derecho Administrativo: 334

²⁹ Poblete Vinaixa Julia, Actos y Contratos Administrativos, Ed. Lexis Nexis, Chile, 2008:82

legislación ecuatoriana establece claramente: Art. 78.- Cesión de los contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”³⁰.

Dromi al respecto sostiene que:

En principio, los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, *intuitu personae*, por ejemplo, en materia de contratos de empleo público es obvia la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo; aunque los hay también *intuitu rei*. Celebrado el contrato, la Administración se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, prohibiendo, en principio, la transferencia de los derechos contractuales, salvo autorización o pacto expreso³¹

No obstante lo señalado, y según lo establecido en el artículo 79 la LOSNCP que establece: El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.³²

La referida facultad de subcontratar conforme se ha señalado sirve únicamente para ejecutar parcialmente el objeto del contrato, traduciéndose en una cesión parcial siempre bajo la cuenta y riesgo del contratista; para este efecto se requerirá previamente la aprobación por escrito de la entidad contratante a través de su máxima

³⁰ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Quito – Ecuador, Art. 78

³¹ Dromi Roberto, Derecho Administrativo:335

³² Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 79, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

autoridad o su delegado, subcontratación que de conformidad al principio consagrado en la LOSNCP referente a la participación nacional, se realizarán de preferencia con pequeñas y micro empresas.

Las disposiciones expresadas son claras y se justifican por sí solas, pues si la administración luego de un proceso de contratación pública adjudica a un determinado oferente consecuentemente suscribiendo el contrato correspondiente, tal decisión fue tomada de conformidad al análisis de la oferta mejor calificada, que ha cumplido con todos los requisitos establecidos en el respectivo pliego, ya sea por el precio, cumplimiento de especificaciones técnicas, mejor puntuación, etc.; impidiendo además de esta forma que el contratista que pretenda ceder su contrato, evada la restricción impuesta a la administración pública contratante para elegir al contratista, pues como manifestamos fue elegido justamente luego de un prolijo proceso estableciendo así su idoneidad por haber demostrado tener las mejores condiciones para el cumplimiento del contrato.

1.3 Cláusulas Exorbitantes

1.3.1 Interpretación

Las cláusulas exorbitantes son aquellas atribuciones extraordinarias que posee la Administración pública, no son comunes en el derecho privado y constituyen potestades administrativas.

Muchos autores consideran, que el solo hecho de colocar una cláusula exorbitante, lo convierte al contrato en administrativo, así lo habíamos señalado al citar la teoría clásica en el capítulo primero de la teoría general del contrato administrativo de esta tesis.

No obstante estas cláusulas son consentidas por el contratista particular pues se traducen en una herramienta diseñada por el Derecho Público, para garantizar al el bien común y satisfacer las necesidades públicas que son la razón final de 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 la contratación civil ”.³³

³³ Dromi Roberto, Manual de Derecho Administrativo:248

Estas Cláusulas son insostenibles en los contratos celebrados entre particulares, pues a todas luces son pertenecientes exclusivamente al Derecho Público, con características propias que la distinguen de acuerdo a su naturaleza y de incluirse en los contratos privados serían ilícitas, las referidas cláusulas determinan siempre una ventaja para la Administración Pública.

Al respecto Efraín Pérez refiriéndose a la referida prerrogativa sostiene que se manifiesta en:

Declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula de terminación unilateral y anticipada del contrato;

La declaratoria unilateral de la terminación unilateral y anticipada del contrato y de caducidad;

La modificación del contrato, el *ius variandi* –en los contratos de concesión de servicios públicos; condicionada al mantenimiento del “equilibrio económico-financiero”;

Interpretación unilateral tanto de los documentos precontractuales como del contrato; la imposición de garantías obligatorias a favor del Estado;

Las sanciones coercitivas o multas; y,

El “rescate y la caducidad en los contratos de concesión de servicios públicos.”³⁴

Es muy importante concluir que dichas prerrogativas estatales no proporcionan un poder sin límites a la Administración, pues frente a estos se encuentran ciertos principios que las limitan, el uso de las mismas debe necesariamente estar permitido por la Ley y establecido en los respectivos contratos a fin de poder ser aplicados, no significa un poder implícito de la administración, delimitando de esta forma su alcance, evitando así el abuso, arbitrariedad o mal uso que puede darse, así, para referirse a un ejemplo que es el tema central de estudio de esta tesis, tenemos a la terminación anticipada y unilateral del contrato en la que la entidad contratante puede tomar dicha decisión únicamente mediante resolución motivada y previa observancia del procedimiento establecido en la Ley y que ha sido a su vez trasladado a las cláusulas del contrato, procedimiento que será analizado con detalle más adelante.

³⁴ Pérez Efraín, Derecho Administrativo Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014:301

1.3.2 Mutabilidad Del Contrato Administrativo

Denominada también como potestad de modificación, la misma que permite a la Administración en comparación de la rigidez del contrato privado, variar el contenido del contrato administrativo, a fin de garantizar el bien común y la satisfacción de las necesidades públicas, modificando unilateralmente las prestaciones del contratista en la ejecución del contrato, lo señalado puede suceder dependiendo del tiempo en el que se desarrollan las relaciones contractuales, apoyados por diversos factores como el cambio del entorno, circunstancias imprevistas siempre y cuando las mismas sean objetivamente necesarias y debidamente motivadas.

No obstante lo señalado esta mutabilidad del contrato "*Ius Variandi*", sus variantes son obligatorias para el Contratista siempre y cuando dicha prerrogativa no exceda los límites reglados o discrecionales pues deben ser justificados, de lo contrario podría desembocar en una desviación de poder; es así que viene a constituirse como una suerte de garantía que le asiste al Contratista cuando se da una variación en la necesidad general que se quiere satisfacer.

El pacto de limitación de responsabilidad se encuentra por ejemplo en el contrato de obra con precios unitarios no reajustables; las cláusulas de reajuste de la economía del contrato, cuando se pactan modificación de los precios por suspensiones, por aumento del tiempo de ejecución, mora en el pago de las obligaciones de obras adicionales (que tienen relación directa con lo contratado), obras extras (que no tienen relación directa con lo contratado), obras nuevas, suspensiones del contrato que imponen una mayor permanencia en la obra, por ejemplo de guardias o adición de plazo; de modificación que no afecta la economía del contrato, por ejemplo cuando las partes pactan las modificaciones en el plazo, en las obras o en los términos del contrato y no en el precio y, las de imprevisión que puede alegarse después de la suscripción y no antes³⁵.

La Mutabilidad del Contrato Administrativo aplicado a la Contratación Pública Ecuatoriana, se observa en algunas disposiciones de la LOSNCP y su Reglamento General de aplicación, las cuales facultan expresamente a las Entidades Contratantes a realizar modificaciones en el Contrato a diferentes niveles y con limitaciones que como se refiere impiden el ejercicio indebido del poder, evitando así el abuso y garantizando el derecho al Contratista, así tenemos la figura del contrato

³⁵ Herrera Barbosa Benjamín, Contratos Públicos: Modificación del acuerdo pactado, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004: 315

complementario, creación de rubros nuevos, diferencia en cantidades de obra y órdenes de trabajo que la recoge la LONSCP en concordancia con la Ley para la Eficiencia en la Contratación Pública, en los siguientes artículos:

Art. 85.-Obras y servicios complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

Art. 86.-Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente.

Art. 88.- Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el cinco (5%) del valor del contrato principal, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.

Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta el dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley.

Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

Efraín Pérez manifiesta al respecto que: “La posibilidad de modificación del contrato significa un incremento del riesgo del contratista. Como contraparte, el derecho administrativo determina la noción del equilibrio financiero, que ha sido llamada también la ecuación financiera del contrato”³⁶.

³⁶ Pérez, Efraín, Derecho Administrativo, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009: 879

Sobre el tema Cassagne manifiesta:

El ordenamiento puede atribuir de un modo expreso a la Administración, para introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos; poder que deberá ejercerse razonablemente dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica, que permita mantener el equilibrio financiero del contrato.³⁷

De lo señalado se concluye que la administración pública tiene la facultad de modificar el contrato siempre y cuando su actuación sea motivada y necesaria, sin infringir los límites del *ius variandi*, así tenemos que las referidas modificaciones no deben atentar contra el objeto y esencia del contrato, y conforme lo señalado en todos estos casos se debe mantener el equilibrio financiero del contrato llamado también ecuación contractual, que finalmente es la garantía que deben gozar los contratos para asegurar la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones de los co-contratantes.

Multas o cláusula Penal

Esta Cláusula exorbitante es otra de las expresiones de las prerrogativas estatales, que se la establece de manera obligatoria y unilateral, así consta expresamente en nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 71 que establece: “Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas(...)”.

Dromi al respecto manifiesta:

Estas pueden aparecer con forma de "cláusula penal" o de "multas". Son las establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por normas generales que son aplicables a la contratación administrativa. En ellas se dispone el pago de una suma determinada para el caso de que el contratista incurra en faltas en la ejecución contractual.

³⁷Cassagne Juan Carlos. El contrato administrativo: El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos. Segunda Edición. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005:46.

Estas sanciones no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo sino una conducta que transgrede lo estipulado contractualmente, y proceden aunque la transgresión contractual no signifique ningún perjuicio para la Administración.

Gastón Jezé sobre el particular manifiesta: “La penalidad no solo resulta un medio de reparación rápida del perjuicio causado, sino también una amenaza que se hace a fin de prevenir los retardos. Es éste un procedimiento ágil y práctico”

En nuestra legislación ecuatoriana las multas no podrán ser menores al 1 por mil ni mayores al 5 por mil del valor total del contrato, por cada día de retraso.

El Código Civil de manera análoga regula el tema relacionado con la Cláusula Penal en su TÍTULO XI DE LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL que determina:

Art. 1551.- Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento.

Esta sanción se establece y tiene como finalidad expiar al contratista por el incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales durante la ejecución contractual y asegurar el mejor y más eficiente cumplimiento de las obligaciones, todo esto en virtud de la consecución de los fines estatales, de esta manera los mismos se ven compelidos a cumplir en la forma y tiempos establecidos en los respectivos contratos; las multas para el efecto deben estar establecidas en el contrato de manera clara, expresas y precisas; para su imposición las entidades públicas deberán observar el debido proceso, deben estar fundamentadas, motivadas en hechos claros, ciertos y determinados en los respectivos informes, empero de lo señalado las multas pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

En conclusión y luego de haber realizado un análisis profundo, se encuentra como resultado que la administración pública siempre en miras al resguardo del interés colectivo y cumplimiento de sus fines estatales, se halla revestida de las prerrogativas estudiadas y que son propias del derecho público, inadmisibles en el derecho privado, las mismas que se justifican por todo lo señalado y que le ubican en una superioridad jurídica frente al administrado; y así le obligan al cumplimiento efectivo de los compromisos adquiridos, empero es importante señalar que dichas prerrogativas se hallan debidamente limitadas y regladas en la legislación a fin de evitar que las

entidades contratantes so pena de aplicarlas incurran en arbitrariedades y como consecuencia de ello una desviación del poder, que pueda decantar en reclamaciones ulteriores.

Como contraparte el contratista estatal al convertirse en un colaborador, o dicho en otras palabras un socio estratégico del estado, a fin de no verse soslayado en sus derechos que le asisten, tiene a su favor el hecho de que la administración pública debe respetar y garantizar el equilibrio financiero del contrato, de esta manera ambas partes podrán alcanzar sus objetivos que les llevaron a suscribir el contrato administrativo.

De entre todas las facultades exorbitantes que revisten al contrato administrativo, la más importante a nuestro parecer y que a su vez es el centro de nuestro análisis, se encuentra la terminación unilateral y anticipada del contrato, prerrogativa que será analizada en detalle en el segundo capítulo de esta tesis.

Capítulo Segundo

Terminación Unilateral y Anticipada de los Contratos Administrativos

Luego de haber analizado lo que es la Contratación Administrativa , analizaremos la terminación de los Contratos Administrativos, los mismos que pueden terminar de manera regular o irregular; la primera sucede cuando el contrato finaliza una vez que se han cumplido las obligaciones de conformidad con la cláusulas contractuales y dentro de los tiempos establecidos o así no sea en el tiempo establecido pero que no ha llegado a terminar sin completar las obligaciones contractuales; en el presente trabajo sin embargo nos centraremos exclusivamente a la terminación irregular, abrupta que, finaliza el contrato por hechos que no son normales cuyas causas se encuentran establecidas con claridad en la normativa legal de la materia y que conforme hemos señalado y puntualizado a lo largo de esta Tesis es llevada a cabo en función de un poder exorbitante con el fin de proteger y garantizar el bien colectivo y de servir para nuestro pensar de “ejemplo” para los demás contratistas que pretendan o estén ejecutando contratos administrativos, a fin de compelerles a cumplir con sus obligaciones contraídas.

La antedicha forma de terminación constituye una de las llamadas terminaciones no normales pues representa una forma de “castigo” o “penalidad” establecida al contratista que no haya cumplido correctamente la ejecución contractual derivada de las obligaciones estipuladas en el respectivo contrato.

Nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana establece de manera taxativa las causas que llevan a la Entidad Contratante a dar por terminado un contrato de manera unilateral y anticipada, causales que a continuación citaremos y analizaremos:

Art. 94.- Terminación unilateral del contrato.-

La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

Por incumplimiento del contratista.-

Agustín Gordillo al hablar sobre la desigualdad de las partes y como atribución de la administración pública, dentro del contrato administrativo, citando a Bercaitz manifiesta: c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.³⁸

Dromi por su parte señala:

La *rescisión* también puede ser consecuencia de la competencia *sancionatoria* de la Administración Pública, por la que se pone término a la relación contractual por culpa del contratista. La *sanción rescisoria* procede ante *faltas graves* del contratista, que obligan a la Administración Pública a interrumpir la ejecución contractual, después de haber agotado los medios posibles para lograrla³⁹.

Se da esta causal cuando el Contratista de manera injustificada incumple con sus obligaciones contractuales ya sea de manera parcial o total, empero para tomar dicha decisión debe la Administración haber agotado todos los medios posibles para lograr su consecución, luego valorar y analizar el incumplimiento y decidir únicamente si el caso lo amerita, es decir si el bien común se encuentra gravemente afectado, de aquí se desprende que la decisión es una opción mas no una imposición, pues es posible que dichos incumplimientos puedan ser solucionados de manera oportuna sin necesidad de terminar el contrato, salvaguardando de esta manera siempre el bien común, para este caso la Administración deberá demostrar el incumplimiento de manera precisa y objetiva.

Es menester señalar que la administración pública previa a establecer la sanción a la que nos referimos deberá cumplir con las formalidades y procedimiento establecido en la Ley, las mismas que serán analizadas más adelante.

En este punto es necesario hacer un análisis comparativo de nuestra legislación con la legislación chilena, la misma que en su Ley de Compras No. 19.886, artículo 13 literal b) establece una característica adicional a la causal de terminación objeto de análisis, la misma que es señalada por Dromi conforme lo habíamos señalado, así tenemos: El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante⁴⁰ (el énfasis me pertenece).

³⁸ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 1 Cap. 11: 31, www.gordillo.com/tomo1.html

³⁹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2001:397

⁴⁰ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004&idVersion=2010-03-01>

Conforme se observa, la legislación chilena a diferencia de la nuestra adiciona a la causal la palabra grave; el diccionario de la real academia española de la lengua, lo define:

Grande, de mucha entidad o importancia⁴¹. Por su parte la legislación Peruana conforme el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre el incumplimiento del contrato establece en su artículo 132: El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

Y sobre la causal de resolución del contrato: Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.⁴²

Sobre lo señalado es importante manifestar que la administración pública a fin de poder aplicar esta causal y los efectos que de ella devienen, debe establecer con exactitud y total claridad la gravedad de dicho incumplimiento, su decisión debe tener coherencia y razonabilidad pues, conforme se ha profundizado a lo largo de esta tesis la discrecionalidad aplicada a esta prerrogativa puede decantar en arbitrariedades y abuso de poder; sobre la discrecionalidad Marienhoff establece dos tipos la política y la técnica:

La primera es aquella en la que el contenido del acto se determina por factores de equidad, de oportunidad o de conveniencia; en cambio, la llamada discrecionalidad técnica es aquella que está dependiendo de un dictamen técnico previo, cuya valoración definitiva queda librada al prudente arbitrio de la Administración.

Esos elementos que constituyen e integran la discrecionalidad, sea ésta la política o la técnica, representan el llamado "mérito" del acto administrativo; si entre dicho mérito y el fin que se invocó para emitir el acto hay discordancia, el acto pertinente estará viciado de "*inoportunidad*." ⁴³

⁴¹ <http://dle.rae.es/?id=JVSZmEi> Real Academia Española de la Lengua

⁴² <http://www.perucontrata.com.pe/ReglamentoContrataciones2015.pdf>

⁴³ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (versión digital disponible en <http://es.slideshare.net/joyestrella/marienhoff-m-tratado-de-derecho-administrativo-tomo-i>: 53

Es importante complementar el análisis con la disposición contenida en la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 76 literal I establece.

“1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”⁴⁴

Como se puede colegir estos son límites que se establecen a la administración pública, además de ello se debe tener en consideración el avance contractual ya que la administración pública a fin de prestar los servicios públicos razón de lo cual se suscribieron los contratos administrativos, debe analizar minuciosamente de manera exhaustiva su decisión, pues es posible que el incumplimiento no sea de una gravedad tal que merezca la aplicación de esta sanción y en vez de aquello se podría continuar la ejecución del contrato, dependiendo de las circunstancias y aplicar una sanción pecuniaria que como habíamos analizado deviene en multa por cada día de retraso, con esto no se paralizan los trabajos ni la ejecución contractual y no es necesario volver a realizar un nuevo proceso a fin de sustituir al contratista inicial por otro que culmine el contrato lo que obviamente emplea tiempo y recursos, empero a ello por otro lado no es factible que la entidad contratante permita un incumplimiento abusivo, y con ello se perjudique al bien común, es por ello que es nuestro criterio que se debería al igual que la legislación chilena hacer énfasis en la palabra grave en la causal de incumplimiento analizada, que se traduce en nuestro pensar en la certeza de que el contratista no va a poder cumplir con el contrato, pese a los esfuerzos y solicitudes de la administración y que de no terminarlo causaría un perjuicio a la prestación de servicios públicos.

Finalmente Pérez, López y Aguilar manifiestan: También se puede considerar incumplido el contratista que habiendo realizado la entrega definitiva,

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Cap.VIII, Derechos de Protección, Quito, art.76

no ha llegado a satisfacer los requerimientos de rectificaciones, reparaciones o correcciones solicitados justificadamente por la entidad contratante.⁴⁵

Criterio que compartimos pues aun así se haya entregado de manera definitiva, es obligación del contratista brindar seguridad y funcionalidad al objeto contractual realizando las correcciones que el caso amerite, pues de otra manera se estaría atentando contra el fin público, que como hemos dejado señalado prevalece sobre el particular.

Por quiebra o insolvencia del contratista.-

Quiebra: “Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su situación de insolvencia⁴⁶ y se procede a ejecutar todos sus bienes en favor de la totalidad de sus acreedores.

Como se puede colegir de los referidos conceptos, la insolvencia o quiebra es la situación jurídica en la que una persona ya sea natural o jurídica no puede cumplir con las obligaciones adquiridas ya que las mismas superan la capacidad económica de la que disponen, es menester diferenciar bien los conceptos, pues si bien son sinónimos su diferencia se encuentra en los sujetos en los que se declara; así la insolvencia se declara contra las personas naturales y la quiebra a las personas jurídicas.

El efecto principal de la declaratoria de insolvencia o quiebra es que la persona queda inhabilitada de administrar sus bienes y por mandato legal es un incapaz “... los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas...⁴⁷. Lo referido se complementa con las inhabilidades para contratar establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil...⁴⁸

En conclusión una vez declarada la insolvencia o quiebra dicha persona ya sea natural o jurídica no puede seguir obligándose por sí misma y es imprescindible que la Administración declare la terminación unilateral, pues como sabemos los contratos

⁴⁵ Pérez, A, López, D José, Aguilar, L Manual de Contratación Pública, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2011: 95.

⁴⁶ Insolvencia: Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda.

⁴⁷ Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46, art. 1463

⁴⁸ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 62, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

administrativos se caracterizan por ser *intuitu personae* y por ende no es posible ceder los derechos y obligaciones que se generan, lo cual irremediamente decanta en la terminación referida.

Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.-

La multa es una sanción pecuniaria establecida de manera unilateral y obligatoria por parte de la Administración para castigar al contratista que incumpla y así para garantizar la correcta ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos para ello, es más, la legislación ecuatoriana manda a colocar en los contratos como requisito *sine qua non* una cláusula obligatoria que refleje la multa que se aplicaría al contratista en caso de incumplimiento, conforme lo habíamos señalado en el primer capítulo de esta tesis.

Para explicar de mejor manera esta causal es determinante referirse a la garantía de fiel cumplimiento, que es aquella que como su nombre infiere se constituye para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, esta garantía se la rinde antes de la firma del contrato por el valor equivalente al 5% del monto total del mismo, es por ello que si la contratista supera el monto establecido por concepto de multas impuestas es potestad de la Administración declarar la terminación anticipada y unilateral; es necesario puntualizar que nuestra Ley no obliga a terminar la relación contractual, ya que el artículo 94 contiene la palabra “podrá” terminar el contrato de manera anticipada unilateralmente, es decir no es una obligación sino se convierte en una facultad, abriendo la posibilidad de hacerlo siempre y cuando como lo señalamos en la causal anterior la Administración analice la viabilidad y conveniencia de hacerlo siempre precautelando el bien común.

Sobre este punto es necesario analizar los casos contenidos en el artículo 74 de la LOSNCP, de los contratos en los cuales por mandato de la Ley no se solicita la garantía de fiel cumplimiento, empero a ello las multas por incumplimiento han superado el 5% del monto de la garantía referida en el caso que se hubiera rendido.

“Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”⁴⁹

Lo mismo ocurre con los contratos interadministrativos entre entidades públicas en las que no se debe rendir garantías. “No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.”⁵⁰

Sobre estos dos casos en particular, y en vista de que no existe claridad al respecto en la manera de declarar terminado el contrato de manera anticipada y unilateral, lo que la entidad contratante debe observar a fin de tomar la decisión es que en estos casos el valor de las multas alcance el 5% del monto total del contrato, que sería a su vez el mismo monto establecido de la garantía de fiel cumplimiento; es por ello que para poder aplicar correctamente la causal recomendamos haciendo uso del literal 6 del art. 94 de la LOSNCP que será analizado más adelante y que en síntesis permite a las entidades contratantes estipular “demás” casos de terminación unilateral de acuerdo con su naturaleza, establecer en los contratos administrativos la causal que establezca: Si el valor de las multas supera el monto del 5% del valor total del contrato, de esta manera se podría aplicar sin problema la prerrogativa que le asiste a la administración.

Finalmente me permito hacer una crítica al respecto pues para nuestro parecer todo contrato independientemente de su monto debe prever la entrega de la garantía de fiel cumplimiento y así salvaguardar de mejor manera los intereses estatales y aplicar sin problema la causal motivo de este análisis; la legislación chilena por ejemplo no contiene disposición que impida solicitar la garantía de fiel cumplimiento y al contrario permite ponderar:

El otorgamiento de la garantía de fiel cumplimiento será obligatorio en las contrataciones que superen las 1.000 UTM. Tratándose de contrataciones iguales o inferiores a las 1.000 UTM, la entidad licitante deberá fundadamente ponderar el

⁴⁹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 74, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

⁵⁰ Ibid. Art. 73

riesgo involucrado en cada contratación para determinar si requiere la presentación de garantías de fiel cumplimiento⁵¹.

Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.-

Esta causal nos da a pensar que el contratista tiene la facultad de decidir sin más la suspensión de los trabajos a los que está obligado por efecto del contrato hasta por sesenta días de manera injustificada, de todas maneras es importante recordar que en algunos contratos existen cronogramas de ejecución como es el caso de las consultorías, de darse dicha suspensión la administración debe compeler al contratista a través del administrador del contrato o fiscalizador a fin de que continúe con la ejecución del contrato aplicando multas por cada día de incumplimiento, pudiendo en este caso configurarse la terminación si las multas conforme hemos analizados llega al 5% del valor del contrato.

Al establecerse el plazo de sesenta días entendemos que aplica esta causal a contratos a largo plazo, pues en los contratos a corto plazo la suspensión va a incidir en la ejecución y a su vez extendería el plazo pactado inicialmente por el plazo que duró la suspensión, esta causal personalmente consideramos que sería de aplicación muy baja en la contratación pública ecuatoriana pues es muy improbable que algún contratista sin justificación alguna deje de cumplir sus obligaciones por el tiempo establecido.

Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley.-

Esta causal toma forma cuando se celebran contratos que están prohibidos por la legislación, ya sea porque han sido celebrados sin observancia a las disposiciones legales que impiden que se celebren contratos, así tenemos por ejemplo celebrar contratos subdivididos, contratos celebrados con personas que adolecen de alguna inhabilidad, que se hallen incursos en las prohibiciones generales o especiales las mismas que se encuentran previstas en el Art. 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en estos casos existe a más de la terminación unilateral una responsabilidad solidaria del contratista y de los servidores que intervinieron en el contrato, ya que las prohibiciones se entienden conocidas por todos

⁵¹ Chile, Reglamento de la Ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios , 2004, Art. 68

y la falta de conocimiento no exime de responsabilidad alguna, sin perjuicio de las acciones administrativas y penales a que hubiere lugar, además no se indemnizará de ninguna forma al contratista, cabe recalcar que la causal referida la establece únicamente el legislador todo esto respondiendo a los principios de legalidad, transparencia, buena fe e imparcialidad establecidos en la misma Ley.

Dromi resalta: El principio de legalidad opera en el quehacer de la Administración Pública, imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia. Legalidad es sinónimo de legitimidad”.⁵²

Marienhoff por su parte establece “en derecho administrativo impera el llamado principio de la *legalidad*, para lograr el imperio de este principio no es posible vulnerar otros principios jurídicos; de ahí que la legalidad en derecho administrativo se logre dentro de ciertos límites que no es posible exceder sin riesgo de incurrir en un procedimiento viciado o inválido.”⁵³

Para citar un ejemplo que sucedió en el Ecuador nos referiremos a la provisión de servicio de alimentación a los servidores públicos, a quienes antes el Estado asignaba un rubro de hasta cuatro dólares de los Estados Unidos de América sin incluir IVA por tal concepto, pero a partir del acuerdo ministerial del Ministerio de Relaciones Laborales, que en su disposición transitoria segunda estableció que “A partir de la publicación de este acuerdo, las instituciones se abstendrán de suscribir contratos destinados a la provisión de servicios de alimentación para las y los servidores públicos. Desde el año 2014 las instituciones del Estado no asignarán ni entregarán valor alguno para cubrir este servicio”⁵⁴.

Este es un claro ejemplo de una prohibición que el Estado impuso a las entidades contratantes a fin de que no realicen procesos de contratación pública con el objeto de proveer el servicio de alimentación a sus servidores, y de ser el caso que se celebrara tendría como resultado la declaración de terminación unilateral con los efectos ya señalados.

En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.-

⁵² Roberto Dromi, Derecho Administrativo: 156

⁵³ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo: 325

⁵⁴ Ecuador, Acuerdo Ministerial Nro. MRL-2013-0127 de 29 de julio de 2013 publicado en el Suplemento 48 del Registro Oficial del 31 de julio del 2013.

Este caso es un ejemplo claro de la potestad exorbitante, ya que la Ley faculta a la Administración Pública a establecer más causas a más de las establecidas de manera taxativa en la Ley y que son objeto de este análisis, para terminar el contrato de manera Unilateral y Anticipada.

Conforme habíamos señalado anteriormente esta causal serviría para dar una mejor aplicación a la causal de terminación unilateral cuando se celebran contratos en los que no es necesario rendir la garantía de fiel cumplimiento en razón del monto, pero que si sobrepasa el 5 % del valor total del contrato se podría hacer constar en el contrato atendiendo a su naturaleza y poder terminarlo de manera unilateral y anticipada.

Otro ejemplo en los que cabría esta causal sería en un contrato de provisión de un software o de bienes en los cuales su naturaleza y por hacerlo constar así en el contrato se deba brindar un mantenimiento rutinario o correctivo y cuando no se incumpla esta obligación particular cabe la terminación contractual.

Así mismo se puede establecer en los contratos en los que se rinden garantías por su monto o naturaleza, que la falta de renovación de las mismas pueda configurar una causal para terminar el contrato.

Cabe señalar que estas causales lo que buscan es la mejor forma de prestación del servicio y garantizar así su funcionalidad y cumplimiento correcto en todos sus niveles conforme la oferta presentada y contrato suscrito; no está por demás recordar que estas causales deben estar definidas en el texto contractual para así evitar el abuso de las prerrogativas estatales en detrimento del contratista.

7.- La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

De igual manera demostrando su ventaja la Entidad Contratante a diferencia de su Contratista al proponer la terminación por mutuo acuerdo de un contrato por causas debidamente justificadas y motivadas, y si el mismo no accediera a hacerlo puede demandar la terminación unilateral pero con una característica especial que es no aplicar el efecto de ejecución de garantía de fiel cumplimiento que haya sido entregada,

ni inscribirlo en el registro de contratistas incumplidos del Servicio Nacional de Contratación Pública, situación sui generis que permitiría al contratista seguir celebrando contratos con la Administración, pues dicha terminación no sería en estricto sensu imputable a la falta de su ejecución.

Esta decisión de la administración se da a fin de salvaguardar los intereses institucionales y porque no decirlo del contratista ya que la ejecución del contrato se pudo volver difícil realizarla en los términos contractuales y de seguir ejecutando resultaría infructuoso causando perjuicio a las partes pero esencialmente al interés público, así por ejemplo si se declara estado de emergencia por una condición de la naturaleza como por ejemplo peligro inminente de erupción de un volcán y en ese lugar geográfico se llevaba a cabo una construcción de obra, el contratante para salvaguardar los intereses e incluso la integridad física de las personas involucradas solicita la terminación por mutuo acuerdo a fin de paralizar la obra y extinguir las obligaciones, y de no aceptar el contratista puede darse por terminado de manera unilateral, no causaría ejecución de garantías ni declaración de incumplido ante el SERCOP, pero si una liquidación financiera del contrato para determinar los valores y obligaciones cumplidas o por cumplir, situación que será analizada más adelante.

Además de las causales ya señaladas, el SERCOP mediante sus Resoluciones incorporó a los modelos de pliegos de uso obligatorio, las siguientes causales para dar por terminado el Contrato:

Si el CONTRATISTA no notificare a la CONTRATANTE acerca de la transferencia, cesión, enajenación de sus acciones, participaciones, o en general de cualquier cambio en su estructura de propiedad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se produjo tal modificación;

Si la CONTRATANTE, en función de aplicar lo establecido en el artículo 78 de la LOSNCP, no autoriza la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del CONTRATISTA;

Estas dos causales fueron establecidas a fin evitar que los contratistas puedan utilizar esa forma con el fin de ceder los derechos y obligaciones emanados de los contratos a otras personas conforme lo habíamos señalado anteriormente ya que son contratos intuitu personae, empero el límite conforme señala la causal es del 25% o

más del capital social del contratista, lo cual quiere decir que si se da cualquiera de las formas de tradición que no supere ese límite no se incurriría en la referida causal pues no se necesita en ese caso la autorización de la entidad contratante.

Si se verifica, por cualquier modo, que la participación ecuatoriana real en la provisión de bienes o prestación de servicios objeto del contrato es inferior a la declarada.

Sobre este punto cabe un análisis, en el sentido de que la legislación en miras a cumplir con los principios que ya fueron referidos al inicio de este trabajo, estableció como parámetro la participación nacional, esto justamente para beneficiar y ser incluyente a las empresas nacionales, dotándoles de mayores ventajas y beneficios por tener dicha naturaleza, mientras más grado de participación nacional tengan, más posibilidades de ganar tendrán en los procesos precontractuales, no obstante por el mismo hecho referido los oferentes pueden presentar información falsa buscando obtener dicha ventaja, es por ello que la entidad contratante debe muy prolijamente revisar la información proporcionada así como su veracidad y de encontrar que lo declarado en la oferta es inferior a la realidad la contratante inmediatamente podrá aplicar esta causal y declarar contratista incumplido.

Si el CONTRATISTA incumple con las declaraciones que ha realizado en el numeral 3.5 del formulario de la oferta - Presentación y compromiso;

Al igual que el numeral anterior analizado, la entidad contratante debe verificar el cumplimiento de todas y cada una de las declaraciones del formulario presentación y compromiso pues este contiene información completa de la forma en la que el Contratista debe prestar el servicio, entregar el bien o ejecutar la obra, declaraciones sobre su capacidad, su legitimidad, el conocimiento de las leyes que rigen el proceso entre otras que servirán a la entidad contratante en el caso de alguna anomalía poder tomar acciones legales correspondientes. Personalmente y en el sentido de la norma este documento es el más importante de la oferta y que debe ser cumplido a cabalidad no sólo en el numeral 3.5 sino en todo su contenido.

El caso de que la entidad contratante encontrare que existe inconsistencia, simulación y/o inexactitud en la información presentada por contratista, en el procedimiento precontractual o en la ejecución del presente contrato, dicha inconsistencia, simulación y/o inexactitud serán causales de terminación unilateral del contrato por lo que, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, lo

declarará contratista incumplido, sin perjuicio además, de las acciones judiciales a que hubiera lugar.

Estas últimas causales se incorporaron esencialmente para prevenir que en las ofertas presentadas no se encuentre información falsa y de esta manera hacer prevalecer el principio de transparencia referido a lo largo de esta tesis y evitar adjudicar y suscribir contratos con personas que legalmente estén impedidas o que haya generado algún tipo de confusión y pongan en entredicho la ejecución del contrato y en riesgo la prestación del servicio correspondiente.

Conforme se ha señalado en el análisis de las causales de terminación unilateral de los contratos administrativos, se concluye que las mismas se constituyen en verdaderas armas de defensa de los intereses de la administración pública a fin de precautelar la efectiva ejecución contractual conforme se ha estipulado en sus cláusulas, de esta manera al configurarse cualquiera de ellas inmediatamente faculta a las entidades contratantes a imponer su facultad sancionatoria y terminar la ejecución contractual siempre y cuando tal decisión se halle debidamente motivada tanto en fundamentos de hecho como de derecho.

2.1 Efectos De La Terminación Unilateral Del Contrato

2.1.1 Efectos Jurídicos

La Terminación unilateral y anticipada de un contrato Administrativo trae consigo varios efectos el primero objeto de este análisis es el jurídico; y es la rotura del vínculo contractual entre las partes, se suspende la ejecución del contrato de manera definitiva y abrupta, cabe sin embargo recalcar que para que la terminación unilateral y anticipada sea posible deben configurarse de manera clara una de las causales determinadas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, u otras establecidas en los respectivos contratos, mismas que ya fueron analizadas anteriormente; ya que si ocurre lo contrario la actuación de la administración carecería de sustento y sería ilegal.

Además de aquello se deben cumplir ciertos presupuestos establecidos en el art. 95 de la LOSNCP y 146 de su Reglamento General de aplicación, los mismos que se explican a continuación:

La administración del contrato o la fiscalización si es de obra, determinará sobre el incumplimiento del contratista debiendo enseguida notificar a la máxima autoridad de la entidad contratante, la misma que tomará conocimiento y decidirá la procedencia de la terminación del contrato, todo esto basado en los informes, de ser positivo dispondrá se inicie el trámite de terminación, para lo cual solicitará los siguientes informes:

Técnico, en el que se determine la causa, motivo o circunstancia que motiva suficientemente la terminación unilateral, así como el estado de avance de la ejecución contractual.

Económico, en el cual se determine claramente los pagos que han sido realizados al contratista así como la situación de las garantías que le fueron solicitadas.

Una vez presentados los informes señalados se debe notificar al contratista la decisión de dar por terminado el contrato de manera unilateral y anticipada, estableciéndose clara y motivadamente el incumplimiento en el que ha incurrido, a esta notificación se debe adjuntar los informes técnico y económico ya analizados anteriormente, con ello se le solicitará que en el término de diez días justifique o remedie dicho incumplimiento, además se deberá notificar a las aseguradoras, garantes o bancos que hubieren emitido las garantías, igualmente adjuntando los informes, cabe señalar que sería importante tener un informe legal que refuerce la decisión de la administración.

Una vez terminado el término concedido, si el contratista no hubiere justificado o remediado la mora, o por último no se ha pronunciado sobre la notificación, la entidad contratante declarará terminado anticipada y unilateralmente el contrato, para lo cual la máxima autoridad emitirá la resolución correspondiente debidamente motivada; existe también la posibilidad que el contratista justifique los incumplimientos, pero que dichas justificaciones no fueran aceptadas por la entidad contratante entonces se procederá con la terminación.

Sobre la motivación la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 1) de artículo 76 establece:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos

administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁵⁵

Esto en concordancia con la Ley de Modernización del Estado que en su artículo 31 establece: “MOTIVACIÓN.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”⁵⁶.

Sobre esto cabe finalmente dejar muy claro que para que la resolución surta efectos legales y plena validez debe ser debidamente notificada, caso contrario se estaría violentando un principio constitucional establecido en el Art. 76.- que refiere: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)”, es por ello que el contratista cuenta con un tiempo perentorio para que pueda preparar su defensa y atacar las acusaciones de la Administración Pública, pudiendo en este tiempo justificar su falta de accionar y por ende del cumplimiento de obligaciones contraídas y de ser el caso revertir la decisión de dar por terminado unilateralmente y anticipado el contrato, cabe recalcar que de conformidad con el artículo 95 de la LOSNCP.

“(...) La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Función legislativa, Ecuador, art. 76 numeral 1.

⁵⁶ Ecuador. Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial, 693,1995, art. 31

fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constar en el Reglamento respectivo.⁵⁷

La importancia de la motivación es trascendental en este proceso de terminación unilateral ya que podría darse el caso de que un contratista que haya sido declarado incumplido y haya cumplido su sanción de 5 años de estar inhabilitado en el Registro Único de Proveedores, demuestre legalmente que dicha sanción fue ilegítima o no tenía que ejecutarse empero a ello ya cumplió su penalidad, quedándole como medio de defensa y de equidad la demanda por daños y perjuicios, en el cual se tendrá que analizar el perjuicio real que sufrió en tiempo y dinero que durante ese tiempo pudo haber realizado y que por estar inhabilitado se afectaron sus derechos, obviamente y claro está que a su vez la entidad contratante tendrá que aplicar el derecho de repetición al servidor o autoridad que actuó de manera negligente.

2.1.1.1 Terminación Del Contrato Con Liquidación Correspondiente.-

La Liquidación del contrato es una obligación de origen legal, cuya finalidad única es establecer el avance físico del objeto del contrato mediante el informe técnico (administrador del contrato), en esta liquidación se refleja la realidad de la ejecución del contrato a fin de que haya equivalencia en lo que se ejecutó en el contrato y lo que no.

El Contratista será notificado con esta liquidación a fin de que pueda de conformidad con la Ley tener claro lo ejecutado, el avance de la ejecución y lo que está pendiente de ejecutar, lo cual servirá de base para la liquidación económica que será analizada más adelante, así como también le servirá a la entidad contratante para realizar un nuevo procedimiento y establecer con claridad el porcentaje restante de ejecución determinando plazos, valores y demás parámetros que deberán ser parte de los pliegos precontractuales del nuevo proceso y que permitan culminar la ejecución del objeto contractual, en miras siempre de prevalecer el bien común.

Esta liquidación se encuentra normada en nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece en su artículo 95 quinto inciso:“... La

⁵⁷ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 95, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios...⁵⁸

2.2.2 Efectos Económicos

2.2.2.1 Ejecución De Garantías

Herrera, define a las garantías: “(...) son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario”⁵⁹.

Dicho eso es necesario enfatizar que en nuestra legislación ecuatoriana las garantías del sector público deben cumplir con algunos requisitos mínimos: incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, sin cláusula de trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento de la entidad beneficiaria de la garantía, excepto en las garantías en depósito en moneda que se consigna en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante, primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado.

Una vez que se resuelva dar por terminada la relación contractual mediante un acto administrativo debidamente fundamentado, se deben ejecutar inmediatamente las garantías otorgadas por el contratista y de esta manera lograr que se hagan efectivos los valores asegurados y por ende la indemnización inmediata, es por ello que es muy importante y responsabilidad de la Entidad hacerlo de manera motivada en sede administrativa, pues en el caso de que vaya a examinarse dicha resolución en sede judicial y se encontraren vicios en el trámite administrativo podría ser perjudicial para la Entidad Contratante conllevando la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados al contratista, claro dejando claro que deberá realizarse la repetición ante el servidor o servidores negligentes que ejecutaron el acto.

En nuestra legislación ecuatoriana diferenciamos tres clases de garantías, a continuación se detalla la ejecución de ellas que atañen a nuestro análisis una vez dado por terminado el contrato:

La Garantía de Fiel Cumplimiento

⁵⁸ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 95, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

⁵⁹ Herrera, Benjamín, Contratos Públicos, Ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá. 2004:327.

Antes de analizar esta garantía es menester señalar que la misma no se entrega en cualquier tipo de contrato pues para que pueda ser exigida debe cumplir con algunos requisitos legales, así tenemos que no se exigirá en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Esta garantía sirve para asegurar el cumplimiento efectivo del contrato y sus obligaciones implícitas, además sirve para responder por las obligaciones contraídas a favor de terceros, en los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituye para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor. Se rendirá por el 5% del monto total del contrato. Esta garantía se ejecuta una vez que se haya resuelto declarar la terminación unilateral, momento en el cual la Entidad Contratante, oficiará a la empresa aseguradora que se haga responsable del pago del valor de las pólizas otorgadas de manera inmediata precautelando de esta manera que los fondos usados sean recuperados y no perjudicar al Estado, pudiendo con esos valores financiar a un nuevo contratista y así culminar los trabajos del incumplido.

Finalmente debemos señalar que con cargo a esta garantía se harán efectivas las multas que hubieran lugar y que hubieren sido impuestas al contratista.

Sobre este punto cabe hacer un análisis, pues conforme lo referido de esta garantía se cobrarán las multas que pudieran haberse generado, pero qué pasa con los contratos que por su cuantía o naturaleza no se exija esta garantía, cómo se haría efectivas el cobro de multas.

Al respecto y para despejar la inquietud, el Procurador General del Estado en uno de sus pronunciamientos manifiesta:

“(…) Por tanto, las multas se deberán deducir de los valores pendientes de pago al consultor o contratista, que se determinen una vez que el contrato se liquide, según

el artículo 125 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.⁶⁰

La Garantía Por Anticipo

En el caso en que la entidad entregue un anticipo para cumplimiento del contrato, debe entregarse una garantía que asegure el buen uso del mismo, dicha garantía deberá cubrir el cien por ciento del valor del anticipo otorgado y en este caso así como la garantía de fiel cumplimiento deben entregarse antes de la firma del contrato.

El valor de esta garantía se irá reduciendo en proporción de que se vaya amortizando aquel o se vayan recibiendo de manera parcial los bienes o servicios.

El monto que se fije será establecido por la Entidad Contratante en función del monto y tipo de proceso que sea determinado, siempre dentro de los porcentajes establecidos dentro de la normativa, es por ello que en nuestra legislación si bien no consta los límites, los mismos fueron establecidos en los modelos de pliegos de uso obligatorio en razón de que el Director Ejecutivo del entonces Instituto Nacional de Contratación Pública ahora SERCOP acogió las recomendaciones de la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador contenidas en el oficio Nro. 056-SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009, estableciendo el máximo de 50% en contratos de obras y del 70% en contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios.

La garantía por anticipo se ejecuta cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera.

Conforme se había señalado anteriormente en las causas de terminación unilateral y anticipada determinadas en la Ley, en el caso de que por causas técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la

⁶⁰ Ecuador, Oficio No. 16163 de 27 de agosto de 2010, Procuraduría General del Estado, http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra

entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Finalmente sobre esta garantía debemos tener en consideración lo establecido en el artículo 95 de la LOSNCP inciso 3 y 4 que establece:

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

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.⁶¹

Garantía Técnica Para Ciertos Bienes

Cuando se celebren 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, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal.

De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.

Una vez que se incumpla el contrato esta garantía deberá ser ejecutada y si fueron entregados valores económicos deberán ser ejecutados a fin de recuperar el dinero invertido en la compra del bien.

⁶¹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 95, Registro Oficial Suplemento 395 Quito, 4 de Agosto del 2008

2.2.2.2 Pago De Indemnizaciones

Nuestra legislación ecuatoriana sobre la terminación y trámite de la terminación unilateral establece:

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago. La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar⁶².

Cómo se puede colegir de la norma citada, es claro que lo que se busca es garantizar que la Entidad Contratante no se vea afectada por el incumplimiento del contrato por parte del Contratista, teniendo como medio el derecho de demandar la indemnización que tenga lugar, pues no sólo se afecta con la obra, bien o servicio inconcluso, sino en la gestión administrativa ya que se deberá realizar otro procedimiento de contratación a fin de concluir el objeto contractual fijado, tomando más tiempo del planificado; siendo así, el Contratista deberá responder además de las demás consecuencias que devienen de la terminación unilateral, por la indemnización.

Es menester señalar también que en la práctica las entidades contratantes en todos los casos no demandan indemnización por daños y perjuicios, pues conforme la norma citada le faculta más no obliga a la entidad a demandar dicha indemnización, lo cual para nuestro modo de pensar no debería ser así ya que siempre una terminación unilateral debería venir acompañada de la demanda de indemnización daños y perjuicios pues es un efecto de dicha terminación que debería ser aplicado por la administración pública a fin de agotar todas las vías posibles para hacer prevalecer los derechos y facultades que le asisten, así en el caso ecuatoriano y desde la experiencia personal en estos temas, las entidades contratantes se quedan satisfechas con la declaración de contratista incumplido, inhabilitación en el Registro Único de Proveedores del SERCOP y ejecución de garantías, y no demandan por daños y perjuicios, lo cual claramente va en desmedro de la administración y los fines que persigue.

⁶² Ibid

2.2.2.3 Liquidación de Intereses

Conforme la normativa citada y analizada previamente una vez que se ha declarado la terminación unilateral del contrato y realizada la liquidación económica contable del contrato, el Contratista está obligado a devolver los valores que le hayan sido entregados y que se encuentren pendientes, estos valores conforme la norma deberán pagarse dentro del término de diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada, intereses que serán fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador y se calcularán hasta la fecha efectiva del pago, de esta manera la administración pública protege económicamente la falta de pago y sanciona la falta haciendo prevalecer y de alguna manera resarcido la falta de acción del contratista incumplido que genere más perjuicio a la institución de la que se trate.

2.2.3 Sanción Administrativa

De entre las formas de expresión de la administración pública en el caso de la terminación unilateral se la realiza a través de un acto administrativo, que según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no es más que: “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”⁶³

El Dr. Moreno Yáñez lo define como: “Una declaración unilateral realizada en ejercicio concreto de la función administrativa”⁶⁴

A más de las sanciones que ya hemos señalado previamente, la que analizaremos a continuación para nuestro criterio es la sanción más fuerte impuesta al Contratista que ha incumplido su obligación contractual.

2.2.3.1 Inscripción en El Registro de Contratistas Incumplidos del Servicio Nacional de Contratación Pública

Toda vez que se ha realizado el trámite de terminación unilateral ya analizado anteriormente y una vez que la máxima autoridad ha emitido la resolución respectiva,

⁶³ Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 65

⁶⁴ Moreno Yanes, Jorge Módulo de Derecho Administrativo I, Universidad de Cuenca 2014:126

la misma debe ser comunicada al Servicio Nacional de Contratación Pública, solicitando se inscriba al contratista como “*Contratista Incumplido*”, causando la suspensión temporal del proveedor en el Registro Único de Proveedores, lo cual se dará por el plazo de 5 años⁶⁵, tiempo durante el cual dicho contratista no podrá celebrar contratos con ninguna entidad contratante que se encuentre sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es importante señalar que la Ley de Eficiencia en la Contratación Pública expedida en el Segundo Suplemento No. 966 de 20 de marzo de 2017, establece:

Responsabilidad de los Consultores.

Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios⁶⁶.

Los consultores juegan un papel determinante al momento de entregar sus productos objeto del trabajo intelectual especializado que lo reviste, tienen una responsabilidad mayúscula, es por ello que la referida Ley establece una sanción especial para los consultores que elaboraron dichos estudios, así, si de la aplicación de los mismos se produzcan perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos que de ellos deriven ya sea que se hayan establecido por vía judicial o arbitral la autoridad máxima de la Entidad Contratante dispondrá que sea suspendido del RUP por el plazo de (5) años sin perjuicio de las demás sanciones aplicables.

De la misma forma, en casos de ejecución de obra serán suspendidos del RUP por el mismo lapso de tiempo, es decir (5) años, los consultores que elaboraron los estudios definitivos y actualizados si es que el precio de implementación de los mismos sufre una variación superior al treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato de obra, por causas imputables a los estudios.

⁶⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 19

⁶⁶ Ecuador, Ley de Eficiencia en la Contratación Pública, art. 11, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 966 de 20 de marzo de 2017

Esta medida a nuestro pensar es muy acertada pues, los consultores a quienes las Entidades Contratantes confían la elaboración de estudios que luego decantarán en la prestación de servicios públicos, satisfacción de necesidades colectivas, ejecución de obras, etc. deben tener una responsabilidad especial pues, la sanción que se le podría imponer le va compeler a realizar sus estudios de manera prolija, exacta, confiable y funcional, permitiéndole esto a la administración ejecutar sus objetivos estatales e institucionales de manera correcta y eficaz evitando retrasos, cometimiento de errores y eliminando procesos que contengan falencias que lo único que acarrearían es perjuicio y detrimento del bien común que como hemos referido reiteradamente e insistentemente en este trabajo es lo esencial de todos los procesos de contratación. Así por ejemplo, si los estudios que han generado planos para la construcción de una obra han resultado deficientes generándole a fin de implementarlos un valor adicional a la Entidad Contratante, (variación superior al treinta y cinco por ciento (35%) del valor del contrato de obra) y que hubiese sido innecesario si el estudio hubiese sido llevado a cabo de manera más prolija y responsable, la Ley castiga e impone a este consultor la pena señalada. Concatenado a lo referido la Ley mencionada ha reducido el porcentaje de la suma total de las cuantías de los contratos complementarios del 35% al 8% del valor del contrato principal, esto justamente para que los estudios como hemos referido sean lo más completos y exactos posible.

Para el caso y a fin de que proceda la suspensión la Entidad Contratante deberá remitir al SERCOP la siguiente información:

1. Número del Registro Único de Contribuyentes;
2. Copia certificada del contrato de consultoría con el que se elaboraron los estudios; y,
3. Copia certificada de la sentencia ejecutoriada o laudo arbitral que declare la responsabilidad del consultor.

En concordancia con la norma referida el artículo 62 numeral 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece: “Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: 4. Quienes consten suspendidos en el RUP...”⁶⁷

⁶⁷ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 62, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

Cabe recordar en este punto como dato histórico, que con el manejo de los datos almacenados relacionados con el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos estuvo bajo la tutela de la Contraloría General del Estado durante 32 años en cumplimiento del artículo 54 de la derogada ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, además el artículo 12 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en 2003 se expidió para el efecto de la organización, el reglamento para el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, de contratos, de garantías de contratos y régimen de excepción.

Ahora finalmente en agosto del 2008 el Registro de incumplimientos fue entregado por parte de la Contraloría General del Estado y lo lleva adelante el Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de órgano técnico rector de la contratación pública del Ecuador, así la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece:

“Registro de Incumplimientos.- Las entidades remitirán obligatoriamente al Servicio Nacional de Contratación Pública la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años, respectivamente. En consecuencia, la actualización del registro será responsabilidad del Servicio Nacional de Contratación Pública”⁶⁸.

2.2.3.2 Trámite-Resolución

Para efectos del procedimiento de registro de contratista incumplido debe cumplirse con los requisitos establecidos en la Sección IV del Capítulo IV del Título I de la Resolución Externa No. R.E.-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 así como de sus reformas contenidas en la Resolución No. R.E.-SERCOP-2017-0000077, las mismas que establecen que la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado dentro del término máximo de (72) horas contadas a partir de la fecha de notificación al proveedor de la resolución de terminación unilateral

⁶⁸ Ibid. Art.98

mediante la cual se lo declaró como contratista incumplido remitirá al Servicio Nacional de Contratación Pública la información que contenga lo siguiente:

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

a. Nombres completos de la persona natural; o razón social de la persona jurídica o denominación de la asociación o consorcio, que la entidad declaró contratista incumplido;

b. Número de Registro Único de Contribuyentes;

c. Nombres completos y número de cédula del representante legal de la persona jurídica proveedora o del procurador común en caso de compromiso de asociación o consorcio; o, asociación o consorcio constituido; así como de sus partícipes;

d. Código del procedimiento precontractual publicado en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública por el cual se le ha declarado contratista incumplido;

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

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

3. Constancia de la notificación de la resolución de declaratoria de contratista incumplido.

La entidad contratante comunicará por escrito al proveedor la resolución de declaratoria de contratista incumplido y publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante adicionalmente enviará copia del respectivo contrato.

4. Otra información que la entidad contratante considere pertinente.

Es de trascendental importancia recordar y señalar que las entidades contratantes previo a realizar el trámite de terminación anticipada y unilateral deberán considerar previamente la conveniencia institucional de tal decisión, así tenemos que,

Los incumplimientos del contratista no abocan necesariamente a la resolución, sino que facultan a la Administración para optar entre la resolución o la continuidad de la ejecución del contrato (con imposición de penalidades en caso de demora en la ejecución o incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato)⁶⁹.

Como ejemplo de lo referido, tenemos que si en un contrato de obra, las multas llegan a superar el 5% del monto total del contrato (el valor de la garantía de fiel cumplimiento) se podría terminar el contrato de forma anticipada y unilateral pues se ha configurado una causal señalada en el numeral 3 del art. 94 de la LOSNCP que ya fue analizada; pero si se logra evidenciar que la obra se encuentra avanzada en un 95% de su totalidad, sería más conveniente continuar con la ejecución de la misma manteniendo al mismo contratista, pues de lo contrario se debería realizar un nuevo procedimiento que tomaría tiempo y recursos, siendo así, es más conveniente seguir cobrando las multas hasta que la obra concluya, obviamente dentro de tiempos aceptables, pues tampoco se puede dejar pasar el tiempo y tener inconcluso la culminación del contrato únicamente por la consideración referida.

Cabe recalcar que el Servicio Nacional de Contratación Pública no califica la legalidad o ilegalidad del pedido de inscripción del contratista incumplido, sino que únicamente lo registra en su base de datos y lo inhabilita, siendo responsabilidad total de la administración que emitió el acto administrativo de terminación unilateral.

Sin embargo, es importante señalar que el SERCOP a fin de incluir a un contratista incumplido en el Registro de Incumplimientos debe tener toda la documentación referida anteriormente de manera completa, de ser así en el término de 72 horas realizará la actualización del registro inhabilitando al proveedor, caso contrario de no contar con la información completa solicitará a la Entidad Contratante para que en el término de 72 horas aclare o complete la información, sin perjuicio de aquello, si en la solicitud se encuentra adjunta la Resolución de terminación unilateral y anticipada de manera motivada y con la identificación completa del proveedor incumplido con la respectiva notificación el SERCOP en 72 horas lo inhabilitará del Sistema, quedando como obligación de la contratante completar o aclarar la información, algo similar se aplica para el caso en que la información o la solicitud sea improcedente y no permita realizar la inclusión en el Registro el SERCOP se abstendrá

⁶⁹ Garrido Falla F, Palomar Olmeda A, Losada González H, Tratado de Derecho Administrativo Volumen II, Ed Tecnos, Madrid, 2012:143.

de hacerlo y solicitará a la Contratante para que en el término de 72 horas complete o aclare la información y en el caso de no hacerlo se dará aviso de dicho incumplimiento a la Contraloría General del Estado para el control respectivo.

Es importante y consideramos muy acertada la decisión del SERCOP mediante las Resoluciones No. 72 y 77 de que en el caso de que la declaración de terminación anticipada y unilateral se la haya realizado a un consorcio o asociación, se inhabilitará del sistema no solo a la persona jurídica sino al procurador común y a todos sus asociados o partícipes y sus representantes legales de ser el caso, pues ellos tienen la responsabilidad solidaria de las actuaciones de sus representantes o empresas y con esa inhabilitación dichas personas no podrían participar o ser invitados a concursar y celebrar contratos con el Estado, ampliando así la cobertura que la administración busca a fin de precautelar sus intereses directos.

En este punto, siendo el tema central de esta tesis es necesario realizar un análisis de si es o no proporcional la suspensión temporal de 5 años del Registro Único de Proveedores, dependiendo de cada procedimiento contractual, pues a nuestro parecer no deberían causar el mismo efecto, sobre esta parte nuestra Constitución de la República establece:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza⁷⁰.

La legislación chilena por ejemplo establece dos tipos de sanción, la suspensión del Registro de proveedores artículo 95 y la eliminación del Registro de proveedores artículo 96, estableciendo como un máximo para la primera el plazo de 2 años y si se da el caso de que el contratista reitere su incumplimiento eliminarlo definitivamente del registro.

Causales de suspensión:

⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Capítulo VIII, Derechos de Protección, art. 76, Quito.

La Dirección podrá suspender por un período máximo de dos años a los Proveedores inscritos en el Registro, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

(...) 2. Si el Proveedor es condenado por incumplimiento contractual respecto de un Contrato de Suministro y Servicio, derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y siempre que la Entidad afectada solicite a la Dirección su suspensión.

Causales de eliminación:

La Dirección podrá eliminar en forma permanente a los Proveedores inscritos en el Registro, en las siguientes circunstancias:

(...) 2. Si el Proveedor es condenado reiteradamente por incumplimiento contractual respecto de un Contrato de Suministro y Servicio, derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y siempre que la Entidad afectada solicite a la Dirección su eliminación.⁷¹

Conforme se señala anteriormente y como conclusión se estableció que para la terminación unilateral por incumplimiento debería establecerse claramente la gravedad del mismo, ahora bien ¿a qué se debe el aumento de penalidad de cuatro a cinco años realizado por el legislador ecuatoriano? es nuestro pensar que dicho aumento se estableció a fin de endurecer la pena y compeler al contratista estatal a fin de que cumpla correcta y completamente sus obligaciones contractuales, empero a ello así como la LOSNCP establece cuantías para poder realizar los procesos los cuales varían en cuanto a requisitos, parámetros y tiempos dentro de sus cronogramas del portal de compras públicas del SERCOP; justamente por ser distintos y en base a la importancia que reviste cada uno de ellos se debería establecer una pena de suspensión en el RUP por incumplimiento, que sea proporcional en base a esos parámetros, es así que nuestra propuesta se basa en el impacto social que generaría el incumplir un contrato, pues por ejemplo una licitación de una obra de infraestructura por su naturaleza y monto, su ejecución en el tiempo y la complejidad requiere de mayores tiempos de cronograma en el portal, cumplimiento más estricto de parámetros, pues generalmente se trata de obras que revisten gran magnitud e importancia en razón del

⁷¹ Chile, Reglamento de la Ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, 2004, Art. 95 - 96

impacto social, esto sin querer decir que el resto de procesos no son importantes, pero que para el efecto de este análisis es necesario traerlo a colación, así siguiendo el ejemplo nos referiremos a una construcción de un hospital completo y debidamente equipado para todo tipo de atención que pretenda albergar a una ciudad entera o de un puente que permita la conexión de dos ciudades para así marcar el desarrollo de una región determinada, o de un centro educativo cuyo cumplimiento, de por sí reviste de una mayor importancia para el interés público pues se trata de una ciudad entera que espera ese servicio y ejercer su derecho constitucional a la salud o educación o desarrollo, el incumplimiento eventual del contratista en este contrato sería evidentemente mucho más impactante que el incumplimiento de un contrato realizado por menor cuantía o cotización cuyo objeto por ejemplo sea una construcción de menores proporciones, un centro de salud ambulatorio que vaya a funcionar en determinada parte de la ciudad y que cuyos usuarios en el caso del ejemplo sea una parte determinada de la misma, además que los servicios no serían los mismos, o de la construcción de un paso a desnivel en comparación al del puente, si nos referimos a bienes por ejemplo no es lo mismo un incumplimiento en la adquisición de varias computadoras para el funcionamiento de una institución que la adquisición de aparatos médicos de cirugía o tratamiento contra alguna enfermedad grave, entonces en base a nuestro análisis en caso de incumplimientos se debería sancionar al contratista de manera proporcional conforme al proceso realizado que reviste un impacto social, es así que proponemos realizarlo de la siguiente manera de conformidad con los coeficientes establecido de conformidad con el presupuesto inicial del Estado que es de \$ 29.835' 098.320,79 para el año 2017

Cuadro 1.
Ponderación de Sanciones

CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTO	MONTOS	SANCIÓN
Bienes y servicios No Normalizados o *Subasta Inversa Electrónica	Menor Cuantía	Menor a \$ 59.670,20	2 años
	Cotización	Entre \$ 59.670,20 y \$ 447.526,47	3 años
	Licitación	Mayor a \$ 447.526,47	5 años
Obras	Menor cuantía	Menor a \$ 208.845,69	2 años
	Cotización	Entre \$ 208.845,69 y \$ 895.052,95	3 años
	Licitación	Mayor a \$ 895.052,95	5 años

	Contratación Integral por Precio Fijo	Mayor a \$ 29'835.098,32	5 años
Consultoría o Régimen Especial**	Contratación Directa	Menor o igual a \$ 59.670,20	2 años
	Lista Corta	Mayor a \$ 59.670,20 y menor a \$447.526,47	3 años
	Concurso Público	Mayor o igual a \$447.526,47	5 años

Fuente: Autor

En Subasta Inversa Electrónica se aplicarían los mismos montos de contratación que la de los bienes y servicios no normalizados para ponderar las sanciones en cada caso.

En Régimen Especial se aplicarían los mismos montos de contratación que la consultoría para ponderar las sanciones en cada caso.

Finalmente se debe tener en consideración que en los contratos más grandes los riesgos del contratista por el tiempo y condiciones que implica cumplirlos es mucho mayor al de los contratistas que celebran contratos de menores cuantías realizados por procesos menos rigurosos uno del otro, es por estas consideraciones que se propone aplicar las sanciones de conformidad con los procesos y su naturaleza propia.

2.3 Impugnación al Registro de Contratistas Incumplidos

2.3.1 Trámite Administrativo

Conforme se ha analizado las sanciones que impone la administración por incumplimiento de los contratos son muy rigurosas, cabe recalcar que tales decisiones pueden derivar de la voluntad subjetiva de los representantes máximos de las entidades contratantes; así tenemos los casos en que para proceder a la terminación unilateral haya intervenido el criterio o “parecer” de dicha autoridad y por otro lado tenemos la voluntad objetiva que es la decisión basada en sólidos argumentos fácticos y legales conforme lo hemos desarrollado a lo largo de este estudio; no obstante a ello la misma normativa respetando el régimen democrático que gobierna el Ecuador, establece la facultad a favor del contratista de impugnar todo acto administrativo o acto de autoridad, cuando considere que sus derechos por tales decisiones han sido afectados o vulnerados, haciendo uso de su derecho constitucional al “*debido proceso*”. Por impugnación se entiende:

IMPUGNACIÓN: Reclamo contra todo escrito o manifestación verbal en audiencia, dirigida específicamente a refutarlos. // Interposición de un recurso contra una resolución judicial de mero trámite o contra una sentencia definitiva”⁷²

Al respecto nuestra Carta Magna establece: “*Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa*

⁷² Goldstein Mabel, Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Uruguay:315

como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”⁷³. Nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva complementa los derechos que le asisten al contratista así tenemos:

“IMPUGNACIÓN.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa”⁷⁴.

Conforme lo señalado, es menester señalar que no es necesario agotar la vía administrativa y que el contratista con total libertad puede optar directamente por la vía judicial; además las partes contratantes pueden someter las controversias a medios alternativos de solución de conflictos, así lo consagra nuestra Constitución: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”⁷⁵.

El contratista de no solucionar las controversias usando los métodos alternativos, 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.

⁷³ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Cap. IV, Función Judicial y Justicia Indígena, art.173, Quito.

⁷⁴ Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 69

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Cap. IV, Función Judicial y Justicia Indígena, art.190, Quito.

“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”⁷⁶.

Sobre este punto de análisis es muy necesario detenernos a revisar la normativa que rige la contratación pública, pues en nuestra legislación la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General establecen las figuras de reclamos, recurso de apelación y recurso de reposición a las decisiones de la administración pública; pero antes de iniciar el análisis es necesario establecer la diferencia entre reclamo y recurso, para esto Patricio Secaira manifiesta:

Se ha sostenido que los recursos son en realidad reclamaciones administrativas. Sin embargo es de precisar que la reclamación es la oposición que las personas presentan frente a hechos o cosas que las estima contrarias a sus derechos; entendiéndose dentro de ellas a las peticiones orientadas a lograr que la administración reconozca a favor del solicitante aquellas permisiones legales que convienen a su interés. De modo que, la reclamación no es en realidad un recurso pues éste opera contra las manifestaciones de voluntad administrativa a expresadas por el ente público.⁷⁷

Una vez clara la distinción sobre ambas figuras comenzamos el análisis de cada una de ellas:

Reclamo Administrativo

Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del

⁷⁶ Secaira Durango Patricio, Breve Curso de Derecho Administrativo:232

⁷⁷ Ibid:233

proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes⁷⁸.

2. Recurso de apelación

Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su

⁷⁸ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 102, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.⁷⁹

Sobre este punto fue necesario citar todo el articulado contenido en la LOSNCP sobre este tema en particular, a fin de poder analizarlo y conforme se puede apreciar a lo largo del mismo, la reclamación y recurso de apelación trata únicamente sobre el proceso precontractual y nada dice sobre los actos administrativos de terminación unilateral objeto de análisis.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por su parte establece:

Derecho a reclamar.- Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo (...)⁸⁰

Recurso de reposición

Las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.⁸¹

⁷⁹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 103 Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

⁸⁰ Ecuador, Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial, suplemento, 588, 12 de mayo del 2009, art. 150

⁸¹ Ibid, art. 151

Al igual que en la Ley, el RGLOSNCNP establece los medios de impugnación a los actos relacionados únicamente con el trámite precontractual, refiriéndose incluso a derechos subjetivos del oferente y no contratista que sería el caso del acto administrativo de terminación unilateral.

Por lo que del análisis realizado se concluye que para el efecto de esta tesis la Ley Orgánica de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación no prevé medios de recurrir los actos administrativos de terminación unilateral, ni tampoco a multas, ni a todas las cláusulas exorbitantes y prerrogativas que envuelven al contrato administrativo, lo cual traería problemas e iría en desmedro de los derechos de algunos de contratistas pues al no establecerse en la misma LOSNCP un medio efectivo de recurrir los actos administrativos de terminación unilateral, así tenemos por ejemplo el caso de las Universidades que gozan autonomía dada por la Constitución y la Ley Orgánica de Educación Superior, en el caso de que terminen contratos de manera unilateral y anticipada, es por ello que mediante Decreto No. 618 de 8 de abril del 2015 publicado en el Registro Oficial No. 475, se incorporó al Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva la disposición general Tercera que establece:

“Las entidades y organismos autónomos del sector público que no cuenten en sus leyes y reglamentos generales con disposiciones que establezcan y regulen el procedimiento administrativo, podrán aplicar de manera supletoria las disposiciones previstas en el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”.

Lo referido podría causar confusión al momento en el que se pretenda impugnar un acto administrativo, así por ejemplo tenemos el ejemplo de EP Petroecuador y sobre este caso el Procurador General del Estado en una absolución de consulta por parte de EP Petroecuador que consulto si es o no aplicable el ERJAFE para dicha empresa pública a lo que el Procurador respondió que no le son aplicables las normas del ERJAFE a dicha empresa pública.⁸²

Sin embargo los contratistas que celebren contratos con entidades de la Función Ejecutiva pueden aplicar el ERJAFE, y como se había señalado de manera supletoria

⁸² Ecuador, Oficio No. 0046 22 de diciembre de 2010, Procuraduría General Del Estado http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra

a las entidades que no forman parte de la Función Ejecutiva de manera supletoria, el cual que establece tres recursos, reposición, apelación y extraordinario de revisión.

1.- Recurso de Reposición

Es el que se formula ante la misma autoridad que emitió la resolución del reclamo administrativo analizado, a fin de lograr su revocatoria, reforma o sustitución.

El administrado debe por consiguiente demostrar su interés directo en el acto o afección que éste le causa, en este caso la suspensión en el Registro Único de Proveedores para contratar con entidades del Estado efecto de la terminación unilateral y anticipada del contrato.

La autoridad entonces puede revocarlo aplicando el principio que en derecho las cosas pueden deshacerse del mismo modo en que se las hace.

El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva establece:

“1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado”.⁸³

Plazos.

1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de quince días, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso - administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

⁸³ Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 174

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses.

3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

Contra la resolución de un recurso de reposición podrá interponerse el recurso de apelación, o la acción contencioso - administrativa, a elección del recurrente⁸⁴.

Conforme lo señalado el recurso de reposición es el primer modo de impugnar las resoluciones de terminación unilateral, empero a ello no es necesario aplicarlo hasta agotarlo y en primera instancia pues se puede acudir al recurso de apelación que analizaremos a continuación.

Recurso de apelación

Conforme lo señalado anteriormente, este recurso puede interponerse ante la máxima autoridad de la entidad contratante, de manera directa sin que medie la reposición, o a su vez puede presentarse contra el acto administrativo que negó la reposición.

1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado⁸⁵.

Plazos.

1. El plazo para la interposición del recurso de apelación será de 15 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

⁸⁴ Ibid, art.175

⁸⁵ Ibid, art.176

Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de dos meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso.

3. Contra la resolución de un recurso de apelación no habrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos aquí establecidos⁸⁶.

Y como última instancia que tiene el Contratista para presentar el reclamo tenemos el Recurso Extraordinario de Revisión, una vez presentado este recurso se agota o pone fin a la vía administrativa.

3.- Recurso Extraordinario de Revisión

Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;

Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;

Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,

⁸⁶ Ibid, art.177

Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido”.⁸⁷

Es muy importante tener en cuenta que para que los recursos referidos tengan plena validez y surtan efectos deben cumplir con requisitos formales de presentación y además deben ser claros así tenemos que la interposición del recurso deberá expresar:

- a. El 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 lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
- d. Órgano de la Administración Pública Central o unidad administrativa al que se dirige;
- e. La pretensión concreta que se formula;
- f. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
- g. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadera intención y carácter.

⁸⁷ Ibid, art.178

3. Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado.

Además del requisito formal el reclamo debe ser claro, esto es vital para el contratista ya que si no cumplierse con este requerimiento la entidad contratante ordenará que se aclare o complemente en el término de 5 días y de no hacerlo se tendrá por no presentado el reclamo.

Una vez cumplido los requisitos y presentado el procedimiento se impulsará de oficio y garantizando celeridad la autoridad dispondrá en un solo acto todos los trámites que por su naturaleza no requerirán de un cumplimiento sucesivo, de ser necesario se requerirán informes sin que esto signifique que el proceso se pueda paralizar por falta de aquellos, ni que aquellos sean vinculantes.

Es menester señalar la importancia incorporada en la norma materia del estudio referente al silencio administrativo positivo ya que si la autoridad una vez transcurrido el término para resolver no se ha pronunciado, debe considerarse como favorable al peticionario, esto en honor a dar cumplimiento a los principios de celeridad, eficiencia y una debida respuesta de parte de la administración pública.

2.3.2 La Vía Judicial

La impugnación en sede jurisdiccional es un derecho que le asiste al contratista para hacer respetar sus derechos que han sido vulnerados, el estado por mandato legal tiene que actuar conforme a Ley; en temas relacionados a contratación pública que es materia del presente estudio, el recurso se lo presenta ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es importante señalar que para impugnar por esta vía no es necesario haber agotado la vía administrativa, así lo determina nuestra Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada:

... 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.⁸⁸

⁸⁸ Ecuador. Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial, 693,1995, art. 38

Efraín Pérez manifiesta:

Lo fundamental de la jurisdicción contencioso administrativa es el conocimiento de las impugnaciones de todos los actos administrativos y normativos administrativos, hechos y contratos de todas las instituciones públicas, con las excepciones de otras jurisdicciones, principalmente la constitucional, la tributaria y la electoral⁸⁹.

A su vez el Art. 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública dispone que, 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, adicionalmente si las partes no hubieren acordado o pactado mediante cláusula compromisoria, ventilar mediante solución arbitral, las mismas se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado.

“El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”.⁹⁰

La Ley referida en su artículo 3 dispone: El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

⁸⁹ Efraín Pérez, Derecho Administrativo Tomo II, Ed. Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2014:462

⁹⁰ Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial, 338, de 18 de marzo de 1968, Art. 1

Cada una de estas clases tiene su objeto, características, alcance y finalidades propias, es por eso que son admisibles en determinadas circunstancias y solamente por acción de determinadas personas.

Para el caso que nos ocupa el presente análisis tratándose del acto administrativo de declaración unilateral y anticipada, el recurso a presentarse es el subjetivo o de plena jurisdicción pues se lo impone cuando el referido acto administrativo afecta derechos subjetivos o intereses legítimos particulares, en este caso la inhabilitación por 5 años del Registro Único de Proveedores del SERCOP.

Término

“El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna”.⁹¹

Este término señalado se lo contará desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de terminación unilateral, la misma que será practicada conforme hemos analizado en debida forma y cumpliendo los requisitos legales establecidos para el efecto.

Para presentar este recurso es requisito obligatorio que quien lo haga establezca y a su vez demuestre su legítimo interés en la causa y explique de manera concreta y clara además el perjuicio que supuestamente se le ha causado, que al decir del Doctor Patricio Secaira en su libro Curso breve de derecho Administrativo es: “Interés directo que no es otra cosa que el vínculo subjetivo público del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa”⁹².

La falta de justificación provoca la inadmisión del recurso.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece:

Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

⁹¹ Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial, 338, de 18 de marzo de 1968, Art. 65

⁹² Secaira Durango, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo:249

a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos (...) ⁹³

Dromi refiere:

Quien posee un interés legítimo puede reclamar su reconocimiento ante la Administración por vía de recursos administrativos ⁹⁴.

Con estas consideraciones importantes el contratista incumplido deberá presentar la respectiva demanda ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio la misma que debe ser clara y contener:

a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal.

b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.

c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.

d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.

e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.

f) La pretensión del demandante.

g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.

En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal. ⁹⁵

A la demanda el contratista debe acompañar la documentación de su personería que acredite su comparecencia así como la copia de la resolución de terminación que le fue notificada.

Es importante señalar que la misma debe ser presentada de manera clara ya que de ser oscura, irregular o incompleta se lo mandará a aclarar, corregir, concretar o completar en el término de 5 días, empero puede solicitar una ampliación de hasta por

⁹³ Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial, 338, de 18 de marzo de 1968, Art. 23

⁹⁴ Dromi, Tratado de Derecho Administrativo versión digital https://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_-_ROBERTO_DROMI.pdf Pág. 427

⁹⁵ Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial, 338, de 18 de marzo de 1968, Art. 30

8 días y en el caso de no hacerlo en ese término se rechazará la demanda, ahí radica la importancia de presentar en debida forma y correctamente la demanda en apego a los requisitos establecidos en la Ley.

El contratista en su demanda debe enunciar anticipadamente las pruebas que se propone rendir, la competencia recae en los jueces del domicilio del contratista.

En todos los juicios que se presenten contra el Estado se debe citar al Procurador General del Estado.

La administración pública tiene el término de veinte días para contestar la demanda.⁹⁶

Por otra parte es una obligación de la Administración Pública, la presentación del expediente administrativo, pues de no hacerlo el juez se atiene a la documentación presentada por el demandante.

Finalmente luego del término de pruebas el Tribunal dictará sentencia en el término de doce días.

El Tribunal no puede revocar ni alterar en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días.

La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre costas.

Para la aclaración o la ampliación se oirá, previamente, a la otra parte.

En conclusión, la formulación de todo reclamo ya sea en la vía administrativa o jurisdiccional es facultativo en todos los casos para el contratista que se le haya declarado incumplido, sin necesidad de que la Ley así lo determine, constituyéndose en una verdadera prerrogativa que a discreción exclusiva del administrado puede o no ejercerla, sería extraordinariamente raro que un contratista no ejerza su derecho a la defensa y no utilice unos de los mecanismos que la Ley le faculta para hacer prevalecer sus derechos que le hayan sido vulnerados, recursos que desde la concepción constitucional garantista de derechos que rige nuestro país, se convierten en verdaderas armas para evitar la arbitrariedad y abuso que las entidades contratantes puedan incurrir.

⁹⁶ Ecuador, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial, 312, 13 de Abril del 2004, Art. 9

Finalmente es importante señalar que la resolución de terminación unilateral no es susceptible de acciones constitucionales, así lo señala el art. 95 de la LOSNCP que en su parte pertinente señala: “Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley”.

Conclusiones

Conclusión General

Una vez realizado el estudio referente al tema de esta Tesis, basados en el análisis doctrinario, legislación comparada y evolución de nuestra legislación, se concluye que la Administración Pública en uso de sus facultades exorbitantes y en pro del bien común es decir del interés público, posee atribuciones propias para salvaguardar los recursos públicos, es así que si bien es cierto el Contratista al suscribir su contrato obtiene derechos que le asisten, se encuentra en una cierta “igualdad jurídica” pues se convierte en una “parte” contractual, pero esta igualdad en la ejecución no cabe, pues la Administración hará efectivas sus prerrogativas para hacer prevalecer el interés común, sobre el interés particular, situación que es aceptada por el contratista al momento de suscribir un contrato administrativo que por su naturaleza contiene cláusulas exorbitantes y lo convierten en un contrato de adhesión en el cual el contratista se ve impedido de discutir las cláusulas, las mismas que son impuestas por la administración y entre las cuales para el objeto de este estudio sobresale la declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato.

Conclusiones específicas

1 La facultad exorbitante de la administración pública de terminar el contrato de manera anticipada y unilateral cuya pena en nuestra legislación es la declaración de contratista incumplido y la posterior inscripción en el Servicio Nacional de Contratación Pública para inhabilitarlo por 5 años del Registro Único de Proveedores, ha sido analizada a fin de concluir que los procedimientos de contratación pública establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al momento de concluirlos de manera unilateral y anticipada son tratados sin distinción ni especificidad alguna dándoles una penalidad igual.

2 Conforme se analizó a lo largo de este estudio y en la propuesta realizada, podemos concluir además que los efectos que trae la declaración de contratista incumplido con la inhabilitación desproporcionada de 5 años no es real ni justa, pues se debería realizar una ponderación que permita castigar al contratista incumplido de conformidad con su falta y el tipo de proceso en la cual la cometió,

atendiendo a su naturaleza y características propias que lo distinguen de los demás, teniendo como base además la magnitud, el impacto social causado, la complejidad del proceso y la gravedad del incumplimiento.

3 Es la propia ley que rige la contratación pública en nuestro país que, en sus últimas reformas ha diferenciado aún más los procesos de contratación pública brindándoles un tratamiento específico tal y como podemos observar en el tiempo que se ha establecido para efectuar preguntas, respuestas y aclaraciones, entrega de ofertas, y entrega de bienes, sobre la base de los coeficientes que responden a montos determinados y acorde a la naturaleza y complejidad del proceso, lo cual apunta a que la legislación debería encaminarse de igual manera a establecer conforme lo propuesto en esta tesis, a una ponderación efectiva de los efectos en el tiempo de inhabilitación para contratar con el Estado y lo que todo ello conlleva.

4 Es importante recordar que la Administración pública a fin de llevar a cabo la consecución de sus fines, dentro de la evolución histórica ha visto la necesidad de apoyarse en personas privadas, resultando ser que los contratistas se han convertido en aliados, colaboradores o socios estratégicos, a quienes de alguna manera si bien es cierto es necesario compeler, también se los debe impulsar, tratar de manera justa, analizar de manera particular de conformidad con los procesos y establecerles penas merecidas y reales que permitan que una vez que han sido sancionados y cumplan con el tiempo establecido, regresen a su estado de alianza con el Estado, teniendo en cuenta finalmente que cada proveedor así mismo fue adjudicado por sus características, capacidades, experiencias y ofertas de manera exclusiva y diferenciada.

5 Empero y para garantizar los derechos de los contratistas, es la propia Administración y la Ley la que le asiste al proveedor a fin de que interponga recursos y reclamar sus derechos de considerarlos que se encuentran vulnerados; en el tema particular de análisis, hemos estudiado y revisado los diferentes mecanismos que tiene el particular para resguardar sus derechos ante los estamentos correspondientes hasta llegar a la vía judicial; esto como un mecanismo que pretende evitar el abuso o ilegalidad que pudiere ocurrir dentro de la toma de decisiones ya sea de manera objetiva o subjetiva.

6 Conforme el análisis realizado pudimos observar que no en todos los casos ni todos los contratistas podrán utilizar esta vía administrativa para reclamar sus derechos pues la LOSNCP y su Reglamento General se refieren exclusivamente al

proceso de contratación pública hasta su adjudicación, sin mencionar recurso alguno que pudiera interponerse por otras formas de actuación contractual, entre ellas en contra el acto administrativo de terminación unilateral y anticipada del contrato, caso en el cual se deberá aplicar el ERJAFE para las instituciones que pertenecen a la función Ejecutiva y para las que no de manera supletoria, es decir una norma ajena y que no es exclusiva para nuestro sistema de contratación pública que, por razones de su naturaleza, especialidad y características intrínsecas debería contener una normativa propia y clara de aplicación, considerando que como se anotó sobre este tema, el ERJAFE vino a ser norma supletoria desde el 2015, muy probablemente porque se vislumbró este vacío que tenía la legislación cuya consecuencia era el riesgo de dejarle al contratista frente a una potencial indefensión.

Recomendaciones

1 Siguiendo la línea de las conclusiones se recomienda reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública así como sus normas secundarias de aplicación en lo pertinente, a fin de establecer un procedimiento especial y efectivo que lleve a establecer una sanción proporcional, justa y real que dependa directamente del tipo y monto del proceso que por sus características y naturaleza son distintos y que cuyo incumplimiento grave o no genere un impacto social, así mismo distinto para cada caso, lo cual decantaría en una sanción de 2, 3 y 5 años, conforme lo detallado y propuesto en el capítulo segundo de análisis de este trabajo, de esta manera no se aplicaría la misma sanción a todos los incumplimientos de todos los procesos indistintamente, basado todo esto en el principio constitucional de proporcionalidad de la pena y la sanción administrativa.

2 Para la referida reforma propuesta se debería recoger como un mecanismo, experiencias con legislaciones afines tales como la chilena que es la que influyó directamente en la implementación de nuestro Sistema Nacional de Contratación Pública y sus innovaciones que hoy existen, pues dicha legislación como se analizó realiza una ponderación de penas basada en la gravedad de la falta, así se tendría una mayor claridad y espectro de aplicación que culminaría en una efectiva e inteligente aplicación de las normas obteniendo de esta manera los resultados esperados, todo eso a fin de mejorar las relaciones estado-contratista y por ende la prestación de servicios que es la razón última de la administración.

3 Una de las potenciales causales de terminación unilateral de los contratos es el poco o ningún conocimiento de la norma y procedimientos que se llevan a cabo dentro de cada proceso en su ejecución tanto del contratante como contratista ya que en varias instituciones no se presta la atención debida o no se tiene la capacitación necesaria y se ha generado una mala costumbre de designar como administradores de contratos a servidores que tengan poco o ningún conocimiento de cómo llevar adelante la ejecución contractual, lo cual puede generar que no se lleven adelante acciones y realicen las

correcciones pertinentes y oportunas y pueda aquello ocasionar una mala o deficiente ejecución, lo cual podría llegar eventualmente a la terminación unilateral con los efectos analizados, sin con esto decir que el contratista no tuvo culpa alguna, es por ello que se debería generar una certificación por parte del SERCOP para aquellas personas que manejen este tipo de procesos y así garantizar su idoneidad y competencia.

4 Con el fin de brindar mayor seguridad jurídica al administrado, es necesario reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de manera que se incluya un capítulo exclusivo referente a recursos propios de impugnación de los actos administrativos de terminación unilateral del contrato, así como otros actos que pudieran darse como por ejemplo las multas, y que no se circunscriba exclusivamente a los actos administrativos hasta la adjudicación, de esta manera el ámbito de impugnación se extendería a todas las entidades contratantes del estado que se sometan a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sin distinción y sin necesidad de recurrir en los casos que aplique a normas distintas como por ejemplo el ERJAFE, de esta manera garantizar a los administrados el debido proceso y el ejercicio pleno de sus derechos que se vean vulnerados de así ser comprobado.

Bibliografía

Cassagne Juan., El contrato Administrativo, Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005

Cassagne Juan Carlos. “El contrato administrativo: El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos”. Segunda Edición. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005

Constitución de la República del Ecuador, Capítulo IV, Soberanía Económica, art.288, Quito. 2008

Chile, Reglamento de la Ley 2004N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, , Art. 68

Bercaitz, Miguel Ángel, , Teoría General de los Contratos Administrativos, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1980

Dromi Roberto, ,Derecho civil patrimonial, 4ta ed.,Ed. Civitas, Madrid, 1993: 139 Manual de Derecho Administrativo Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 198

Escola, Héctor Jorge, Tratado integral de los Contratos Administrativos, Ed. Depalma, Buenos Aires,1977

Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires 2001

Ecuador, Acuerdo Ministerial Nro. MRL-2013-0127 de 29 de julio de publicado en el Suplemento 48 del Registro Oficial del 31 de julio del 2013.

Ecuador, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 75

Ecuador, Presidencia de la República, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial 536, Art. 75

Ecuador. Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial, 693,1995, art. 31

Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 60, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008

Ecuador, Ley de Eficiencia en la Contratación Pública, art. 11, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 966 de 20 de marzo de 2017

Ecuador, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado,. Registro Oficial, 312, 13 de Abril del, Art. 92004

Ecuador, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, , Registro Oficial, 338, de 18 de marzo de, Art. ,1968

Ecuador, Oficio No. 0046 22 de diciembre de, Procuraduría General Del Estado http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra2010

Ecuador, Of. PGE 2371 del 19 de junio de 1997. Respuesta al Of. 217-HCPC del 22 de mayo de 1997 de la Prefectura Provincial del Carchi

Ecuador, Of. PGE 0438 del 10 de septiembre de 1996. Respuesta al Of. AG-96-16062 del 2 de septiembre de 1996, de la municipalidad de Guayaquil

Ecuador, Oficio No. 16163 de 27 de agosto de 2010, Procuraduría General del Estado, http://aron.pge.gob.ec:7780/servicios/consultas.principal_palabra

Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46, art. 1551

Eguiguren Genaro, ,Celebración de Contratos Administrativos, Ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2001: 35

Farrando, Ismael, Contratos Administrativos, Ed.Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002:428

García de Enterría, E, Ramón Fernández, T, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Civitas, año 1998. Reimpresión 8va:31

Garrido Falla F, Palomar Olmeda A, Losada González H, Tratado de Derecho Administrativo Volumen II, Ed Tecnos, Madrid, 2012:143.

Gastón Jezé, Colección Grandes maestros del derecho administrativo, volumen 3, Servicios públicos y contratos administrativos, Ed. Jurídica Universitaria, México, 2007:682

Goldstein Mabel, Diccionario Jurídico, Consultor Magno, Uruguay: 315

Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Ed.1, Buenos Aires, FDA, 2014, Tomo 9 Cap. 16:333,www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo16.pdf

Herrera Barbosa Benjamín, Contratos Públicos: Modificación del acuerdo pactad, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Bogotá, 2004: 315

Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (versión digital disponible en <http://es.slideshare.net/joyestrella/marienhoff-m-tratado-de-derecho-administrativo-tomo-i>

Pérez, Efraín, Derecho Administrativo II, Ed. Digital,www.estade.org/documentos/derechopublico/Portada

Pérez, Efraín, Derecho Administrativo, Tomo II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2009: 879

Pérez, A, López, D José, Aguilar, L Manual de Contratación Pública, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2011: 95.

Poblete Vinaixa Julia, Actos y Contratos Administrativos, Ed. Lexis Nexis, Chile, 2008:82

Secaira, Patricio, Curso breve de Derecho Administrativo, Ed. Universitaria, Quito, Ecuador, 2004:176