



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

*Las Cláusulas Exorbitantes y la Terminación Unilateral de los
contratos de acuerdo con la Ley del Sistema Nacional de
Contratación Pública*

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador

Autora: Rosa Lucía Ortuño Samaniego

Director: Dr. Tarquino Orellana

Cuenca- Ecuador

2014

DEDICATORIA

A mis padres por el apoyo que me han dado para la culminación de mi carrera.

A mi hija Catalina, quien con su amor y paciencia, me impulsó para seguir adelante.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi director de tesis, Dr. Tarquino Orellana por toda su ayuda en la elaboración de esta investigación.

A los profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas por todas sus enseñanzas.

A la Universidad del Azuay por haberme dado la oportunidad de formarme en sus aulas.

Índice

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Índice	iv
Resumen	vii
Abstract	viii
Introducción	ix
CAPÍTULO 1	1
1.1 De los Contratos en general.....	1
1.2 Definición de Contrato	2
1.3 Elementos de los Contratos	3
1.3.1 Elementos esenciales	3
1.3.1.1 Capacidad	4
1.3.1.2 Consentimiento.....	4
1.3.1.3 Objeto	5
1.3.1.4 Causa	6
1.3.2 Elementos Naturales.....	7
1.3.3 Elementos Accidentales	8
1.3.3.1 El plazo.....	9
1.3.3.2 La condición.....	9
1.3.3.3 El modo	10
1.4 Características de los Contratos	11
1.5 Clases de Contratos	13
1.6. Terminación de los Contratos en general	16
1.6.1 Rescisión	17
1.6.2 Resolución.....	17
1.6.3 La terminación	18
1.6.4 La resciliación	18
1.6.5 La nulidad	18
1.6.6 La inexistencia	19
1.6.7 El desistimiento.....	19
1.6.8 La revocatoria	20
1.6.9 La renuncia.....	20
1.6.10 La muerte	20
CAPÍTULO II	22
2.1 De los Contratos Administrativos	22
2.2 Naturaleza del Contrato Administrativo.....	24
2.3 Arbitraje Nacional e Internacional	29
2.4 Requisitos de los Contratos Públicos	32
2.5 Características de los Contratos Públicos.....	34
2.5.1 Del objeto del contrato	34
2.5.2 De la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa.....	36
2.5.3 De la adhesión.....	37

2.5.4	De las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución	38
2.6	Cláusulas Exorbitantes de la Administración en la Contratación Pública.....	40
2.7	Principios.....	42
2.7.1	Principio de legalidad.....	42
2.7.2	Principio de imparcialidad	43
2.7.3	Principio de eficiencia y calidad	44
2.7.4	Principio de vigencia tecnológica	44
2.7.5	Principio de concurrencia y libre competencia	45
2.7.6	Principio de transparencia y publicidad	45
2.7.7	Principio de economía.....	47
2.7.8	Principio de buena fe.....	47
2.7.9	Principio de colaboración.....	48
2.7.10	Principio de participación nacional.....	48
CAPÍTULO III	50
3.1	La Administración Pública.....	50
3.2	Nacimiento del Sistema Nacional de Contratación Pública	51
3.3	El Estado	53
3.4	Potestad Estatal en los Contratos Públicos.....	56
3.5	Potestad Sancionadora de la Administración Pública	59
3.6	Instituto Nacional De Contratación Pública INCOP	63
3.7	Potestades Y Atribuciones Del Instituto Nacional De Contratación Pública.....	64
CAPÍTULO IV	83
4.1	Causales para la terminación de los Contratos	83
4.1.1	Por caducidad.....	83
4.1.2	Por revocación.....	84
4.1.3	Por anulación.....	85
4.1.4	Por renuncia	85
4.1.5	Por rescisión.....	86
4.1.6	Por rescate	86
4.2	Terminación Unilateral de los Contratos en materia de.....	87
4.2.1	Por incumplimiento del contratista	87
4.2.2	Por quiebra o insolvencia del contratista.....	88
4.2.3	Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.....	88
4.2.4	Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito	89
4.2.5	Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley	90
4.2.6	En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza	92
4.2.7	Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, y si el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.....	92
4.3	Procedimientos	93
4.3.1	Informes técnicos y económicos	93
4.3.2	Notificación.....	93
4.3.3	Contestación a la notificación	93
4.3.4	Evaluación de los argumentos del contratista	94

4.3.5	Resolución.....	94
4.3.6	Notificación de la resolución	94
4.3.7	Ejecución de la resolución	94
4.3.8	Culminación del objeto contractual	95
4.3.9	Expediente.....	95
4.3.10	Impugnaciones	95
4.4	Sanción Administrativa y su ejecución	98
4.5	Afectación a los principios y derechos Constitucionales	100
4.6	Consecuencias del daño causado al contratista	102
4.7	Derechos del contratista	104
4.8	Acciones Jurisdiccionales derivadas de los procesos de terminación unilateral de los Contratos	105
4.9	Análisis de un caso práctico de terminación unilateral de contrato	107
	Conclusiones	111
	Recomendaciones.....	114
	Bibliografía Consultada	115

Resumen

El objetivo del presente trabajo fue realizar un análisis de las cláusulas exorbitantes de los contratos públicos en el Ecuador, para lo cual se estableció las particularidades de los contratos administrativos, sus diferencias con los contratos civiles, las etapas y sus requisitos. Se revisó la normativa legal establecida por el SERCOP y su enlace con los principios jurídicos y constitucionales, así como las facultades y prerrogativas del Estado en la determinación de los términos y en la resolución de los contratos.

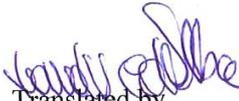
Además se realizó una revisión de los causales para la terminación unilateral de los contratos públicos y las responsabilidades, los procedimientos a seguirse, los requisitos técnicos y jurídicos, así como las acciones jurisdiccionales derivadas de este proceso. Se hizo también el análisis de un caso práctico de terminación unilateral del contrato, en el que se intentó el recurso administrativo, el de mediación y arbitraje y posteriormente el contencioso-administrativo.

ABSTRACT

The aim of this study was to analyze the exorbitant rules in public contracts in Ecuador, for which the particularities of administrative contracts, their differences with civil contracts, the stages and requirements were established. The legal rules established by the SERCOP (National Service of Public Procurement) and its link with the legal and constitutional principles as well as the powers and prerogatives of the State in regard to determining the terms and the termination of contracts were reviewed

In addition, a review of the grounds for unilateral termination of government contracts and responsibilities, the procedures to be followed, the technical and legal requirements, and the jurisdictional actions arising from this process were performed. An analysis of a practical case of unilateral termination of the contract was made, in which the administrative, mediation and arbitration appeal was intended, and afterwards the contentious-administrative appeal as well.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Introducción

En consideración al incremento de las actuaciones del Estado, las instituciones públicas requieren ejecutar obras, adquirir bienes y brindar determinados servicios que por su naturaleza no pueden ser ejecutados por sí mismas, para lo cual necesitan realizar contrataciones con particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, surgiendo de esta manera el Contrato Administrativo, cuyas peculiaridades se derivan del interés público y de la posición dominante de la Administración.

La contratación administrativa está regida predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único; está regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se caracteriza por el cumplimiento de ciertas formalidades específicas y predeterminadas y por la inclusión de cláusulas exorbitantes, es decir que cláusulas especiales que exorbitan el Derecho Privado, son insertadas en los contratos, provocando una desigualdad jurídica entre la Entidad contratante y el contratista.

La Constitución de la República consagra que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos, así como su derecho exclusivo para la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. A su vez, la Ley de Contratación Pública ecuatoriana establece que en la celebración de los contratos administrativos, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

La intención de este trabajo es dar a conocer los procedimientos y los mecanismos legales que se deben observar para la contratación pública, analizar los

causales para la terminación unilateral del contrato administrativo, examinar las responsabilidades de cada una de las partes y profundizar en la observación de los principios de legalidad, oportunidad, trato justo e igualdad, a fin de colaborar con la empresa privada que aspira a celebrar contratos con el Estado, mediante la difusión de esta información.

Capítulo 1

1.1 De los Contratos en general

Contrato es un término con origen en el vocablo latino *contractus* que se refiere al convenio o pacto, ya sea oral o escrito, entre partes que aceptan ciertas obligaciones y derechos sobre una materia determinada, con acuerdo de voluntades y que dan lugar a efectos jurídicos, que son las obligaciones exigibles establecidas en su contenido. En definitiva, el contrato constituye la fuente directa de derechos y obligaciones.

El acuerdo de voluntades, es decir el consentimiento de las partes, es el requisito primordial en todo contrato. Según Coello (2006), el consentimiento solo puede existir en base de dos momentos que son: la policitud u oferta y la aceptación. La oferta es el acto jurídico por el cual una de las partes propone a la otra la celebración de un contrato, mientras que la aceptación es el acto jurídico por el cual la persona a la que va dirigida la oferta manifiesta, expresa o tácitamente, su conformidad con aquella.

Con respecto al acuerdo de voluntades o consentimiento, el Art. 1461 del Código Civil Ecuatoriano dice que:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Debemos aclarar que obligación no es lo mismo que contrato, pues obligación es toda relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer

alguna cosa en favor de otra, mientras que el contrato solo contempla las relaciones que proceden del concurso de voluntades. Es decir, la obligación es el todo y el contrato es una de sus partes. (Morales, 1995).

Obligación se deriva del latín *obligare* que significa atar, amarrar, limitar, ligar. Es el vínculo jurídico por medio del cual una parte se obliga para con otra en dar, hacer o no hacer. El art. 1453 nos dice:

... las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Como manifiesta Alessandri Rodríguez: “Todo contrato crea obligaciones, pero no toda obligación nace de un contrato” (Alessandri, 1976). Media, entonces, una relación de causa a efecto entre el contrato y la obligación; el contrato es la causa y la obligación su consecuencia.

1.2 Definición de Contrato

El Art. 1454 de nuestro Código Civil define al contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. En esta definición contrato y convención son sinónimos, pero la doctrina hace la distinción entre convención que es un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que podrá consistir en crear o extinguir derechos, mientras que el contrato es una especie o tipo de convención que tiene por objeto crear derechos personales o créditos. (Morales, 1995).

Para Pothier (1978), contrato es una especie de convención, es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo; la especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato, he aquí la diferencia, ya que todo contrato es una convención pero no toda convención es un contrato.

Para Arturo Valencia Zea, contrato “es un negocio jurídico bilateral creador de obligaciones, y por lo tanto supone dos partes, de las cuales una toma la calidad de deudor y la otra de acreedor. Cada parte puede ser una persona o varias”. (Valencia, 1980).

Guillermo Cabanellas (2003) da una definición de contrato, el mismo que establece como “convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa”.

1.3 Elementos de los Contratos

Los elementos de los contratos varían de acuerdo con los tipos de contratos que existen, cada contrato se distingue por los elementos que son de su esencia, naturaleza y las puramente accidentales, de conformidad con el art. 1460 del Código Civil.

1.3.1 Elementos esenciales.

Son de la esencia del contrato aquellas sin las cuales no produce efecto alguno o da lugar a otro tipo de contrato diferente al que en inicio se ha celebrado, sin los cuales no puede subsistir. Por ejemplo en la compraventa se debe establecer el precio que se tendrá que pagar, porque caso contrario frente a la falta de este elemento, el contrato se transformará en un contrato de donación, es decir no habrá la

contraprestación de intereses. Los elementos esenciales son aquellos que distinguen a unos contratos de otros, por los que las partes no podrán omitirlos ni variarlos.

(Pothier, 1978).

Su concurrencia es necesaria para que el contrato exista y sus requisitos son: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

1.3.1.1 Capacidad.

Para que un contrato sea válido, el consentimiento debe emanar de personas capaces. La capacidad de los contratantes es pues, un elemento esencial para la existencia de todo contrato.

Se divide en capacidad de goce o aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos y capacidad de ejercicio, que es la aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros. Según el artículo 1462 de nuestro Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”.

1.3.1.2 Consentimiento.

Es un requisito esencial del contrato y se refiere al consentimiento en dicho acto o declaración y que no adolezca de vicio. Para que el consentimiento sea válidamente expresado es preciso que la voluntad interna se manifieste, que no existan discrepancias entre lo querido y lo declarado y que las partes contratantes coincidan en lo que pretenden. Este principio de autonomía de la voluntad puede ser: Expresa o Tácita.

En aquellos supuestos en los que la voluntad de los contratantes no se manifieste de manera consciente, racional y libre, el contrato podrá impugnarse para que los contratantes no se vean afectados.

Los vicios del Consentimiento o Principio de Autonomía de la Voluntad son:

- **Error:** Que puede ser de hecho o de derechos. Los de hecho, producen una anulabilidad cuando recae sobre una cualidad de la cosa o circunstancia que las partes han considerado como esenciales, causa, nulidad relativa (Arts.1469 y 1470 Código Civil). Los de derecho recae sobre la existencia, la circunstancia, los efectos y circunstancias de una norma jurídica.
- **Fuerza:** La violencia empleada de tipo moral o de tipo físico destinada a obtener el consentimiento de un sujeto de derecho a fin de celebrar un determinado contrato. (Arts. 1472 y 1473).
- **Dolo:** maquinaciones o actuaciones intencionales de una de las partes a fin de lograr que la otra parte decida un contrato. (Arts.1474 y 1475 Código Civil). El dolo puede ser positivo si los actos que lo constituyen se realizan para causar perjuicios a un tercero, o puede ser negativo si se ocultan circunstancias que deben comunicarse a la otra parte o se dejan de realizar conductas necesarias. (Coello, 2006).

1.3.1.3 Objeto.

El objeto es otro de los requisitos esenciales del contrato. Se refiere a que pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no están fuera del comercio humano. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. (Arts. 1477 y 1478).

Límites al objeto del contrato:

- **Licitud:** Que las cosas no estén fuera del comercio de los hombres, es menester que sean comerciables, y que estén determinados, a lo menos en cuanto a su género. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (Art. 1478).
- **Bienes de dominio público:** Cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos al quedar fuera del ámbito del poder del individuo
- **Posibilidad:** No pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.

1.3.1.4 Causa.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato... (Art. 1483), en otras palabras, el fin inmediato perseguido por el deudor al contraer la obligación, pero existen otras interpretaciones, dependiendo desde el punto de vista que la analice. Como toda causa produce un efecto, podría entenderse como causa de las obligaciones todas y cada una de las fuentes que las generan. También, como sugiere nuestra ley, podría ser entendida como motivo, esto es como el móvil que determina en las personas su ánimo para contratar y obligarse. Incluso la causa puede ser entendida como causa final, como la fuerza determinante, como el propósito inmediato e invariable de todo acto o contrato. (Coello, 2006).

La causa ha de ser verdadera, la causa falsa puede ser falsa propiamente dicha cuando tiene por base la credulidad en un hecho no existente o puede ser simulada.

Además, la causa ha de ser lícita, es decir que no se oponga a las leyes o la moral.
(Art. 1461).

A estos elementos hay que sumarle el requisito de la forma en los contratos formales, es posible que en algunos de ellos se exija una forma específica de celebración, por ejemplo puede ser necesaria la forma escrita, la firma ante notario o ante testigos, etc.

La forma en sentido amplio se refiere a la voz, escritura, la conducta del cual se sirven las partes para emitir sus declaraciones de voluntad, la forma es la vía de exteriorización de la voluntad interna de los contratantes.

La importancia de la forma, tiene directa relación con la prueba, ya que cuando la ley exige una determinada forma de celebración, ésta será la única admitida para probar la existencia y las condiciones de contratación. En la que existe libertad de formas, también las partes deben tomar precauciones para elegir la que en caso de litigio pueda ser demostrada, no solo la existencia del acto sino las especificidades del acuerdo.

1.3.2 Elementos Naturales.

Son aquellos que se entienden incorporados en el contrato, pero que las partes pueden libremente eliminar del mismo, sin que éste deje de ser válido.

Los elementos de la naturaleza son los que no siendo esenciales, se entienden pertenecerles, sin necesidad de una cláusula especial, siendo la ley vigente en el momento de celebrarse el contrato, el más importante elemento de la naturaleza. Su incorporación en el contrato obedece a un mandato legal, pues la ley incorpora, sin que las partes lo digan expresamente, todas las leyes vigentes al tiempo de la

celebración del contrato, aunque los otorgantes desconozcan la existencia de tales preceptos legales. (Coello, 2006).

Los elementos naturales contribuyen a caracterizar el contrato, Son aquellas consecuencias que se derivan de la naturaleza misma del contrato por lo que la ley suele recogerlas en disposiciones de carácter supletorio.

Los elementos naturales se reflejan por:

- Normas supletorias.
- A criterio de voluntad de las partes, las cuales deben de ser por:
 - Consenso de las partes.
 - Suprimidas por las partes.
 - Modificadas por las partes. (Dutti, 2006).

Los elementos naturales son aquellos que por considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, la ley los inserta automáticamente en el contrato; sin embargo, la condición, el término y el modo, que siendo elementos accidentales, pueden ser también cláusulas de la naturaleza. (Coello, 2006).

1.3.3 Elementos Accidentales.

Según el artículo 1460 del Código Civil, “son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Mario Baena amplía este concepto manifestando que los elementos accidentales son aquellas que no siendo de la naturaleza del contrato, vienen contenidas en el mismo mediante cláusulas expresas y accesorias incorporadas por las partes y que modifican el nacimiento, cumplimiento, transferencia, transmisión y extinción de las obligaciones. (Baena, 1992).

Concluimos por tanto que en conformidad con la libertad de la voluntad, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, considerando que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan, y no alcanzan a los terceros. Las cláusulas especiales que establezcan las partes, no deben ser contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Estas cláusulas que se agregan al contrato típico, están llamadas a modificar la existencia o el ejercicio de los derechos que surjan de los contratos y, aunque podrían faltar en él si las partes no lo hubieran agregado, una vez que éstas lo han querido así son tan relevantes como los esenciales. Como elemento accidental podemos mencionar el plazo, la condición y el modo.

1.3.3.1 El plazo.

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación. Está constituida por un hecho futuro y cierto del cual depende la exigencia o extinción de un derecho. El plazo puede ser determinado, que constituye la regla general, en el cual se precisa el momento exacto en que se realizará el hecho cierto y futuro, o indeterminado, cuando no se sabe con exactitud la fecha en que sucederá el hecho futuro y cierto. El plazo que se establece por medio de una cláusula especial se denomina convencional.

1.3.3.2 La condición.

Se habla de condición cuando la referencia que hace la ley es el estado y condición de las personas, para establecer sus derechos y obligaciones, por ejemplo a la mayoría de edad o estado civil, así como también a las diversas circunstancias,

calidades o requisitos que están unidos a la sustancia de los actos y declaraciones de voluntad. Los elementos necesarios para que se dé una condición es que el acontecimiento debe ser futuro e incierto. (Coello, 2006).

Para José Castán, la condición es la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho a la realización de un hecho incierto (que puede o no suceder) y futuro (posterior al contrato), y se clasifican en:

- ✦ Positiva, que consiste en la realización de un hecho.
- ✦ Negativa, o la ausencia de la realización de un hecho.
- ✦ Casual, cuando el hecho previsto no depende de la voluntad de las partes.
- ✦ Potestativa, cuando el hecho previsto depende de la voluntad del interesado.
- ✦ Mixta, cuando participa de la índole de las dos anteriores, el hecho previsto en parte depende de la voluntad del obligado, y en parte no.
- ✦ Suspensivas son aquellas que mientras no se cumpla dicha condición suspenden un derecho.
- ✦ Resolutorias son las que al concretizarse suspenden un derecho. (Castán, 2008).

1.3.3.3 El modo.

El modo es una carga establecida en los actos jurídicos a título gratuito con el propósito de limitar el derecho del adquirente, esto ocurre cuando se le asigna a una persona algo para que lo tenga como suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial. En consecuencia, las obligaciones modales son las que deben cumplirse de una manera específica, ya sea señalada por la ley o acordada por las partes.

Cuando el modo no llega a cumplirse en la forma establecida, existe la posibilidad de aplicar la cláusula resolutoria. La ley concede el derecho de resolución del contrato en favor de alguno de los contratantes en los siguientes casos:

- a) Cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones.
- b) Cuando se cumple defectuosamente.
- c) Cuando hay imposibilidad absoluta de ejecutar las obligaciones (fuerza mayor o caso fortuito).
- d) La dificultad del cumplimiento por excesiva onerosidad de la prestación.

1.4 Características de los Contratos

De acuerdo a la definición dada por el nuestro Código Civil, un contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y que cada parte puede ser una o muchas personas, colegimos que las características de los contratos están dadas por su tipo y clasificación, pues según se trate de un contrato unilateral o bilateral, de derecho público o privado, se distinguirán por los elementos que son de su esencia, naturaleza y los puramente accidentales.

Según el Art. 1461 de nuestro Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- Que sea legalmente capaz;
- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de

administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Arts. 1462-1463).

El consentimiento es el acuerdo de voluntades, de dos o más personas que puede tener por efecto el crear, transmitir, modificar o extinguir efectos de derecho, trátase de derechos subjetivos, deberes jurídicos u obligaciones de carácter convencional. Los elementos del consentimiento son: La propuesta, oferta o policitud y la aceptación que es una manifestación unilateral de voluntad, expresa o tácita. Este consentimiento no debe adolecer de vicios: error, fuerza y dolo. (Arts. 1467 al 1475).

Otra de las características del contrato es que debe recaer sobre un objeto lícito, es decir que no contravenga al Derecho Público, que no estén fuera del comercio humano y que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres; pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios y los objetos que se espera que existan, pero es menester que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible, es decir que no sea contrario a la naturaleza ni prohibido por las leyes. (Arts. 1477-1478).

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato. Frecuentemente se confunde la causa con el objeto; se confunde también la causa de la obligación con la causa del acto o contrato. El Art. 1483 del Código Civil dice que no puede haber obligación sin una causa real y lícita.

Varias son las teorías que tratan de explicar la causa como son la teoría de la causa eficiente, la de la causa-motivo, de la causa final y las anticausalistas.

La Teoría de la causa eficiente define la causa como aquello cuya acción produce un efecto. La causa eficiente le da origen a algo que antes no existía; lo que le da vida: la fuente de dónde emana.

La Teoría de la causa motivo o psicológica expresa que la causa es el fin lejano y variable del acto, y es de carácter psicológico. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.

Para determinar la causa en la teoría de la causa final, es preciso distinguir entre las siguientes categorías de contratos: contratos bilaterales, contratos reales y contratos gratuitos. La causa final de la obligación de una de las partes en los contratos bilaterales es la obligación de la contraparte. La causa de la obligación del deudor en los contratos reales es su forma de perfeccionamiento, es decir, según el caso: la tradición o la entrega. La causa final en los contratos gratuitos es la mera liberalidad que es la disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya.

Las posturas anticausalistas, expresan que la noción de causa es oscura y anacrónica; además, no se refiere ninguna de las teorías a la causa del contrato o del acto, sino que a la causa de la obligación, y en algunas de ellas, se asimila directamente la causa a la obligación. (Navarro, 2009).

1.5 Clases de Contratos

Los contratos se pueden clasificar según diversas características determinantes y esenciales del acto. Así, si los clasificamos según la reciprocidad o lo no-reciprocidad de las obligaciones que nacen, pueden ser:

- Sinalagmáticos o bilaterales por los cuales cada una de las partes contratantes se compromete para con la otra. Ejemplo: construcción de obra, compra-venta.
- Unilaterales, cuando solo una de las partes se obliga para con la otra. También son denominados por algunos autores como contratos bilaterales imperfectos. Ejemplo: préstamos de dinero, depósito, comodato.

Según los requisitos de validez en cuanto a la forma los contratos se clasifican en:

- Contratos consensuales, son los que quedan formados por el simple consentimiento de las partes contratantes y para su validez no es necesaria ninguna formalidad. Ejemplo: venta, alquiler.
- Contratos solemnes son cuando están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales como la intervención de un notario, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. Ejemplos: hipoteca, matrimonio, usufructo.
- Contratos reales cuando para que sean perfectos, además del acuerdo de las partes es necesaria la entrega de la cosa a que se refiere. Ejemplos: constitución de prenda, anticresis.

Según los requisitos de validez en cuanto al fondo, es esencial la voluntad de los contratantes. Estos contratos son cuatro:

- Contratos de adhesión, son aquellos en que las cláusulas del contrato están previamente establecidas, de modo que quien quiera celebrar un contrato de esta clase, debe adherirse a lo que ya se halla previamente redactado. Una de las partes predetermina las cláusulas generalmente a través de formularios impresos. Ejemplo: seguros, transporte, electricidad, agua potable.

- Contratos de mutuo acuerdo son aquellos en los que las cláusulas que los contienen se acuerdan, por los propios contratantes, negociando cada uno de los términos del acuerdo; son conocidos también como contratos de libre discusión. Ejemplo: compraventa de bienes raíces.
- Contratos colectivos son aquellos que afectan a todos los miembros de un grupo, vinculando a terceros que no consintieron y quizás hasta se opusieron al contrato, pues la decisión fue tomada por mayoría preestablecida. Ejemplo: convenciones sindicales, quiebra.
- Contratos individuales, no se caracterizan por el hecho de que se celebre solo entre dos personas, sino que todas las que intervienen en su formación quedan vinculadas por la ley del contrato en virtud de haber otorgado su consentimiento. Ejemplo: constitución de una sociedad anónima.

En cuanto a su contenido, los contratos se clasifican:

➤ Según su fin perseguido, en:

- A título gratuito, son aquellos contratos en los cuales una persona dispone de sus bienes sin contrapartida, es decir que una de las partes se obliga a una prestación cualquiera sin estipular nada a cambio. Ejemplo: donación entre vivos, depósito.
- Contratos a título oneroso son aquellos que obligan a los contratantes a dar o hacer alguna cosa, en los cuales cada una de las partes estipula de la otra una prestación a cambio de la que ella le promete. Ejemplo: préstamo de consumo, mandato.
- Contratos conmutativos: Cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se considera equivalente de lo que hace o da el otro contratante por el cual cada una de las partes al momento de la

formalización del contrato, mediante el consentimiento conoce la extensión de sus prestaciones. Ejemplo: contrato de venta.

- Contratos aleatorios son aquellos por los cuales uno de los contratantes, sin dar nada por su parte, recibe alguna cosa de la otra, no por liberalidad, sino como precio del riesgo que ha corrido. Ejemplo: contratos de apuesta, de lotería.

➤ Según la duración del cumplimiento de las obligaciones:

- Instantáneos cuando las obligaciones surgen en un momento único que por regla general coincide con el momento de la celebración. Ejemplo: contrato de compra-venta.
- Sucesivos son aquellos contratos cuyas obligaciones surgen por el transcurso del tiempo y del ejercicio continuado del derecho. Ejemplo: contratos de arrendamiento, contratos de trabajo.

En cuanto a su interpretación los contratos se clasifican en:

- Contratos nominados, en los que sus reglas están concretadas de manera supletoria, a veces incluso imperativas en el texto de la ley. Ejemplo: matrimonio, arrendamiento.
- Contratos innominados: Aquellos contratos que no son objeto de ninguna reglamentación legal bajo especial denominación. (Baena, 1992).

1.6. Terminación de los Contratos en general

Existen diferentes formas de dejar sin efecto las obligaciones que nacen de los contratos bilaterales, y éstas son:

1.6.1 Rescisión.

La extinción de los contratos puede ser porque las partes de común acuerdo establecen la terminación del contrato a esto se lo llama rescisión, es una de las formas de dar por terminado el contrato celebrado entre las partes, los efectos varían porque las partes acordaron que el contrato quede sin efecto retroactivamente considerando que la rescisión no puede causar perjuicio a terceros.

La rescisión puede darse de forma unilateral cuando la decisión de terminar el contrato es por una sola voluntad de las partes, tal es el caso en un contrato de trabajo o como en el mandato que en cualquier momento cualquiera de las partes puede dejar sin efecto el contrato celebrado; cabe recalcar que la rescisión unilateral no tiene efecto retroactivo. (Coello, 2006).

1.6.2 Resolución.

La resolución es otra de las formas de dar por terminado la relación contractual como manifiesta Borda, (2008) "...dejar sin efecto el contrato retroactivamente; su consecuencia es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato".

El Art. 1505 del Código Civil establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Y como afirma Rodríguez Velarde (1998) "Procede la resolución de un contrato cuando la causal de incumplimiento es posterior a la celebración del mismo, y puede ser declarada por cualquiera de las partes en forma extrajudicial o judicialmente".

1.6.3 La terminación.

Ocurre frente al incumplimiento de una de las partes o por el acuerdo al que puedan llegar para dejar sin efecto las obligaciones que nacen de los contratos en los que por tratarse de obligaciones que nacen sucesivamente y que se van cumpliendo a través del tiempo, no cabe la resolución. (Coello, 2006).

Por la terminación, el contrato pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. (Rengifo, 2009).

1.6.4 La resciliación.

La resciliación o mutuo disenso es un acuerdo de voluntades en virtud de la cual, las partes, de común acuerdo, estipulan dejar sin efecto un contrato válidamente celebrado, en la medida que sus efectos no estén totalmente cumplidos. En esta figura se aplica el principio del Derecho Privado en virtud del cual las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen.

Hernán Coello (2006) lo sintetiza diciendo que este principio "...permite que obligaciones válidamente contraídas en virtud de un contrato, queden sin efecto por la celebración de otro contrato que extinguen las primeras, en todo o en parte".

1.6.5 La nulidad.

Por nulidad de un contrato se entiende su ineficacia o insuficiencia para producir los efectos deseados por las partes y que le atribuye la ley, tanto respecto de las propias partes como respecto de los terceros.

La nulidad de un contrato ocurre cuando faltan los elementos esenciales a su existencia o a su validez, o cuando viola el orden público o las buenas costumbres es un contrato viciado. En determinadas circunstancias la nulidad produce efectos retroactivos. (Maduro, 1987).

Cuando la ley habla de nulidad, se refiere a nulidad absoluta que da como resultado que las cosas vuelvan al estado anterior al que habrían tenido de no existir el acto o contrato nulo. (Art. 1704 del Código Civil).

1.6.6 La inexistencia.

Se refiere a la inexistencia jurídica del acto o contrato, que se producen por la ausencia de consentimiento, por falta de objeto o de causa y por no haberse cumplido las formalidades impuestas por la ley.

No se debe confundir nulidad con inexistencia, pues existen diferencias radicales entre ellas, pues la nulidad debe ser declarada judicialmente, mientras que la inexistencia no requiere de esta declaración; la nulidad impone que las cosas vuelvan al estado anterior al acto, en la inexistencia el contrato no existe, por lo tanto no produce efectos jurídicos. (Coello, 2006).

1.6.7 El desistimiento.

Cabe en los contratos reales, es decir en aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna. Se lo aplica en contratos de arrendamiento, en compras a distancia y en los de telefonía móvil.

1.6.8 La revocatoria.

Por revocación de un contrato se entiende específicamente la terminación del mismo por voluntad unilateral de una de las partes, sin necesidad del consentimiento de la otra parte. La revocación opera solo hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo. (Maduro, 1987).

Es un modo indirecto y especial de extinguir ciertas obligaciones. También se define como aquel acto que la ley concede a una parte o persona para que realice la ruptura o cesación unilateral del acto que la causó. La revocación unilateral nace de un acto unilateral de la voluntad. En algunos contratos por su esencia y naturaleza se puede romper unilateralmente por cualquiera de los obligados, inclusive sin las justas causas legales, trayendo como consecuencia directa el perjuicio y el correspondiente derecho a exigir indemnizaciones.

Toda revocación produce consecuencias hacia el futuro; en algunos casos se extinguen las obligaciones, y en otras, se generan nuevas obligaciones como ésta de exigir indemnizaciones.

1.6.9 La renuncia.

Cabe en los contratos unilaterales o bilaterales imperfectos, y se aplica a los derechos, cuando mira al interés del renunciante y no está prohibida su renuncia.

1.6.10 La muerte.

La muerte da término a los derechos y obligaciones personalísimos, pues ellos se extinguen con el fallecimiento del titular, pero a su vez surgen obligaciones para los asignatarios de la herencia, a quienes se les transmite los derechos y obligaciones frente a terceros, en calidad de acreedores o deudores.

Una importante excepción a estas reglas es el mandato, que generalmente se extingue con la muerte del mandante o del mandatario, excepto si tiene el carácter de procuración judicial en el que el mandatario debe seguir ejerciendo el mandato hasta ser legalmente reemplazado. (Coello, 2006).

Capítulo II

2.1 De los Contratos Administrativos

El progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios, y cuando tales contrataciones se generalizan, surgen los Contratos Administrativos, que se diferencian de los contratos civiles por las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración. (López, 2013).

Los contratos administrativos o contratos del Estado, son un acuerdo creador de relaciones jurídicas que están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único.

El contrato administrativo es una declaración de voluntad común, pues se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra. Es un acto bilateral que requiere de la manifestación de voluntad coincidente de las partes y productor de efectos jurídicos, pues determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos y de manera individual para cada una de las partes.

El contrato administrativo se realiza entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa, es decir que cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos. Los órganos estatales

intervinientes pueden corresponder a la Administración central o a entes descentralizados, pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal. También se lo puede celebrar entre un particular u otro ente público (estatal o no estatal), que en este segundo caso se denominaría contrato interadministrativo.

No hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales. La finalidad de estos contratos es el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales, es decir satisfacer un fin público, una necesidad colectiva. Con este tipo de contrato, la Administración se resguarda de la insolvencia económica, moral y técnica de su contratista, pues los derechos y obligaciones emergentes del contrato administrativo respecto del contratista, son de carácter personal, prohibiendo la transferencia de los derechos contractuales, y asegurando así la imposibilidad de ceder, transferir o negociar el mismo. (Dromi, 2009).

Todo negocio jurídico en el que intervenga como parte la Administración Pública a nombre y en representación del Estado, entran en la órbita de la Contratación Administrativa, regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y se los celebra para la realización de una obra pública, explotar un servicio público u obtener la conexión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de Derecho Público. (López, 2013).

Desde la publicación de la Ley de Contratación Pública, a comienzos de los años noventa, diferentes instituciones públicas han trabajado en proyectos de una nueva ley, lo que se prolongó prácticamente hasta nuestros días. La característica principal de las sucesivas leyes de Contratación Pública, incluyendo la vigente, es que norma

los procedimientos precontractuales hasta la adjudicación del contrato y sus posibles reformas, así como las entregas recepciones. De igual manera, detalla las formas de terminación, especialmente la terminación unilateral y anticipada del contrato.

Debido a la unificación de criterios mundiales respecto a procedimientos dentro de las etapas contractuales y precontractuales, en muchos de los casos de contratación de gran envergadura, sea pública o privada, nacional o internacional, los procedimientos utilizados a lo largo del proceso, así como la forma de determinación de contratistas idóneos, resultan semejantes en la mayor parte del mundo. (Pérez E, 2009).

Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo, o sea que la libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista, quien no tiene, en principio, la libertad de disentir respecto de las condiciones del contrato, solo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados. En consecuencia, las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas. (Dromi, 2009).

2.2 Naturaleza del Contrato Administrativo

Bercaitz (1980) define los contratos administrativos, por su naturaleza, como aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del

Derecho Privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica.

Para Escola (1977), de acuerdo al criterio subjetivo, un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares, mientras que basándose en el criterio de jurisdicción, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo.

Según el criterio teleológico, la naturaleza del contrato administrativo lo determina su finalidad, como sería la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés público o el logro de la utilidad pública. (Fernández, 2007).

A decir de Fernando Garrido (2006), el contrato es administrativo porque versa sobre un objeto peculiar, el servicio público, y de aquí la justificación de su régimen especial.

También se determina su naturaleza de administrativo en relación a las formalidades específicas y predeterminadas, pues están supeditados para su validez y eficacia jurídica al cumplimiento de una serie de requisitos, cuya omisión los invalida.

Laubadere, Moderne y Devolve definen el contrato administrativo como “uno de los medios por los que la administración asegura el funcionamiento de los servicios públicos”. (Laubadere et. al, 1983), convirtiendo al contratista en un medio más o menos directo del funcionamiento de un servicio público. Efraín Pérez (2009), opina que se debe descartar estos principios doctrinarios en la aplicación del derecho administrativo ecuatoriano.

En opinión de Fernández y Sánchez (2007), debe prevalecer el criterio mixto, según el cual un contrato es de naturaleza administrativa cuando menos una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarias al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, y cuyas controversias que pudieran suscitarse deberán ser de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer asuntos de derecho administrativo.

De acuerdo con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, los contratos administrativos se rigen por leyes especiales como es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y solo en forma supletoria se recurrirá a las disposiciones del Código Civil, pues estos se hallan sometidos esencialmente a las normas y principios del Derecho Público, a diferencia de los contratos civiles que se rigen por las normas del Derecho Privado. (López, 2013).

Existen otros contratos como son los de Concesión, que son contratos administrativos de carácter público, en los cuales quien recibe la concesión (concesionario) se compromete a prestar el servicio de interés general, de manera continua y regular, como por ejemplo, servicios de transporte, provisión de agua potable, de gas, teléfonos, electricidad, y debe estar autorizado legalmente, en virtud de leyes nacionales o provinciales u ordenanzas municipales, siempre bajo la vigilancia del Estado y suele contener cláusulas que limitan la actividad del concesionario evitando abusos. Es decir, es un acto de delegación del órgano estatal a un órgano privado, estipulado contractualmente donde se establecen derechos y obligaciones de las partes.

Su naturaleza jurídica ha sido muy debatida y existen dos criterios antagónicos, ambos reflejados fuertemente tanto en la doctrina como en el derecho positivo y en la jurisprudencia; un criterio lo considera un acto administrativo, mientras la tesis contraria lo considera como un contrato, y una tercera interpretación conciliadora le asigna la calidad de acto mixto. De esta forma, la vertiente civilista la interpreta como un contrato de derecho privado, la corriente administrativista en cambio considera al negocio concesional como un contrato de derecho público. (Bielsa, 1966)

Al respecto, Miguel S. Marienhoff (1977), sostiene que para que la concesión se considere contrato administrativo debe concurrir el requisito esencial de que la prestación del cocontratante se relacione, directa o inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado y con los fines públicos propios de éste.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se considera la concesión de servicio público como un contrato administrativo en sentido estricto, pues su celebración está supeditada a la emisión previa de un acto administrativo que la autorice, sustentado en el artículo 283 inciso 2º de la Constitución que determina que la delegación a la iniciativa privada se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público, previo concurso público. (Art. 275, inciso 1º). (Suasnavas, 2007).

La Constitución de la República, en sus Arts. 313 al 318, consagra el derecho exclusivo del Estado para la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Asimismo el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía

eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, garantizando que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, para lo cual constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

En el Art. 316 se autoriza al Estado para delegar el ejercicio de actividades en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas, y en forma excepcional, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, siempre y cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público, en concordancia con lo regulado en el artículo 283 inciso 2°. Y en el Art. 318 señala que el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, cuyos servicios serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias, y concluye que el Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos.

En lo que se refiere a los contratos de crédito, la Constitución, en su Art. 289 determina que:

La contratación de deuda pública en todos los niveles del Estado se regirá por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, y será autorizada por un Comité de Deuda y Financiamiento de acuerdo con la Ley, que definirá su conformación y funcionamiento.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su Art. 42 se refiere a que las empresas públicas podrán adoptar formas de financiamiento que estimen pertinentes, entre los que se considera la contratación de créditos, para cuyo efecto se requerirá la

resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de requisitos previos, así como en la normativa aplicable en función de la naturaleza del financiamiento.

En los contratos financiados con préstamos internacionales, el Art. 3 de la LOSCP establece que regirá conforme al convenio; sin embargo, conforme al principio de Derecho por el cual Ecuador no puede celebrar convenios en que se deba someter a leyes y jurisdicciones extranjeras, el jurista Marco Idrobo Arciniega (1984) señala que un contrato en el que Ecuador se someta a la jurisdicción extranjera adolece de nulidad absoluta porque el Código Civil ecuatoriano así lo dispone en su artículo 1505, constituyendo esto un objeto ilícito del contrato y una violación constitucional.

2.3 Arbitraje Nacional e Internacional

El Art. 102 de la LOSNCP regula que las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas por las actuaciones realizadas por entidades contratantes, podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio del recurso administrativo y las acciones judiciales que se pueda interponer.

En el Art. 104 señala que de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias.

La mediación y el arbitraje son lo que se conoce comúnmente como métodos alternativos de resolución de conflictos para evitar un proceso judicial convencional.

El Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador lo define como “un

mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras...”

En la mencionada ley se determina que para someterse a arbitraje, las entidades que conforman el sector público además de cumplir con los requisitos que establece la ley, deberán pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia, establecer que la relación jurídica es de carácter contractual, y renunciar a la jurisdicción ordinaria, es decir que una vez solicitado el arbitraje, no se podrá someter el caso a la justicia ordinaria.

En un arbitraje, las partes están obligadas a aceptar y acatar la decisión emitida por el árbitro (Art. 7); el Laudo emitido por el árbitro es inapelable –únicamente es susceptible de aclaración o ampliación–, tiene el mismo status que una sentencia judicial, puede ejecutarse como tal y tiene efecto de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, pudiendo los árbitros dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, para asegurar los bienes materia del proceso o exigir una garantía a quien solicite la medida, a fin de cubrir el pago del costo de tal medida y la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria. Puede también ordenar el embargo y remate de bienes en los fallos ejecutoriados, sin perjuicio que un Juez de lo Civil haya declarado el concurso de acreedores o la quiebra del Empleador o de la empresa.

Según el artículo 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en la misma, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias como las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas.

Respecto al arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 41 establece que sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos como que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral tengan sus domicilios en estados diferentes, que el lugar del objeto del litigio esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

En el Art. 42 se dispone que el arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Sin embargo, nuestra Constitución, en su Art. 422 dispone: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

El mencionado Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en su inciso final formula que “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”, primando siempre lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

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.

2.4 Requisitos de los Contratos Públicos

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 68 establece los requisitos para los contratos públicos, y son los siguientes:

Art. 68.- Requisitos de los contratos.- Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.

2.4.1 La competencia del órgano de contratación.

Es la aptitud de obra de las personas públicas y su capacidad legal, y determina los límites dentro de los cuales ha de desarrollarse, tomando en consideración el territorio, la materia y los poderes jurídicos.

2.4.2 La capacidad del contratista adjudicatario.

Se refiere a la capacidad legal que deben tener las partes para contratar, es decir que tenga la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones (Art. 1462 del Código Civil). Las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista pueden deberse a razones penales (procesados y condenados), económicas (incumplimiento de obligaciones tributarias), administrativas (sancionados por incumplimiento de contrataciones administrativas, éticas (participación de funcionarios públicos).

2.4.3 La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones.

Según el Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

La disponibilidad presupuestaria está basada en el Plan Anual de Contratación, como dispone el Art. 22: Plan anual de contratación.- Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

Cabe aclarar que un contrato celebrado sin contar con la certificación presupuestaria es jurídicamente válido, ya que la irregularidad no tiene ninguna influencia ni sobre la existencia, ni sobre la validez jurídica del contrato, por tanto, la falta de crédito presupuestal, a pesar de ser un acto ilegítimo, no genera la nulidad del contrato. (López, 2013).

2.4.4 La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.

Las formalidades son los requisitos exigidos por la ley para la validez del contrato, que en el caso de los contratos administrativos estas pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación y recepción), formalidades que no pueden ser renunciadas por las partes, por lo que su cumplimiento es obligatorio y su omisión conduce a la nulidad. (López,

2013). Si existiera algún vacío en los mismos, se aplicarán los principios y normas del procedimiento administrativo común.

Estas formalidades varían de acuerdo a las disposiciones constantes en la Ley, según el tipo de contrato, ya sean de adquisición, concesión, de suministros o convenios Marco; también existen formalidades determinadas según la cuantía del contrato. (Pérez A., 2008).

Es necesario acotar que además de los requisitos propios del contrato administrativo, estos deben cumplir también los de existencia y validez de los contratos en general, que se dividen en:

- De existencia: expresión de voluntad o consentimiento, existencia de un objeto lícito, existencia de causa lícita, y las formalidades que la ley exige.

- De validez: capacidad de las partes, consentimiento sin vicios, lesión enorme y solemnidades legales. (López, 2013).

2.5 Características de los Contratos Públicos

La caracterización del contrato de la Administración resulta:

2.5.1 Del objeto del contrato.

Hace referencia a las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración. Pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales.

Luciano Parejo (2011) opina que la determinación del objeto es un requisito general de la existencia misma del contrato. En los contratos administrativos la

exigencia es de interés general debidamente identificada en el propio expediente de contratación, es decir que el objeto debe ser:

- Determinado (en caso de pluralidad debe estar definido con independencia de los demás).
- Necesario para los fines públicos (determinación de la naturaleza y extensión de las necesidades)
- No condicionar la prestación del contratista las indicaciones o resoluciones administrativas posteriores a la celebración del contrato.
- Ser completo (comprender todos los elementos que sean precisos).

Afirma Roberto Dromi (2009) que el contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinado o determinable, lícito, y ético. El artículo 1477 de nuestro Código Civil, define las características del objeto del contrato en términos similares.

La Administración, durante la ejecución de un contrato administrativo, puede variar unilateralmente el objeto del contrato, dentro de ciertos límites y en razón del interés público. (Boada, 2005).

En consecuencia, el objeto de la contratación administrativa es el cumplimiento de los fines estatales consagrados en la Constitución, las leyes, los planes de ordenamiento territorial, los planes de desarrollo y los respectivos presupuestos, así como la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. (López, 2013).

Marienhoff (1977) hace distinción entre contrato administrativo por su propio objeto, y con prescindencia de su objeto, y manifiesta que habría que aclarar el sentido de servicio público y utilidad pública, pues considera al segundo conceptualmente más amplio, aunque el contrato administrativo puede integrarse con

ambos; sin embargo, no todos los contratos administrativos tienen en cuenta el servicio público ni la utilidad pública, pues bien puede tratarse de la utilidad privada, como por ejemplo la concesión de uso de una cosa del dominio público, como ocurre en una concesión de uso de agua pública.

Este autor continúa con la caracterización de los contratos, que pueden ser:

- ✦ de atribución, en los que se hace concesión de uso del dominio público, es decir se pone el bien o cosa a disposición del concesionario, y
- ✦ de colaboración, en la que el concesionario con su actividad satisface necesidades de interés general.

Boada (2005) a su vez menciona la división que algunos tratadistas hacen del contrato administrativo, en típicos y especiales. Los típicos constituyen ejecución de obra, prestación de servicios y adquisición de bienes, como lo define el Art. 1 de la Ley de Contratación Pública, mientras que los especiales poseen un objeto distinto de los típicos como es la adquisición de bienes inmuebles, los de arrendamiento, los financiados por préstamos de organismos multilaterales y los determinados por leyes especiales (Art. 3), es decir que no se encuentran establecidos en la LOSCP. El objeto de contratación no varía, sino que es el procedimiento que está íntimamente determinado por el monto referencial de la contratación.

2.5.2 De la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa.

Para Marienhoff (1977) “está demás hacer referencia a que uno de los sujetos intervinientes debe ser la administración pública, pues esto último va de suyo o sobreentendido”.

Los sujetos deben gozar de la capacidad personal obvia, pero además el sujeto público debe tener la competencia por razón de la materia, de grado y del territorio. La presencia subjetiva de la Administración es un requisito *sine qua non* de estos contratos.

Son sujetos de los contratos públicos por un lado la administración representada por un órgano estatal (legislativo, ejecutivo, judicial) que actúa en función administrativa, y de otro los particulares (individual, colectiva, físicas o naturales, nacionales o extranjeras y personas jurídicas), es decir que pueden ser sujetos del contrato administrativo: el Estado, los Consejos Provinciales, las Municipalidades, entidades autónomas y empresas del Estado. (Boada, 2013).

Según el Art. 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Órganos competentes.- El Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.

2.5.3 De la adhesión.

La adhesión se refiere a que las cláusulas esenciales de los contratos administrativos son elaboradas unilateralmente por el Estado, sin participación alguna de los particulares. Esta particularidad refleja que la generalidad de los contratos administrativos son contratos de adhesión, característica que sobresale en todos ellos.

Los contratos de adhesión se caracterizan por: a) La predeterminación del contenido contractual de manera inmodificable, general y uniforme, por la parte más poderosa; b) La necesaria adhesión de la contraparte que no puede discutir el

contrato y, por ello, no existe el período de tratativas; c) La superioridad económica de una de las partes. (Flores, 2010).

Para Marienhoff (1977), en la actividad de la Administración Pública, siempre debe estar presente el interés público, lo cual hace que el derecho de la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos, por lo que la conjunción de voluntades se la realiza por adhesión, es decir sin discusión de tales cláusulas al que el contratista se limita a aceptar.

Por este principio la entidad contratante está facultada a elaborar las bases, términos de referencia, incluyendo todas las condiciones que ella requiere. En ocasiones el interesado u oferente del sector privado se siente lesionado por esta situación, pues evidentemente se encuentra en condiciones de desigualdad, pero esto no se debe a recelos personales o animadversión de sus funcionarios hacia el oferente o proponente, sino a una obligación y principio que nace de la Ley. Las leyes que regulan determinado proceso de contratación obligan a que sea la entidad contratante la que determine las condiciones de la contratación y que sea ella la que tramite todo el proceso; esta facultad se sustenta además en la supremacía de las entidades públicas, en virtud de que ellas ejercen servicios y actividades de interés público, que están sobre el interés particular. (Albán, 2005).

2.5.4 De las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.

Con respecto a la característica de las prerrogativas de la Administración, que es señalada por la mayoría de la doctrina administrativista, debemos subrayar lo siguiente: Los principios de la autonomía de la voluntad (caracterizante de los

contratos privados), e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo, debido a que es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En los contratos de la Administración una de las partes es un *potentior personae*, o sea, un sujeto privilegiado, revestido de un poder especial que le otorga el ordenamiento jurídico para poder concretar el “interés general”.

En el contrato administrativo, las partes contratantes están en un plano desigual, pues desaparece el principio de igualdad que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles, y aparece más bien una situación de superioridad jurídica de la Administración respecto del contratista, al imponer ciertas prerrogativas y condiciones que lo subordinan jurídicamente, entonces el principio de inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido pues la Administración puede introducir modificaciones que son obligatorias para el contratista, dentro de los límites de razonabilidad. (Boada, 2005). No obstante, la Administración podrá ejercer su derecho de modificar unilateralmente cualquier cláusula del contrato, siempre que se presenten las siguientes condiciones: a) que exista una necesidad pública cuya solución se dará solamente con modificar los términos originales del contrato; y, b) que se reconozca al contratista los gastos no presupuestados en los que ha tenido que incurrir debido a los cambios en la ejecución del contrato. (Rivas, 2013).

Dada esta desigualdad jurídica, la Administración puede: Adaptar el contrato a las necesidades públicas, ejecutar el contrato con sustitución del contratista, y dejar unilateralmente el contrato sin efecto (rescisión contractual). (Boada, 2005).

No debemos olvidar que la existencia de una normatividad especial que regula determinados aspectos de los contratos estatales, tiene como finalidad, la necesidad de atender las exigencias especiales que presenta la Administración Pública, por lo

cual no podrá aceptarse bajo ningún concepto, ninguna prerrogativa especial, si no está prevista en el ordenamiento jurídico vigente. (Rivas, 2013).

Esta desigualdad jurídica no implica falta de protección del contratista, sino que tiene su origen en la desigualdad de propósitos, “pues al fin económico privado se opone y antepone el fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución”. (López, 2013).

2.6 Cláusulas Exorbitantes de la Administración en la Contratación Pública

Llamada también cláusula excepcional, es la estipulación legal del contrato del Estado, donde tiene prerrogativas haciendo prevalecer el interés público comunitario al del particular. La cláusula exorbitante establece que en la contratación administrativa hay cláusulas especiales insertadas que exorbitan el Derecho Privado, que testimonian un régimen jurídico especial de derecho público y aunque no aparezcan escritas en el texto del contrato, existirán siempre en forma virtual o implícita como resultante de la índole misma del contrato.

No son usuales en el derecho privado pero sí facultan a la Administración Pública a realizar ciertos actos de control excepcional en el contrato como modificar sus cláusulas, rescindir el contrato, dar instrucciones a la contraparte, imponer sanciones, o quedar exenta de responsabilidad por mora en los pagos. La Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato, en virtud de las cláusulas exorbitantes del Derecho Privado que éste contiene. (Boada, 2005).

Para Roberto Dromi (2009), estas cláusulas son derogatorias del Derecho común, inadmisibles en los contratos privados porque rompen el principio esencial

de la igualdad y de la libertad contractual. En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, sus límites están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

Según Marienhoff (1977), estas cláusulas inusuales, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual, lo que se contrapone con el derecho privado donde el que asume una obligación, dispone de cierta libertad para su ejecución, en cambio el control preventivo o concomitante es de práctica corriente en la Administración.

Cuantitativamente, son más los contratos administrativos propiamente dichos por contener cláusulas exorbitantes, que por razón de su objeto específico, incluso existen contratos administrativos innominados, carácter íntimamente vinculado a la inclusión de cláusulas exorbitantes. Estas pueden ser expresas o concretas e implícitas o virtuales. Las cláusulas virtuales constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponden a la Administración en su carácter de órgano esencial del Estado, y las expresas o especiales son las incluidas concretamente en contratos que no son administrativos por su objeto, pero que se convierten en administrativos a raíz de la cláusula exorbitante, que pueden surgir: a) del texto del contrato en que la cláusula ha sido concretamente incluida, y b) del complejo de textos o preceptos legales que regulen la actividad del ente de la Administración a cuyo complejo normativo el contratista se adhiere ateniéndose a tal complejo. (Marienhoff, 1977).

Si bien el contrato administrativo constituye “ley para las partes”, la libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la Ley y la realización de intereses dignos de protección jurídica y circunscrita a la prestación del servicio

público, en donde el Estado debe realizar las conductas necesarias encaminadas a la obtención efectiva del interés general. (López, 2013).

2.7 Principios

El Art. 4 de la Ley de Contratación Pública establece: Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

En la contratación administrativa, las actuaciones deben enmarcarse en principios éticos y jurídicos como son: transparencia, buena fe, economía, responsabilidad. Además durante todas las fases del contrato, deben observarse a cabalidad los principios generales del derecho y los particulares del Derecho Administrativo. Estos son:

2.7.1 Principio de legalidad.

De acuerdo con este principio, el contrato administrativo debe sujetarse a un régimen jurídico determinado con precisión, porque “la administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”. (Rivero, 1970).

Los actos y los comportamientos de la Administración deben estar regulados. Ello significa el sometimiento al ordenamiento jurídico, es decir que la autoridad actúa en la medida en que se encuentre facultada por la normativa, efectuando la convención dentro del marco legal y para los fines previstos en él, incluida la autorización presupuestaria. (Albán, 2005).

Es fundamental identificar el objeto de la contratación para poder determinar el antecedente legal que lo ampara, pues la Administración no puede apartarse por ningún motivo de lo estipulado en las normas legales, y debe actuar en estricto apego a los procedimientos preestablecidos. (López, 2013).

Para Boada (2005), todo procedimiento de contratación pública para asegurar su validez y transparencia, debe cumplir con las disposiciones legales, dispositivas y reglamentarias que impidan su vicio de nulidad dentro del procedimiento seguido, obligando a las instituciones a cumplir con todas y cada una de las atribuciones determinadas en la Constitución y las leyes, con la finalidad de dar efectividad a sus acciones.

2.7.2 Principio de imparcialidad.

Es un principio básico de nuestra Constitución: “igualdad ante la ley”, prohibiendo expresamente que existan privilegios, ventajas o prerrogativas que beneficien a determinados oferentes. Todas las ofertas deben ser valoradas de tal manera que el trato no solo debe ser imparcial, sino que debe garantizar la bondad del bien o del servicio, permitiendo de esta manera la transparencia en la contratación pública. (López, 2013).

Según Marienhoff (1977) desde el principio del procedimiento hasta la adjudicación del contrato o hasta su formalización, todos los oferentes deben contar con las mismas facilidades para hacer sus ofertas sobre bases idénticas.

Este principio debe aplicarse al objeto mismo de la propuesta (precio, cantidad, calidad, condiciones), impidiendo a la Administración incurrir en decisiones que ocasionan discriminaciones o privilegios contractuales significativos en favor de algún oferente, como el incluir en el contrato cláusulas que le otorguen beneficios en

detrimento de otros y que no estén previstas en el pliego, a no ser que propendiera a una mejor satisfacción del interés público o que trascendiera al plano de la ecuación económico-financiera del contrato.

Son nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la ley, ni pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, así como también acarrea nulidad el tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa. (Boada, 2005).

2.7.3 Principio de eficiencia y calidad.

La finalidad perseguida con los procedimientos de contratación es la selección de la oferta más conveniente para satisfacer el interés público, logrando las mejores condiciones económicas y técnicas, a fin de asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios públicos.

Este principio busca que los bienes y servicios que se ofertan sean de la mejor calidad posible y que además se cumplan las condiciones de precio y plazo de ejecución, por lo que la institución contratante debe actuar con oportunidad a fin de que los servicios sean eficientes. (López, 2013).

2.7.4 Principio de vigencia tecnológica.

El contrato administrativo persigue como fin el interés público o beneficio común, por lo que la ley confiere a la Administración ciertas prerrogativas que le permiten exigir que los bienes o servicios a adquirir o contratarse tengan vigencia tecnológica, es decir que sea actual y no obsoleta, y que sean de óptima calidad y con garantía. (López, 2013).

2.7.5 Principio de concurrencia y libre competencia.

A este principio Marienhoff lo llama concurrencia, Jèze lo llama competencia, Gordillo competitividad y Dromi no discriminación, contempla que el proceso debe posibilitar la más amplia participación de oferentes, lo que permitirá a la Administración obtener el precio y las condiciones más convenientes. (Boada, 2005).

Este principio promueve la competencia entre los oferentes, estimulando una masiva participación, resultando imposible la introducción de limitaciones, más allá de las estrictamente basadas en especificaciones de carácter técnico, dando así a la Administración la posibilidad de escoger entre un mayor número de oferentes. La ley de Contratación Pública de nuestro país en el Art. 16 establece además la necesidad de estar inscrito en el registro de proveedores para poder participar. “Registro único de proveedores.- Créase el Registro Único de Proveedores (RUP), como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública”. (Albán, 2005).

2.7.6 Principio de transparencia y publicidad.

Toda la actuación administrativa se realiza bajo un manto de honestidad que conduzca a una escogencia no contaminada por la corrupción. Ella debe ser combatida, máxime cuando los elevados fondos -que hacen apetecibles los contratos administrativos- han generado tradicionalmente faltas a la ética. (Albán, 2005).

Para Dromi (2009), este principio hace posible la diafanidad del obrar público, fundamentalmente en el manejo de los fondos públicos, pero también del obrar

privado, así todos los oferentes tienen asegurada la garantía de exigir que todas las propuestas presentadas coincidan estrictamente con el pliego de condiciones y en esa medida se lo considerará éticamente valioso.

López (2013), manifiesta que todos los procedimientos de la Administración deben ser claros, transparentes, sin acciones dudosas, por lo tanto deben ser públicos y siguiendo los procedimientos legales, además que deben hacerse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores.

La publicidad consiste en una invitación, en forma general y abierta, para los posibles participantes para cubrir la necesidad de contratar de la Administración. La intención es procurar una comunicación transparente de todos los actos de la contratación. Hay tres manifestaciones del principio: publicidad inicial, libre acceso al expediente (de connotaciones amplias), establecimiento de una publicidad específica.

El inicio de cualquier procedimiento debe darse a conocer, así los interesados gozan de un real acceso al expediente de contratación administrativa y a toda la información complementaria requerida, quedando excluidos los documentos confidenciales de los oferentes y las informaciones técnicas que puedan colocar a algún participante en situación de ventaja. (Albán, 2005).

La publicidad de la gestión de intereses es necesaria a efectos de que se conozcan los encuentros que mantienen con funcionarios públicos las personas que representan un interés determinado, así como el objetivo de estos encuentros para que grupos sociales interesados, ya sean empresariales, profesionales o ciudadanos en general, puedan acceder a la información. (Dromi, 2009).

Los postulados de transparencia y publicidad garantizan la imparcialidad de la Administración y la escogencia objetiva de los contratistas. Además combaten la

corrupción en la contratación pública y se ciñen a los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad, publicidad y evaluación consagrados en el artículo 227 de nuestra Constitución, razón por la que nuestra ley exige que se publiquen los hechos más relevantes de los procedimientos de contratación, resaltando que estos son públicos y gratuitos (Arts. 147 al 149 del Reglamento de la LOSNCP). (López, 2013).

En definitiva, la publicidad y transparencia permiten la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial, que no se lograría si no se conoce lo que la Administración se apresta a contratar, posibilitando la garantía de que todo se hará correctamente. (Boada, 2005).

2.7.7 Principio de economía.

Pretende la obtención de los mejores resultados al menor tiempo y costo, aboliendo todo requisito o trámite adicional no consagrado en la ley, que aumente costos y haga perder el tiempo. (Albán, 2005).

López (2013) manifiesta que siempre se debe buscar bienes y servicios de costos adecuados, siguiendo los principios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro de los recursos públicos, pero sin asumir que lo más barato es lo mejor, sino elegir la mejor oferta que cumpla con las exigencias legales y técnicas al mejor costo.

2.7.8 Principio de buena fe.

Este principio hace referencia a la lealtad que debe inspirar la actuación de las partes en todo proceso de contratación, honrando su palabra y los compromisos adquiridos, pues supone una manera de proceder a la que las partes deben sujetarse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos, así la buena fe es causa justificante de la

confianza y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta, razón por la que es utilizado como eje del sistema de obligaciones y contratos.

Este principio se ratifica en el Art. 1562 de nuestro Código Civil que señala: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

De Rugiero enseña que la buena fe “es la conciencia del poseedor, su creencia de no lesionar el derecho del propietario, la convicción de que con su adquisición no vulnera el derecho ajeno”. (López, 2013).

2.7.9 Principio de colaboración.

El contratista es un colaborador de la Administración en la realización del interés público, de allí que deba ayudársele. (Albán, 2005). Las dos partes son colaboradores, no contendientes y peor enemigos, pero esta colaboración debe ser aplicada dentro del marco de la ley, porque no se puede abusar incurriendo en arbitrariedades.

Como lo expresa Marienhoff (1977), la actividad del cocontratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado. No se trata de una sustitución del Estado por el administrado para el cumplimiento de las funciones o fines, sino una mera colaboración del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones.

2.7.10 Principio de participación nacional.

Este principio está incorporado en nuestra Ley Orgánica de Contratación Pública y exige a los funcionarios y servidores que intervienen en los diversos procesos de

contratación, a promover e incentivar la participación de ciudadanos ecuatorianos, dándoles un margen de preferencia de acuerdo a los parámetros establecidos por el Ministerio de Industrias. López, 2013).

Capítulo III

3.1 La Administración Pública

La Administración Pública en el Ecuador tuvo influencia de la doctrina española, y como lo expresa Efraín Pérez (2006), se podría hablar más bien de “administraciones públicas”, con personalidad jurídica propia, constituidas por los gobiernos autónomos y los municipios, además del gobierno central, para la ejecución de las políticas públicas. El Art. 3 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ecuatoriana manifiesta que “la Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines”.

Dentro del Estado y de la Administración Pública se encuentran las personas jurídicas de derecho público, que constituyen las "entidades públicas", que tienen una personalidad jurídica distinta de la del Estado, que aunque poseen un principio de autonomía, según las leyes que las regulan, están bajo la tutela de un ministerio, del Presidente de la República, de los organismos de control y del Congreso Nacional, por lo cual se denominan "adscritas", como son las municipalidades, consejos provinciales y las universidades. La mayoría de las entidades públicas y empresas públicas ecuatorianas son una clase de entidades adscritas, aunque también existen empresas públicas consideradas como "entidades autónomas".

La atribución de la personalidad jurídica a las Administraciones Públicas permite asignar a cada una de ellas un conjunto de funciones o materias para su gestión (competencias), así como poderes específicos (potestades) para la consecución de los fines que tienen encomendados. Asimismo, la personalidad

jurídica les habilita para entablar relaciones jurídicas con los ciudadanos, entre ellas mismas y con otros sujetos tanto de carácter público como privado. También permite a los ciudadanos atribuirles las actuaciones u omisiones de que son objeto, y su consiguiente responsabilidad (Vida, 2012).

3.2 Nacimiento del Sistema Nacional de Contratación Pública

El aparato administrativo por sí solo no puede realizar obras, prestar servicios y cubrir suministros suficientes para satisfacer todas las necesidades del país y cumplir los fines del Estado, por lo cual se hace necesario el concurso de personas naturales o jurídicas privadas, con quienes realizar una vinculación contractual. (Idrobo, 1984).

A partir de la revolución juliana en 1925, se destaca el surgimiento de actividades reguladoras del Estado, y se marca el inicio de una transformación del enfoque de la Administración Pública, tanto en la política monetaria, financiera y económica del país, instaurándose una institucionalidad y una burocracia especializada a fin de dar impulso a la obra pública en beneficio de la colectividad. (Pérez, 2006).

En el Ecuador, las disposiciones legales sobre contratación pública se remontan a la Ley de Hacienda en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, cuando se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.

La reforma y codificación institucional de 1998 encarga las funciones de planificación a un organismo técnico de la Presidencia de la República, involucrando al Estado en actividades productivas a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta. La creación de unidades administrativas y ministerios es una tendencia propiciada por el Banco Mundial y el BID que se inicia en los años 80, para en la década de los 90 en que el gran impulso dado a la privatización, se tradujo

en que ningún gran servicio público o importante actividad estatal se concesionó o se privatizó, sino que por el contrario, negocios estatales que produjeron grandes pérdidas, fueron liquidados. (Pérez, 2006).

Ante la necesidad de crear un Sistema de Contratación Pública que articule y controle las adquisiciones de bienes y servicios así como la ejecución de obras y que fomente la generación de empleo y la redistribución de la riqueza, se promulga la Ley de Contratación Pública que fue codificada en el año 2001 y estuvo vigente hasta el 2008. Con fecha 22 de julio de 2008, el Pleno de la Asamblea Constituyente Ecuatoriana expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), la cual determina los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación pública, y cuya mayor innovación es el uso de herramientas tecnológicas y procesos dinámicos, mediante la utilización del portal de compras públicas para cuyo funcionamiento se crea el Instituto Nacional de Contratación Pública y del Registro Único de Proveedores. (Pérez et al, 2011).

Posteriormente, mediante Decreto No. 1248 del 8 de agosto de 2008, el Presidente de la República expide el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo objetivo es el desarrollo y aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la innovación de la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, para lo cual designa como entidad rectora al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCP).

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es una herramienta de información, ordenación y control que permite la interacción de los contratantes, contratistas, la comunidad y los órganos de control; suministra elementos para facilitar la contratación en línea e integra la tecnología que hace más eficiente y

segura la contratación. La Contratación Pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que todos aquellos negocios jurídicos en los cuales intervenga como parte la Administración Pública a nombre y en representación del Estado Ecuatoriano, entran en la órbita de la Contratación Administrativa, e implanta como principios la publicidad, la transparencia, la igualdad y la eficiencia, organizando el uso de procedimientos electrónicos, que no solo moderniza la contratación administrativa, sino que se adapta a la realidad de una sociedad moderna inmersa en la globalización, beneficiando de esta manera la gestión administrativa, pues permite la realización de sus principios y la escogencia de las mejores opciones con celeridad e imparcialidad. (López, 2013).

Según el Art. 7 de la Ley, el SNCP “es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes”.

3.3 El Estado

El Estado se define como un ente compuesto de territorio, población y gobierno. Para Jellinek (1981), es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder y

asentada en un determinado territorio. En resumen, el Estado constituye una entidad dotada de personalidad jurídica, formada por un pueblo establecido en un territorio delimitado bajo la autoridad de un gobierno que ejerce la soberanía.

Para Porrúa (2005), el Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica.

Platón estimaba que la estructura del Estado y del individuo son iguales, y establece el principio de Estado anterior al hombre; expuso que la soberanía política debía someterse a la ley y que solo un Estado en el que la ley fuera el soberano absoluto, haría felices y virtuosos a todos los ciudadanos. Aristóteles por su parte declara que el Estado existe por naturaleza, con límites al ejercicio del poder mediante el derecho y la justicia y concluye que quien no convive con los demás en una comunidad, "o es una bestia, o es un dios".

Por su parte, Luis XIV rey de Francia, dice "El Estado soy yo", que indica la más pura esencia del absolutismo, pues el soberano ejercía el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos. Por otro lado, a la revolución Francesa se le considera como la pauta principal del cambio de la evolución del significado de la palabra Estado.

El desarrollo del Estado Moderno parte de la concepción antropocéntrica del mundo que adoptaron los renacentistas. Jean Bodin añadió a la idea de independencia del poder político, la noción de soberanía, y la misión principal del Estado liberal era la protección de las libertades individuales y el mantenimiento de un orden jurídico, todo esto establecido en la Constitución.

Para Engels “el Estado nace, cuando nace la propiedad privada sobre los medios de producción”, pues en la comunidad primitiva no existía la propiedad privada, por lo tanto no existía el Estado. Fue la necesidad humana de organizarse para subsistir, y luego el surgimiento de la agricultura y la distribución de la tierra entre los miembros de la sociedad lo que dio origen a la propiedad privada. (López, 2013).

Lo que legitima el poder del Estado es el derecho, orden jurídico que regula el funcionamiento de las instituciones y el cumplimiento de las leyes por las que debe regirse la colectividad. Al mismo tiempo que lo legitima, el derecho limita la acción del Estado, mediante normas, códigos de leyes y básicamente las constituciones políticas, que son las que definen los derechos y deberes de los ciudadanos y las funciones y límites del Estado.

Para los marxistas el Estado no ha existido siempre, hubo un tiempo en donde los vínculos generales, la sociedad misma y la organización del trabajo se mantenían gracias a la fuerza de la costumbre o debido al respeto que los jefes ejercían sobre la comunidad. En la antigüedad, el Estado era un aparato de dominación religiosa, cultural y política. Para esta corriente ideológica la igualdad jurídica y las declaraciones formales de libertades en los estados formales encubrían una desigualdad económica y una situación de explotación de unas clases sociales por otras. (Rodríguez, 2012).

Como se puede intuir a partir de la definición de Estado, se trata de algo bastante fácil de confundir con el Gobierno, sin embargo la diferencia radica en que en el gobierno diferentes personas ocupan cargos durante períodos de tiempo previamente delimitados, mientras que el Estado opera bajo instituciones permanentes en el tiempo.

Ciertos autores consideran la unidad de una nación como base material del Estado; sin embargo para Dromi (2013), la relación social individuo-sociedad se traduce en la relación ciudadano-Estado, generando deberes y derechos a las partes de la relación, siendo la Constitución la cima del ordenamiento jurídico quien otorga competencias al Estado y reconoce derechos y garantías a las personas. El Estado, como persona jurídica, actúa a través de órganos y entes para realizar sus funciones específicas para lo que asume distintas formas de organización: centralización, descentralización y desconcentración.

Jorge Machicado (2013), manifiesta que el Estado es la sociedad política y jurídicamente organizada capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares del exterior. Clasifica a los estados en: Unitario, Confederado, Simple, Compuesto y Plurinacional.

Nuestra Constitución en su Art. 1 define al Estado Ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. Determina además que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, la cual se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

3.4 Potestad Estatal en los Contratos Públicos

El Estado posee facultades jurídicas, materiales y técnicas que le corresponden como persona jurídica de derecho público y realiza actividades por medio de los órganos que integran la Administración Pública, tanto nacional como provincial y municipal, tendientes a conseguir el bienestar general. Es decir, el Estado establece

un conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar.

La Administración Pública, desde el punto de vista jurídico-político es la organización encargada de tomar decisiones políticas y hacerlas cumplir mediante una serie de órganos o departamentos, bajo un modelo burocrático ideado por Max Weber que se basa en la racionalidad instrumental y en el ajuste entre objetivos y medios. (López, 2013).

García de Enterría (2008) expresa que “la Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio”, mientras que nuestra Constitución, en el Art. 227 establece: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

En lo que se refiere a la potestad estatal en los contratos públicos, Giannini (1991) encuadra la administración en un poder del Estado quien es el promotor del desarrollo económico y social de un país. Así para que el Estado cumpla con los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar derechos fundamentales de las personas, debe ser poseedor de facultades y potestades públicas, ajenas al derecho privado, que le permitan ahondar en el contrato estatal, con su propia autonomía del derecho administrativo y una dogmática propia contenida en sus planes de desarrollo económico y social.

Jorge Zavala Egas (2011) al referirse a la Teoría de las Potestades Administrativas manifiesta que “a ese Poder público aprehendido por el Derecho, es decir, formalmente juridificado, se incorporan potestades, como las legislativas, las jurisdiccionales y las ejecutivas-administrativas”. Por lo tanto, la Administración

Pública tiene potestades inherentes al Estado, esta potestad administrativa dentro del marco regulatorio de la Contratación Pública del Ecuador, comprende la expedición de Leyes, Reglamentos y Resoluciones Administrativas, a efectos de complementar el procedimiento de las Compras Públicas. Y continúa refiriéndose a las potestades regladas y discrecionales:

... la atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una fórmula de aplicación en todos los casos. Pero, ello supuesto, existe a continuación una distinción capital en el modo como esa atribución se realiza: la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya el supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias; o bien, por el contrario, definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, bien de ambos elementos. (Zavala, 2011).

La Administración Pública al ejercitar sus potestades administrativas, debe siempre observar y respetar los principios que rigen a ésta, en el caso de la Contratación Pública, y deberá observar que no se vulneren los principios de legalidad, oportunidad, trato justo e igualdad.

La Constitución vigente, en su artículo 316 determina que:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

También en nuestra Constitución se establece la función de Transparencia y Control Social, y tiene como órgano principal el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y cuenta además con la Contraloría General del Estado, las Superintendencias y la Defensoría del Pueblo, erigidas todas ellas en los artículos 207 al 216 de la Carta Magna. (Pérez, 2006).

3.5 Potestad Sancionadora de la Administración Pública

La potestad sancionadora es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad.

Este poder de sancionar venía siendo entendido contrario al principio de separación de poderes, ya que la Administración no solo sanciona sino que ejecuta las sanciones. Este panorama, actualmente, ha cambiado sustancialmente en nuestro Derecho porque la Constitución ha legitimado el poder sancionador de la Administración.

"La potestad sancionadora de la Administración se inspira por una serie de principios como el de legalidad material, irretroactividad, tipicidad, y proporcionalidad; los que al mismo tiempo son un límite a dicha potestad". Cuando se establece que dichos principios son un límite se debe entender que el ejercicio de la potestad sancionadora no implica que los destinatarios de las sanciones se encuentren desprotegidos o que no apliquen las garantías constitucionales generales, tales como el debido proceso o el derecho de igualdad, sino todo lo contrario, que de manera permanente puede hacer uso de ellas aún cuando no se circunscriban de manera estricta al ámbito del Derecho Penal. (Carruitero, 2012).

Los principios del Derecho Sancionador Administrativo, y por tanto, de la potestad sancionadora, son sustancialmente iguales a los del Derecho Penal, y emanan de la Convención Europea de Derechos Humanos. Así, en el Art. 11.9 de nuestra Constitución se establece: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución". A través de la

potestad sancionadora, la Administración, puede cumplir sus fines constitucionales; sin embargo hay la necesidad de someter esta potestad a los mecanismos de limitación y control del poder.

Estos principios son:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. Este principio está sustentado en lo dispuesto por el art. 76.3:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. El debido proceso adjetivo o formal, es decir un conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa del administrado; y el debido proceso sustantivo que implica la compatibilidad de los pronunciamientos jurisprudenciales con los estándares de justicia o razonabilidad.

3. Razonabilidad.- Las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;

- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

El Procedimiento administrativo sancionador implica regular el ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración respecto a sus agentes, con el fin de conservar el buen orden en el desarrollo de la función pública. El cumplimiento de las disposiciones contenidas en las normas legales o administrativas no solamente constituye una obligación para los funcionarios y servidores públicos dentro de su actuación, sino también constituye una obligación para los administrados

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia y otorgar al administrado un plazo para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 7 del Artículo 76 de la Constitución. (Carruitero, 2012).

Sí bien existen algunos autores como Roberto Dromi (2009), que consideran que las sanciones administrativas se vinculan al ejercicio del poder de policía de la Administración Pública, existen otros como Marco Morales Tobar (2011), quienes afirman que hay una estrecha relación entre las actividades derivadas del poder de policía de la administración pública y el ejercicio de las sanciones administrativas, y sin embargo no es la única en donde se puede aplicar la potestad sancionatoria de la administración pública, tanto central como seccional, puesto que la misma puede ser

ejercida, inclusive, como una derivación del plano contractual que ejecute la administración pública con los particulares.

La principal crítica que se formula al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración pública consiste en afirmar que se estaría afectando el monopolio judicial, esto es, que dentro de un esquema estatal de división de poderes, la administración pública estaría arrogándose funciones de juzgamiento y sanción que le corresponden a los jueces y órganos de la Función Jurisdiccional, además de su supuesta falta de imparcialidad; y es que la administración pública se convierte en juez y parte, puesto que es la que conoce, tramita y resuelve el expediente administrativo sancionatorio y, por regla general, es la denunciante de la infracción administrativa cometida por el particular. (Salmon, 2011).

3.6 Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP

En el preámbulo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se manifiesta:

Que, es necesario crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.

Ante esta necesidad se creó El Instituto Nacional de Contratación Pública, como consta en su Art. 10:

Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director Ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

El INCOP es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo fin fundamental es velar porque se cumplan los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, etc. en los procedimientos de contratación. (López, 2013). Las instituciones u organismos públicos determinados por la Constitución constan en el Art. 225, al manifestar:

El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

3.7 Potestades y Atribuciones del Instituto Nacional de Contratación Pública

Los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública se encuentran consignados en el Art. 9 de la LOSNCP, y son los siguientes:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;

8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

Y en el Art. 10 de la mencionada ley, se manifiestan las atribuciones que tiene el

INCP, que son:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;
16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,
17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.

Las potestades del INCP fueron consagradas por la Asamblea Nacional al crear el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), cuya rectoría la ejerce el Instituto Nacional de Contratación Pública como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, lo cual le confiere atribuciones para promover, ejecutar y administrar la política de contratación pública.

Estas prerrogativas incluyen la potestad de revisión, de revocación e invalidación de los actos administrativos sin intervención, en principio, de los tribunales de justicia. Otras de las prerrogativas que tiene este organismo son: la terminación unilateral y anticipada del contrato, la imposición de multas y el derecho de declarar a los oferentes y contratistas como adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos mediante acto administrativo válido, previo la ejecución de las garantías.

A este respecto debemos manifestar que si bien este organismo debe limitarse a las leyes de su naturaleza, sin arrogarse otras no contempladas en sus leyes como son el retener dineros por concepto de indemnización de daños y perjuicios sin la demanda previa, o la exigencia al contratista de obligaciones no contempladas en el contrato, pues esto contravendría el principio de legalidad instaurado en la Constitución de la República; sin embargo, fundamentada en el principio de ejecutoriedad, la Administración está facultada a ejecutar por si misma sus actos sin

necesidad de intervención judicial, siempre basada en una resolución que le sirva de fundamento jurídico.

En lo referente a contratos públicos, nuestra Constitución en su artículo 173 establece que “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, es decir que las reclamaciones de los particulares sobre los actos administrativos precontractuales y pos contractuales, así como los comités de contrataciones, deben interponerse primero ante la Administración, antes de recurrir a la vía judicial (contencioso administrativa).

Finalmente, La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Art. 14 determina que el control será “intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello”, en sus fases precontractual, de ejecución y de evaluación. Este control será ejercido por la Administración Contratante y por entidades especializadas definidas en la Constitución, éstas son: La Contraloría General del Estado que controla que los recursos económicos necesarios en la celebración y ejecución de los contratos públicos estén bien empleados y tiene potestad para determinar responsabilidades administrativas, civiles y presentar indicios de responsabilidades penales para las partes contratantes; y la Procuraduría General del Estado que proporciona asesoría legal y de representación judicial del Estado y controla la correcta celebración de los contratos del sector público.

A partir del 14 de octubre de 2013, mediante las Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta de Ley Orgánica Reformativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial Suplemento 100, se sustituye la denominación de Instituto Nacional de

Contratación Pública o INCOP, por la de “Servicio Nacional de Contratación Pública” o SERCOP. Asimismo, se señala que en el texto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde diga “Portal www.compraspublicas.gov.ec”, deberá constar “portal institucional”.

En la mencionada Ley Orgánica Reformatoria se hacen algunos cambios o adiciones, a saber:

Art. 2, se reforma el numeral 8 en su parte final:

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.

En el Art. 6. Se agrega el numeral 9ª:

Delegación.- Es la traslación de determinadas facultades y atribuciones de un órgano superior a otro inferior, a través de la máxima autoridad, en el ejercicio de su competencia y por un tiempo determinado.

Son delegables todas las facultades y atribuciones previstas en esta Ley para la máxima autoridad de las entidades y organismos que son parte del sistema nacional de contratación pública.

La resolución que la máxima autoridad emita para el efecto podrá instrumentarse en decretos, acuerdos, resoluciones, oficios o memorandos y determinará el contenido y alcance de la delegación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, de ser el caso. Las máximas autoridades de las personas jurídicas de derecho privado que actúen como entidades contratantes, otorgarán poderes o emitirán delegaciones, según corresponda, conforme a la normativa de derecho privado que les sea aplicable.

En el ámbito de responsabilidades derivadas de las actuaciones, producto de las delegaciones o poderes emitidos, se estará al régimen aplicable a la materia.

Se reforma el numeral 15 del Art. 6:

15. Local.- Se refiere a la circunscripción territorial, sea parroquial rural, cantonal, provincial, regional, donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública.

Se reforma el numeral 16 del Art. 6.

16. Máxima Autoridad: Quien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad u organismo contratante. Para efectos de esta Ley, en los gobiernos autónomos descentralizados, la máxima autoridad será el ejecutivo de cada uno de ellos.

También se reforma el numeral 21:

21. Origen Nacional: Para los efectos de la presente ley, se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

Y el numeral 22.

22. Participación Local: Se entenderá aquel o aquellos participantes habilitados en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio, al menos seis meses, en la parroquia rural, cantón, la provincia o la región donde surte efectos el objeto de la contratación. Todo cambio de domicilio de los participantes habilitados, deberá ser debidamente notificado al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

En el Art. 35 se reforma el inciso primero:

Art. 35.- Adjudicatarios Fallidos.- Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP.

Y se agregan los incisos tercero y cuarto:

Con la declaratoria de adjudicatario fallido, la máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato al siguiente oferente según un orden de prelación, de convenir a los intereses nacionales o institucionales. Si no es posible adjudicar el contrato al oferente según el orden de prelación, el procedimiento será declarado desierto por oferta fallida; en dicha declaratoria deberá constar de forma motivada los justificativos para la no adjudicación al segundo lugar.

Se reforma el inciso segundo del Art. 37:

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estos personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces

autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Los incisos segundo y penúltimo del Art. 74 se reforman:

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

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.

También se reforma el último inciso del Art. 81:

En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formule ningún pronunciamiento ni inicie la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará obligatoriamente que dicha recepción se produjo; la negativa del funcionario será causal de sanción por parte del Consejo de la Judicatura. La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente.

Inciso final agregado

La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor, respecto de los contratistas de obras, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega recepción previstas, o si no las suscribieren en el término de diez días, contado desde el requerimiento formal de la entidad contratante. La recepción presunta por parte de la entidad contratante, la realizará la máxima autoridad o su delegado mediante resolución motivada, que será notificada al contratista de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de esta Ley.

Se reforma el Art. 88:

Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieron 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 veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.

Además de los artículos o numerales reformados, también la Asamblea Nacional sustituyó otros artículos o numerales, y agregó otros, los cuales detallamos a continuación:

En el Art. 10 se sustituye los incisos primero y segundo:

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República. El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones...

Sustituye los numerales 15, 16 y 17:

15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;
16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;
17. Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;

Y se agrega el numeral 18:

18. Las demás establecidas en la presente ley, su reglamento y demás normas aplicables.

En el Art. 11 se sustituye el numeral 1, se agrega el numeral 6 y se reforma el último inciso:

1. El Ministro responsable de la Producción, Empleo y Competitividad, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente.
6. La máxima autoridad del organismo encargado de la inclusión económica.
Actuará como Secretario el Director General o la Directora del SERCOP, quien intervendrá con voz pero sin voto.

El artículo 25 de la LOSNCP fue reemplazado por los artículos 25.1 y 25.2:

Art. 25.1.- Participación Nacional.- Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional,

mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.

Art. 25.2.- Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación.

La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

Para la aplicación de las medidas de preferencia se utilizará el siguiente orden de prelación:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas Empresas; y,
4. Medianas Empresas.

Estas medidas de preferencia se otorgarán siempre que su oferta se considere como de origen ecuatoriano de acuerdo con la regulación correspondiente.

Se sustituye el Art. 33:

Art. 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

- a. Por no haberse presentado oferta alguna;
- b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;
- c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;
- d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del

- inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,
- e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. Podrá declararse el procedimiento desierto parcial, cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems. La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

En el Art. 41 se sustituye el numeral 2.

2. Acreditar antecedentes y experiencia en la realización de trabajos similares, según la magnitud y complejidad de la contratación;

Se agrega el inciso tercero al Art. 47:

De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única de negociación entre la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente.

Se sustituye el Art. 50:

Art. 50.- Procedimiento de Cotización.- Este procedimiento, se utilizará en cualquiera de los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,000003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En cualquiera de los casos previstos en los numerales anteriores, se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores.

Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la entidad contratante, y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el SERCOP en su calidad de organismo nacional responsable de la contratación pública.

En el Art. 51 se sustituyen los dos últimos incisos:

En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad.

En el caso previsto en el numeral 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados en participar en dicha contratación. Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de obras alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes.

Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras.

Se sustituye el Art. 52.

Art. 52.- Contratación Preferente.- En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.

Para la contratación de obra que se selecciona por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas, o sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en

el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.

Además, se agrega la Sección II, ÍNFIMA CUANTÍA, con el correspondiente

Art. 52.1:

Art. 52.1.- Contrataciones de ínfima cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, exceptuando los de consultoría, que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3.- Las contrataciones de obras que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente, cuyo presupuesto referencial sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente. En el caso de que el objeto de la contratación no sea el señalado en este numeral, se aplicará el procedimiento de menor cuantía.

Las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores. Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos pre-contractuales; para el efecto, las entidades contratantes remitirán trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas. Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes.

El reglamento a esta Ley establecerá los procedimientos para la aplicación de esta modalidad.

En el Art. 58 que se refiere a la adquisición de bienes inmuebles se sustituye el inciso segundo:

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días; sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.

Y el inciso séptimo:

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. El juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente.

A continuación se inserta el CAPÍTULO VI. Feria Inclusiva, que en su Art.

59.1 expresa:

Art. 59.1.- Feria Inclusiva.- La Feria Inclusiva es un procedimiento que se utilizará preferentemente por toda entidad contratante, con el objeto de adquirir obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados. En este procedimiento únicamente podrán participar, en calidad de proveedores los productores individuales, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, las micro y pequeñas unidades productivas.

En el Art. 73 se agrega el último inciso:

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años.

En el Art. 87 se reemplaza el primer inciso por los siguientes:

Normas para la aplicación de los contratos complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para el caso de obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera:

1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la presente Ley.
2. Para el caso de rubros nuevos se empleará el artículo 89 de esta Ley.

3. Si se sobrepasa los porcentajes previstos en los artículos señalados en los numerales que preceden será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que éstos no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades a los que se refiere este capítulo, para el caso de obras, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

En el Art. 95 se reemplazan los incisos segundo y final:

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

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

En el Art. 99 se sustituyen los incisos 3 y 4 por los que presentamos a continuación:

La Entidad contratante, obligatoriamente seguirá la acción correspondiente, en contra de él o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión la entidad debió indemnizar a contratistas o proveedores, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales.

Será causal de cesación de funciones por destitución o desvinculación sin derecho a indemnización alguna, tanto en el régimen común como en el especial, el servidor público, empleado u obrero de una empresa pública, o quien tenga relación laboral con el Estado a través de las entidades a las que se refiere el artículo 1 de esta Ley, luego del debido proceso pertinente por el hecho de aceptar invitaciones, viajes de observación, giras promocionales, atenciones sociales, invitaciones institucionales o promocionales, o cualquier otro tipo de evento solventado por el oferente

o contratante, para sí, para miembros de su familia o terceros a nombre del servidor público, empleado u obrero de una empresa pública o quien tenga relación laboral con el Estado, lo que será sancionado de conformidad con la Ley correspondiente.

Las entidades contratantes están prohibidas de incluir en el presupuesto referencial y en el precio del contrato los costos de cualquier reunión de trabajo, visita, inspección, recepción, proceso de capacitación, transferencia de conocimiento, entre otros. Se exceptúa de esta disposición los eventos de transferencia de conocimiento que sea en fábrica o para eventos de alta especialidad tecnológica o del conocimiento que estará previsto en el reglamento de aplicación a esta Ley, en todo caso los costos de estas actividades los cubrirá la entidad contratante mediante la aplicación de la normativa correspondiente.

Se sustituyen los Arts. 102 y 103:

Art. 102.- 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 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 oferentes.

Art. 103.- 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 (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) 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.

Se agrega el Título VI De las Infracciones y Sanciones, con sus artículos 106,

107 y 108:

Art. 106.- Infracciones de proveedores.- A más de las previstas en la ley, se tipifican como infracciones realizadas por un proveedor, a las siguientes conductas:

- a. No actualizar la información en el Registro Único de Proveedores dentro del término de diez días de producida la modificación;
- b. Participar en uno o más procedimientos de contratación, sin estar habilitado en el Registro Único de Proveedores, salvo que se trate de un procedimiento exento de este requisito;
- c. Proporcionar información o realizar una declaración errónea respecto de su calidad de productor nacional; y,
- d. Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento.

Art. 107.- Las infracciones previstas serán sancionadas con la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días.

La reincidencia será sancionada con suspensión en el mismo registro de entre 181 y 360 días, sin perjuicio de las demás sanciones, que para cada infracción, se establezcan en las respectivas normas.

La aplicación de las sanciones establecidas en el presente artículo, se regirán por el Reglamento y demás normativa expedida para el efecto.

Art. 108.- Cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública tuviere conocimiento del cometimiento de una o más infracciones previstas en este título, de oficio o a petición de parte, notificará al proveedor correspondiente para que en el término de diez días, justifique los hechos producidos y adjunte la documentación probatoria que considere pertinente.

Vencido el término previsto, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP resolverá lo que corresponda en el término de diez días, mediante resolución motivada que será notificada a través del portal institucional.

En cuanto a las Disposiciones Generales, la Ley Orgánica Reformativa agrega dos disposiciones:

SÉPTIMA.- En cualquiera de las modalidades de contratación previstas en esta Ley, las empresas oferentes, al momento de presentar su oferta, deberán presentar la nómina de sus socios o accionistas para verificar que los mayoritarios no estén inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública. La proporción de la participación de los socios o acciones que constituirá inhabilitación para intervenir en procesos de contratación pública será definida en el reglamento de aplicación a esta ley.

OCTAVA.- Acción Pública.- Se concede acción pública para denunciar cuando se detectare o tuviere conocimiento de actos de corrupción tanto por parte de la entidad contratante como del contratista, a través de la Contraloría General del Estado u otras instituciones de control y la sociedad civil, los que serán sancionados de acuerdo a los procedimientos administrativos, civiles o penales de comprobarse su responsabilidad.

Y agrega las siguientes Disposiciones Transitorias:

PRIMERA.- Los bienes y servicios que se comercialicen en el mercado público serán normalizados por la entidad competente encargada de la normalización, en su falta, los responsables de establecer transitoriamente los lineamientos y parámetros que deberán ser observados en el proceso de contratación, son el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP y las entidades contratantes, en el orden indicado y de manera excluyente.

SEGUNDA.- El organismo nacional responsable del sistema de contratación pública, cuando corresponda, y en un término no mayor de treinta días contados a partir de la vigencia de esta ley, actualizará los modelos de pliegos o documentos precontractuales en función de las nuevas disposiciones.

TERCERA.- Sustitúyase la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", "INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y las siglas "SERCOP", respectivamente.

CUARTA.- A partir de la vigencia de esta Ley, en el término de 30 días, el Servicio Nacional de Contratación Pública, codificará y actualizará todas las resoluciones emitidas a fin de que se encuentren en concordancia con lo establecido en esta Ley.

QUINTA.- El portal institucional, incorporará mecanismos de difusión intercultural bilingüe. En el texto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde diga: "Portal www.compraspublicas.gov.ec", sustitúyase por la frase "portal institucional".

SEXTA.- En el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la

publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Presidente de la República dictará el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, adecuándolo con las disposiciones constantes en la presente reforma.

Finalmente, se agregan las siguientes Disposiciones Reformatorias y un Artículo final:

PRIMERA.- Refórmese el artículo 42 de la Ley General de Seguros, de la siguiente manera:

a. Sustitúyanse las palabras: "cuarenta y ocho (48) horas", por las palabras: "diez (10) días"; y,

b. En el inciso final del mismo artículo luego de las palabras: "inmediata de las operaciones" se incluirá el siguiente texto:

"...El incumplimiento de esta disposición dará lugar al establecimiento de las sanciones respectivas por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones en el Sistema Nacional de Contratación Pública. La reincidencia de una compañía aseguradora en cuanto al no pago de una póliza que instrumente una de las garantías en el ámbito de la contratación pública, dentro del término previsto, será sancionada con la inscripción en el registro de incumplimientos a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública, por dos años, contados a partir del requerimiento formal de la entidad contratante".

Nota: Disposición agregada por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013.

SEGUNDA.- Refórmese el numeral 7 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de la siguiente manera:

7. PROHIBICIONES.- Las autoridades nominadoras de los miembros del Directorio, los miembros del Directorio, Gerentes, Subgerentes, servidores de libre nombramiento y remoción, servidores públicos de carrera y obreros de las empresas públicas, están impedidos de intervenir a título personal en negociaciones y en cualquier procedimiento de contratación con las empresas públicas, por sí o por interpuesta persona, por intermedio de su cónyuge, personas en unión de hecho o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Tampoco podrán contratar con la empresa pública donde presten sus servicios, a través de personas jurídicas en las que sean accionistas o socios. Si así lo hicieren, a más de la respectiva descalificación de la oferta, serán sancionados y sujetos a las acciones civiles y penales a que hubiere lugar observando el derecho al debido proceso.

Artículo Final.- La Presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Como se puede observar, los cambios más significativos realizados en la Ley Orgánica de Contratación Pública son la inserción de la Sección II, ÍNFIMA CUANTÍA, del Capítulo VI FERIA INCLUSIVA, la Disposición General Octava que concede acción pública para denunciar actos de corrupción y la Disposición Transitoria Quinta que dispone que el portal institucional incorporará mecanismos de difusión intercultural bilingüe.

Capítulo IV

4.1 Causales para la terminación de los Contratos

Los causales de terminación de los Contratos Públicos se hallan determinados en el Art. 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y son:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales.
2. Por mutuo acuerdo de las partes.
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista.
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista, y
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en la decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Los contratos administrativos pueden terminarse por dos razones: 1) por cesación de sus efectos, y 2) por extinción. En el primer caso termina normalmente, es decir que cesa de producir efectos porque ha existido legalmente hasta ese momento, tratándose entonces de contratos ejecutados o cumplidos; y en el segundo caso termina en forma “anormal” porque se produce por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión o rescate. (Marienhoff, 1977).

4.1.1 Por caducidad.

La caducidad procede cuando el contratista particular ha incurrido en incumplimiento imputable o atribuible de las obligaciones a su cargo. Esta pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, o sea privando al contratista del ejercicio de los derechos que le habían sido conferidos por el contrato. (Dromi, 2009).

Para Marienhoff (1977), la caducidad es una de las medidas represivas o sanciones de carácter definitivo utilizables por la Administración Pública respecto a

su cocontratante, mientras Jaime Vidal (1985) asegura que ésta se da por incumplimiento del contratista o imposibilidad que la ley prevé de realizarlo. Efraín Pérez (2009) manifiesta que la caducidad opera por causas objetivas de incumplimiento, en referencia a aquellas que están determinadas en la Ley, entre las que se menciona la falta de prestación de las garantías contractuales, el incumplimiento de los plazos por parte del contratista, falta de pago por la Administración, etcétera.

4.1.2 Por revocación.

La revocación extingue actos jurídico-administrativos. Es un acto unilateral del Estado (Marienhoff, 1977). Para Pérez (2009), esta consiste en el retiro unilateral de un acto válido y eficaz por motivo sobreviniente, o de un acto irregular; la eliminación de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público.

La revocación implica una terminación del contrato administrativo, la administración pública puede considerar que no es conveniente continuar un contrato. Esta decisión se da por causas subjetivas, es unilateral, en ejercicio de la potestad administrativa, pero comporta el pago de indemnización al que resulte afectado.

Son causales de la revocación, la muerte o incapacidad del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, la declaración de quiebra o el concurso de acreedores, por la modificación de las obligaciones contractuales por parte de la Administración y que tales modificaciones impliquen una variación sustancial de las mismas, en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, entre otras. (Vidal, 1985).

4.1.3 Por anulación.

Es la eliminación de un acto administrativo en virtud de los vicios que le afecta, es decir por razones de legalidad. (Pérez, 2009). Según Ramón Parada (2010), “por exclusión, son causas de anulabilidad de Derecho Administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la Ley en que hayan podido incurrir los contratos celebrados.

Para Luciano Parejo (2011), en los contratos administrativos puede ser causa de nulidad: a) por ilegalidad de su clausulado, y b) ilegalidad de alguno de sus actos preparatorios o de los de adjudicación provisional o definitiva.

La nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad absoluta sanciona la omisión de los requisitos prescritos para el valor de un contrato en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes contratantes; en cambio la nulidad relativa sanciona las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del contrato, en consideración de la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. (López, 2013).

4.1.4 Por renuncia.

Procede en los contratos administrativos de “atribución” que se celebran principal y directamente en el interés privado o particular del cocontratante, más no en los contratos de “colaboración” que se celebran para atender en forma directa e inmediata las exigencias del interés público. Como acto jurídico, la renuncia idónea para extinguir el contrato es unilateral, es decir no requiere aceptación por parte del Estado, aunque sí debe ser advertido y notificado. (Marienhoff, 1977).

La renuncia constituye la abdicación a continuar o ejecutar un determinado contrato, y lo dejan sin efecto por voluntad de los particulares a cuyo favor se ha

expedido el contrato. En general los actos administrativos favorables a los ciudadanos pueden ser renunciados. (Pérez, 2009).

Alvaro Mejía (2011), citando a Hernando Davis Hechandía afirma que la renuncia de un derecho procesal puede hacerse antes de usar ese derecho, pero dentro de un proceso, pues al haber sido ya accionado, solo cabe el desistimiento cuando la ley no lo prohíba.

4.1.5 Por rescisión.

Roberto Dromi (2009) manifiesta que es el modo de extinción de los contratos en vías de ejecución, y esta puede ser unilateral cuando está habilitada en los supuestos de culpa de una de las partes, o bilateral o convencional que es cuando las partes resuelven por mutuo consentimiento poner fin a las obligaciones emergentes del contrato.

Según Marienhoff (1977), entiéndese por rescisión tanto el acto emitido por acuerdo de partes poniendo fin al contrato (bilateral), como el acto que se emite por una de las partes a raíz de hechos, comportamientos o conductas de la otra (unilateral), que por disposición del derecho aplicable autoricen la finalización o terminación del contrato. La Administración Pública tiene la potestad de declarar la rescisión según que la causal pertinente esté o no prevista en el contrato y no requiere texto expreso que la consagre.

4.1.6 Por rescate.

Consiste en la decisión unilateral del Estado, por razones de interés público o general, de poner fin al contrato antes de la fecha fijada para ello, asumiendo en

forma directa la ejecución o cumplimiento del objeto de ese contrato. Solo se aplica a los contratos de colaboración, no a los de atribución. (Marienhoff, 1977).

El rescate se justifica por razones de interés público y puede producirse en cualquier momento que el interés general así lo exija; no requiere preaviso, sin embargo debe notificárselo y debe indemnizarse al concesionario. (Dromi, 2009).

4.2 Terminación Unilateral de los Contratos en materia de Contratación

Pública

El Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

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:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza;
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.

4.2.1 Por incumplimiento del contratista.

El cumplimiento del contrato supone que el contratista haya realizado la totalidad de su objeto, de acuerdo con los términos estipulados. El incumplimiento del contratista le otorga al Estado la opción de dar por terminado en forma unilateral el contrato, siempre y cuando esta decisión sea dirigida a proteger el interés público,

y luego de probar debidamente el incumplimiento con los informes técnicos respectivos. (López, 2013).

4.2.2 Por quiebra o insolvencia del contratista.

La quiebra es la situación jurídica en la que una persona jurídica no puede pagar o cumplir sus obligaciones pues no dispone de recursos económicos. En cambio la insolvencia se declara a las personas naturales que son incapaces de cumplir una obligación por falta de recursos. El efecto de esta situación es que el fallido queda inhabilitado de administrar sus bienes, y en consecuencia de ejecutar las obligaciones derivadas del contrato público. (López, 2013).

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

Si las multas superan el 5% del monto contractual, la Administración Pública puede terminar el contrato anticipada y unilateralmente, siempre y cuando la ejecución no se encuentre tan avanzada que sea preferible imponer las multas y continuar con el mismo contratista. (Pérez, et al, 2011).

El ente Estatal, tiene la potestad de dirección, vigilancia y control en la ejecución del contrato, por lo que puede establecer multas unilateralmente. La consecución de los fines estatales mediante la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato, constituye la base sobre la que se asienta la contratación pública.

Para ejemplificar este causal para la terminación unilateral del contrato, hacemos referencia al contrato suscrito con fecha 21 de junio del 2011 entre el Gobierno Autónomo de la Provincia de Orellana y el Ing. Carlos Alberto Esparza Inca para la elaboración del estudio para la construcción del puente sobre el río Lipino, con un

plazo de ejecución de 60 días contados a partir de la entrega del anticipo. De acuerdo con el informe técnico-económico suscrito por la fiscalizadora de obra y en vista de que el consultor no ha entregado dentro del plazo los estudios objetos del contrato y al haber superado el valor de las multas el 5% del valor del contrato, además de constituirse la mora de 99 días, amparados en los numerales 1 y 3 del Art. 94 de la LOSNCP y cláusulas 18.03.1 y 18.03.3 del contrato suscrito, y en cumplimiento del Art. 95 de la LOSNCP que dice: “Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS”, se notificó al contratista con la terminación unilateral del contrato.

4.2.4 Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

Esta decisión constituye un causal para la terminación unilateral del contrato, siendo también imputable a la entidad contratante, la suspensión de los trabajos dispuesta por ella, debiendo sin embargo cumplir con formalidades y antecedentes legales para la validez de la orden. (Pérez, 2009).

Bastan los informes técnicos de los responsables de la administración, supervisión y fiscalización del contrato para constituir en mora al contratista, a quien se le aplicará las sanciones pactadas como las multas, en caso de que no exista fuerza mayor o caso fortuito. (López, 2013).

4.2.5 Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta

Ley.

El Art. 64 de la LOSNCP dice que en este caso:

...la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista... Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

La disposición establecida en este artículo está ligada a lo señalado en los dos artículos anteriores (Arts. 62 y 63), que hacen referencia a las inhabilidades generales y especiales para la celebración de los contratos públicos.

Como ejemplo de esta causal mencionamos la sentencia expedida el 3 de junio de 2010 por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en Cuenca, en el juicio seguido por el señor Emiliano Esteban Armijos Córdova en contra del Gobierno Municipal del cantón San Juan Bosco de la provincia de Morona Santiago y el Procurador Síndico, en el que se acepta la demanda y declara nulidad e ilegitimidad del acto administrativo de dar por terminado unilateralmente el contrato para la elaboración de “Estudios Integrales del Proyecto de Relleno Sanitario del cantón San Juan Bosco”, terminación que se la hizo amparándose en el incumplimiento del Art. 62, numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Art. 10 de la Ley del Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil y otros causales.

Ante esta sentencia, el Gobierno Municipal de San Juan Bosco interpuso el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, quien mediante Resolución N° 535-2013, casa la sentencia del Tribunal Distrital porque “ésta declara una falsa voluntad de la normativa estatal” y declara legal la resolución administrativa de la

mencionada Alcaldía, aceptando el vicio de errónea interpretación del artículo 38 de la LOSNCP al contratar a un ingeniero comercial para realizar un trabajo de ingeniería civil, pero sin considerar que dicho contrato se haya celebrado contra expresa prohibición legal.

De acuerdo con Marco Idrovo (1993), en los contratos administrativos no se puede contratar con cualquier persona sin los conocimientos científicos respaldados por el título profesional, exigencia que no puede tolerar falsas calidades con disimulados caracteres de legalidad, pues además de la normativa de la Contratación Pública, debe sujetarse también a la Ley de Servicios Personales, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, y en el caso arriba mencionado, a la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería.

Otro ejemplo que refuerza la motivación de la terminación unilateral del contrato por este causal, está claramente expresado en la Consulta hecha por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas a la Procuraduría General del Estado en el año 2009, y que se refiere a la inhabilidad del contratista señalada en el Art. 62, numeral 2 de la LOSNCP (parentesco con funcionarios o servidores de la entidad contratante).

A este respecto, la Procuraduría General se pronuncia en el sentido de que el numeral 2 del Art. 62 de la LOSNCP contempla como “Inhabilidades generales” a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, términos que además están descritos en los Arts. 22 y 23 del Código Civil.

Manifiesta además que de acuerdo con el Art. 20 del Reglamento, los pliegos establecen las condiciones para la contratación, no pudiendo afectar el trato igualitario para todos los oferentes ni establecer diferencias entre ellos. Y continúa manifestando que la inhabilidad señalada se extiende a la contratación de persona jurídica, debiendo establecerse en esos casos, quién es el verdadero responsable, pues

si bien las personas jurídicas son distintas a sus socios, la inhabilidad de sus representantes, produce como consecuencia la inhabilidad de la compañía o consorcio, lo cual es un impedimento para la contratación. De tal forma que, amparándose en el Art. 64 de la LOSNCP, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato sin que se proceda a reconocer indemnización alguna al contratista.

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

La Administración Pública, basada en las prerrogativas que tiene en la contratación, puede establecer cláusulas exorbitantes que contengan causales para la terminación del contrato de acuerdo a su naturaleza, las mismas que deben estar expresamente señaladas para que proceda su terminación. (López, 2013).

4.2.7 Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, y si el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

Este causal se refiere concretamente a situaciones imprevisibles, debidamente probadas, que no son imputables a ninguna de las partes, y siempre y cuando el contratista se niegue a la terminación de mutuo acuerdo; además el artículo concluye con la siguiente disposición: “En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido”.

4.3 Procedimientos

Para que la terminación unilateral del contrato tenga sustento técnico y jurídico, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, como son:

4.3.1 Informes técnicos y económicos.

Los informes técnicos dependerán de la naturaleza del contrato, y serán sustentados con la determinación clara de incumplimiento o mora de parte del contratista y los emitirán los supervisores o fiscalizadores. El informe económico lo presentará el director financiero respecto de las obligaciones de ambas partes.

4.3.2 Notificación.

La Administración Pública debe notificar al contratista, con la anticipación de 10 días término, su decisión de terminar el contrato anticipada y unilateralmente, señalando claramente el incumplimiento o mora, para lo cual adjuntará los informes técnico y económico; además la entidad contratante debe advertir al contratista que la no remediación en el plazo fijado, causará la declaración de terminación unilateral del contrato. (Art. 95).

4.3.3 Contestación a la notificación.

La entidad contratante concede al contratista un término para contestar los cargos o remediar el incumplimiento; este presentará los justificativos o corregirá el incumplimiento, pues si decide guardar silencio, estará aceptando tácitamente su culpa, lo que ameritará la terminación unilateral del contrato.

El artículo 95 de LOSNCP dispone que solo se aducirá mora de la entidad contratante, cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y

éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago. Esta inhabilitación supone la inhabilitación de todos los socios o partícipes. Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado. (Pérez, et al, 2011).

4.3.4 Evaluación de los argumentos del contratista.

Es conveniente que en esta evaluación intervengan los mismos funcionarios que emitieron los informes técnico y económico. (López, 2013).

4.3.5 Resolución.

La resolución de terminación del contrato debe ser motivada y emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante, de conformidad con lo que dicta el artículo 146 del Reglamento General.

4.3.6 Notificación de la resolución.

La notificación de la terminación del contrato se la debe hacer por escrito al contratista, al garante y al INCP, además de publicarse en el Portal COMPRASPUBLICAS y en la página web de la entidad contratante y causará la inhabilitación automática del contratista registrado en el RUP.

4.3.7 Ejecución de la resolución.

Si el contratista no paga dentro del término legal el valor requerido en la resolución, la entidad contratante podrá ejecutar las garantías de fiel cumplimiento, y exigir el pago de indemnización por daños y perjuicios.

4.3.8 Culminación del objeto contractual.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización. (Art. 95 LOSNCP).

4.3.9 Expediente.

El Art. 98 de LOSNCP se refiere al registro de incumplimientos, de la siguiente manera:

Las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto 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.

4.3.10 Impugnaciones.

La resolución puede ser impugnada por el contratista mediante reclamos, recursos y acciones que la ley permite. (López, 2013). El Art. 104 de la LOSNCP contempla los métodos alternativos de solución de controversias no solventadas dentro del proceso de ejecución, mediante los procesos de mediación y arbitraje en derecho para solucionar sus diferencias, y en caso de que las partes no concuerden someterlas a este procedimiento y decidan ir a sede judicial, el Art. 105 señala que dicho procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El proceso contencioso administrativo se presenta como un medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa. Es así que el Art. 185 del Código Orgánico de la Función

Judicial señala las competencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo, que entre otras será conocer: Los recursos de casación en las causas en materia administrativa, en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares, por juicios iniciados por los administrados, por inacción deficiencia o irregularidad de la Administración en la prestación de servicios públicos, en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos y los conflictos de competencia positivos o negativos entre autoridades o dependencias del sector público, referente a servicios públicos. Estas competencias están determinadas en el Art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y guardan concordancia con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en sus Arts. 69 y 70 y con la Ley de Modernización del Estado en su artículo 38.

En el Art. 217 se describen sus atribuciones y deberes que consisten en conocer y resolver:

- las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, en actos normativos inferiores a la ley, en actos o hechos administrativos, y supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos.
- las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público.

- las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas.
- las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado.
- las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público.
- las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Director General y los Directores Provinciales.
- las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.
- las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

- las impugnaciones al auto de calificación de posturas, así como las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías.
- las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración.
- las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles.
- las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos.

Este articulado del Código Orgánico de la Función Judicial, guarda concordancia con la Constitución Política en sus artículos 76 literal l), 86, 87 y 88, y con el Código de Procedimiento Civil.

4.4 Sanción Administrativa y su ejecución

Según la Enciclopedia Jurídica, Sanción Administrativa es la:

Imposición por la Administración, en el ejercicio de la potestad sancionadora, de una multa pecuniaria al responsable de una infracción administrativa. Las sanciones administrativas pueden ir acompañadas de medidas resarcitorias destinadas a reparar el daño causado. Asimismo, mediante acuerdo motivado podrán adoptarse medidas provisionales destinadas a asegurar la eficacia de la resolución final que pueda recaer. (Enciclopedia Jurídica, 2014).

En los contratos administrativos, el Estado ejerce sus prerrogativas de poder, en vista de ello puede imponer sanciones, que constituyen un medio indirecto para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho. En resumen, la Administración Pública impone la sanción a los infractores del orden jurídico administrativo por

medio de las vías coactivas administrativas necesarias para lograr el cumplimiento de lo ordenado.

Al referirnos concretamente a las sanciones administrativas contractuales, citamos a Dromi (2009) para quien estas sanciones alcanzan a las personas físicas o jurídicas que celebren un contrato con la Administración y son el resultado del ejercicio de la competencia sancionadora frente a las faltas contractuales cometidas por el contratista durante la ejecución de un contrato administrativo. Estas sanciones no son excluyentes ni limitativas, porque la Administración puede imponer otras no previstas o sustituir las señaladas en el contrato por otras que se adapten mejor al contenido de la falta.

Al tratarse de penalidades establecidas en los pliegos de condiciones para las licitaciones públicas, cada una de las obligaciones derivadas de un contrato administrativo tiene para el caso de incumplimiento, una sanción que consiste, además de la multa, en la pérdida de derechos que el propio ordenamiento administrativo reconoce y reglamenta y de los que priva justamente por su infracción.

Las sanciones pecuniarias, importan la exigencia de un resarcimiento ante el incumplimiento contractual en que incurre el contratista y son de naturaleza civil y no toman en cuenta la reparación de un daño efectivo, pueden ser fijas y predeterminadas y pueden traducirse en multas, indemnizaciones por los daños y perjuicios causados o en determinación de responsabilidades administrativas, civiles o penales, según corresponda. (López, 2013).

El Art. 71 del LOSNCP señala a este respecto:

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.

Otra de las sanciones que la Administración Pública puede imponer al contratista es la suspensión del Registro Único de Proveedores –RUP-, según lo establece el Art. 98 de la LOSNCP, al establecer:

Las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto 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.

4.5 Afectación a los Principios y Derechos Constitucionales

De acuerdo al principio, las normas tienen la siguiente jerarquía: En primer lugar encontramos la Constitución y sus principios y derechos; en segundo lugar la ley, los decretos leyes, los tratados, y los decretos jurisdiccionales con fuerza de ley; en tercer lugar los reglamentos y en cuarto lugar las resoluciones de la Administración.

La Constitución es la fuente primaria del orden jurídico incluido el Derecho Constitucional y Administrativo. A continuación transcribimos algunos de los derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución:

Art. 11.3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Art. 11.4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Art. 76. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Art. 84. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Art. 85.1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

Art. 85.2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas

públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

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

Ignacio Villaverde (2008), respecto al principio de proporcionalidad afirma:

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial.

Dromi (2009) expresa que la Administración tiene la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, examinando la validez de las normas frente a la Constitución, en ejercicio del autocontrol en su aplicación cuando la inconstitucionalidad esté razonablemente demostrada, o se produzca un supuesto de inconstitucionalidad grave y manifiesta, debe privilegiar la vigencia de la norma, teniendo en cuenta el principio de coherencia constitucional.

La interpretación administrativa debe estar siempre orientada al interés público, prevaleciendo ciertos principios como los de: libertad, operatividad, publicidad, solidaridad y equidad e igualdad, lo que implica que los órganos del Estado tienen solo atribuciones reconocidas expresamente por el ordenamiento jurídico. La aprobación de los tratados de derechos humanos ha producido un incremento de los

derechos fundamentales, los que devienen inmediatamente operativos con prescindencia de su reglamentación específica. (Dromi, 2009).

4.6 Consecuencias del daño causado al Contratista

En el momento en el que un contratista celebra un contrato público, adquiere la obligación de cumplir con sus compromisos, facilitando el funcionamiento continuo y regular del servicio público, sujetándose a la ley y a las cláusulas establecidas, y realizando estas actividades en la forma y tiempo estipulados. El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la imposición de sanciones de parte de la Administración que tiene los poderes de dirección y control, y prerrogativas especiales. (Dromi, 2009).

Marienhoff (1977) hace referencia al “hecho del príncipe” por el que el Estado tiene la obligación de indemnizar integralmente al contratista y manifiesta que el pago de esta indemnización es el respeto debido a la Constitución, ya que dicha indemnización se impone como garantía de igualdad de los habitantes en las cargas públicas. Sin embargo, so pretexto de que el contratista cumpla un contrato administrativo, se hace incidir sobre él una carga pública al considerar que la medida estatal lesiva de los derechos del contratista es de carácter general y que solo hay responsabilidad contractual del Estado cuando la medida dañosa es de carácter individual o concreta. Tratándose del “hecho del príncipe”, la responsabilidad del Estado es extracontractual.

Miguel Acosta (2001), en su Diccionario Jurídico describe el “hecho del príncipe” de la siguiente manera:

En relación a la voluntad de las partes que intervienen en ellos se ha aceptado que el Estado siempre está en ventaja jurídica respecto al contratante, pues tiene la facultad de dejar sin efectos al contrato administrativo en caso de incumplimiento o en el supuesto de que las

necesidades colectivas o el interés general así lo requieran, de variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, de variar la extensión de la obligación del contratante, de rescindir unilateralmente el contrato, de ejecutarlo forzosamente o por un tercero, en caso de morosidad.

William López (2013) señala que el comportamiento de la Administración Pública puede ser abusiva, excesiva o desproporcionada si no es idóneo para la obtención del fin que debe perseguir, y que éste excusa la inejecución del contrato o el retardo en el cumplimiento del objeto contractual, asimilándose jurídicamente a la fuerza mayor en la que la imposibilidad de cumplir provienen de hechos extraños a ella, mientras que en el “hecho del príncipe” la imposibilidad de cumplir proviene de su propia actitud o conducta.

Marienhoff (1977) expone que el “hecho del príncipe” en algunas ocasiones puede perjudicar grandemente al contratista, como en el caso de atraso en el pago de la Administración en un monto considerable, y considerando el tiempo transcurrido pondría al contratista en una mala situación financiera, desvirtuando así el elemental principio de derecho según el cual él tiene que soportar las consecuencias de la culpa o negligencia de la entidad contratante.

Finalmente, la existencia de cláusulas exorbitantes que dejan visible el poder de la Administración, contemplan la imposición de multas y el derecho de la Administración de declarar a los oferentes y contratistas como adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos, mediante acto administrativo válido, previo la ejecución de las garantías que para el efecto se hubieran rendido, debiendo deducir los valores correspondientes, perjudican al contratista, así como el arrogarse potestades al retener dineros por concepto de indemnización de daños y perjuicios sin previamente haber sido demandados, y la exigencia al contratista del cumplimiento de obligaciones no contempladas en el contrato.

4.7 Derechos del Contratista

En los contratos administrativos cuyo fin es el interés público, el contratista se convierte en un colaborador de la Administración, lo que le da derecho a obtener una utilidad justa y razonable por su trabajo, y le impone obligaciones para el cumplimiento estricto de su contrato sujeto a las cláusulas establecidas en él y a la ley, pero también el contratista se hace acreedor de derechos, los cuales resumimos a continuación:

1. Derecho a que la Administración cumpla el contrato, facilitando su ejecución y dotándole de todos los elementos técnicos y legales para su ejecución.
2. A percibir el precio pactado, respetando la forma y el tiempo acordados.
3. A suspender el cumplimiento del contrato cuando concurren situaciones extraordinarias ajenas a su voluntad que no le sean imputables.
4. Solicitar ante la autoridad competente la resolución del contrato por causas imputables a la entidad contratante.
5. A ser resarcido cuando su contrato es extinguido por la Administración invocando razones de oportunidad, mérito o conveniencia y haciendo uso de sus prerrogativas.
6. Al mantenimiento del equilibrio económico financiero, cuando éste sufra menoscabo por responsabilidad contractual del Estado, “hecho del príncipe” o por la teoría de la imprevisión.
7. A recibir respuesta oportuna, por parte de la Administración, sobre sus peticiones, observaciones o comunicados. (López, 2013).

4.8 Acciones Jurisdiccionales derivadas de los procesos de Terminación

Unilateral de los Contratos

En la terminación unilateral de los contratos, se sigue un proceso establecido en el Art. 95 de la LOSNCP y en el Art. 148 del Reglamento General, que consiste en:

1. Determinar el incumplimiento en que ha incurrido el contratista y la notificación a la entidad contratante.
2. Presentación del informe técnico en el que se determine la circunstancia que motive la terminación y el estado de avance de la ejecución.
3. Presentación del informe económico en el que se determinen los pagos realizados al contratista y la situación de las garantías que presentó.
4. Presentación del informe jurídico que determine específicamente la causal de terminación.
5. Notificación al contratista de la decisión de terminación anticipada del contrato, adjuntando los informes técnico y económico.
6. Solicitud al contratista la justificación o remediación del incumplimiento. (Esto constituye el debido proceso legal consagrado en la Constitución).
7. Si el contratista no justifica o remedia el incumplimiento, se declara terminado anticipada y unilateralmente el contrato, emitiendo la resolución debidamente motivada.
8. Comunicación al INCP de la resolución para ser publicada en el portal de compras públicas.
9. Imposición de las sanciones: inscripción en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, ejecución de garantías, demanda por daños y perjuicios. (Pérez et al, 2011).

Esto en lo que se refiere a las acciones de la Administración Pública, pero debemos también consignar los recursos con los que cuenta el contratista, cuando sienta vulnerados sus derechos. El Art. 173 de nuestra Constitución establece que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, consagrando de esta manera la impugnabilidad de todo acto administrativo. La LOSNCP y su Reglamento General también contemplan los Reclamos y Recurso de Reposición para contratación pública, así como la posibilidad de acudir a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Si la causal de caducidad o de rescisión unilateral no hubiere sido prevista o pactada en el contrato, la caducidad debe ser declarada por el órgano jurisdiccional competente, en virtud de demanda judicial o contencioso-administrativa.

(Marienhoff, 1977).

La LOSNCP, en sus artículos 102 y 103, así como el Reglamento General en sus Arts. 152 al 160 incluyen el Reclamo Administrativo, que pueden interponer los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos, de acuerdo al artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Pérez et al, 2011).

La justicia administrativa es de tipo o sistema judicialista, es decir que cuando estos tribunales dirimen contiendas administrativas, no lo hacen como tribunales judiciales ordinarios, sino como tribunales en lo contencioso administrativo, por lo tanto no incurren en violación alguna al principio de separación de poderes, pues el órgano jurisdiccional que se pronunciará al respecto es el establecido para el caso por el régimen institucional- constitucional del país.

En el Art. 88 de la Constitución se establece: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.... Y por último, el Art. 425 de la Constitución consagra: “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”, lo cual confiere al contratista el derecho a presentar su reclamación ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.

4.9 Análisis de un Caso Práctico de Terminación Unilateral de Contrato

Con fecha 6 de enero de 2003, se celebra un contrato para la construcción del Moderno Mercado Central Bartolomé Serrano, Parqueadero Público y Plazoleta Gonzalo Córdova de la ciudad de Azogues entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO en las condiciones y estipulaciones que constan en el documento debidamente notariado.

Con fecha 30 de diciembre de 2004, el Concejo Cantonal de Azogues da por terminado unilateralmente el contrato, notificación que se la hace al Consorcio PLAINCO, concediendo el plazo de 15 días para que dicho Consorcio subsane los incumplimientos en que ha incurrido, en cumplimiento de los Arts. 105 de la LOSNCP y 115 del Reglamento, y en base a la documentación de informes técnico, económico y jurídico con la debida motivación. Además solicita la inscripción de PLAINCO en el Registro de Contratistas Fallidos e Incumplidos.

El Consorcio PLAINCO presenta como Pruebas la escritura de constitución del Consorcio, copia del contrato de construcción, los oficios de comunicación de la resolución, entre otros documentos, además del Acta de la Audiencia de Sustentación ante el Tribunal de Arbitraje realizada el 17 de marzo de 2004 en cuya Acta de Mediación se llega a acuerdos que según la Ley de Arbitraje y Mediación tiene efectos de sentencia ejecutoriada. También presenta el certificado de inscripción el Registro de Contratistas Fallidos e Incumplidos e impugna ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Resolución del I. Concejo Municipal de Azogues aduciendo que constituye un acto ilegítimo, arbitrario, que viola mandamientos constitucionales, legales, reglamentarios y estipulaciones contractuales.

La I. Municipalidad de Azogues presenta la resolución unilateral del Consorcio PLAINCO, que con fecha 26 de julio de 2004 decide suspender los trabajos, aduciendo que esto implica pérdida económica para la Entidad y para la ciudad de Azogues, a lo que amparándose en el Art. 105 de la LOSNCP hace efectivo los derechos de la Entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable y la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento, además de la demanda de indemnización por daños y perjuicios, y procede a la notificación al contratista de terminación unilateral del contrato.

El actor afirma que existe incompetencia de la autoridad que dicta la resolución, pues siendo el Alcalde la máxima autoridad de la Entidad, es él quien debe resolver la terminación unilateral, y no el Concejo Cantonal, asunto tratado ampliamente en un recurso de amparo constitucional planteado en contra de la I. Municipalidad de Azogues en el Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 3, recurso que es rechazado. Luego, el actor procede a demandar a la Contraloría General del Estado ante el Tribunal Contencioso Administrativo N° 3, recurso que se desecha por haber sido interpuesto

más de una vez sobre la misma materia y sobre el mismo objeto, al existir identidad subjetiva y objetiva.

SENTENCIA:

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, con sede en Cuenca, con fecha 26 de junio de 2008, declara la ilegitimidad del acto administrativo tomado por el I. Concejo Municipal de Azogues y declara la correspondiente nulidad de la resolución por haber sido dictada contraviniendo flagrantemente disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y estipulaciones contractuales.

El Tribunal además condena a la I. Municipalidad de Azogues a la reparación del daño que ha causado como consecuencia de la resolución adoptada, para cuya valoración se deberá considerar los perjuicios económicos causados al Consorcio al habérselo inscrito en el Registro de Contratistas Fallidos, y el perjuicio económico por la ejecución de las garantías, reparación que deberá efectuarse mediante el pago de la correspondiente indemnización valorada pericialmente.

COMENTARIO:

La sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo se sustenta en el Art. 64, numeral 11 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que prohíbe al Concejo “arrogarse atribuciones y tratar de decidir sobre materias, asuntos o problemas que no están expresamente atribuidos por la Constitución y esta Ley”, por lo que este acto se enmarca en el vicio de arrogación de atribuciones y extralimitación en el ejercicio de competencias. La Ley Orgánica de Régimen Municipal en su Art. 69 establece los deberes y atribuciones del Alcalde, y el Art. 95

de la LOSNCP dice: “la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante”, ratificando que el acto administrativo en mención es atribución del Alcalde, basado en el Art. 6 inciso 16 de la LOSNCP que define: “Máxima Autoridad: Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante. Para efectos de esta Ley, en las municipalidades y consejos provinciales, la máxima autoridad será el Alcalde o Prefecto, respectivamente”.

Con respecto a la mora en la que ha incurrido la Entidad contratante, esta sentencia hace referencia al Art. 1568 del Código Civil y al Art. 95 de la LOSNCP que establece: “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”, conforme se desprende también del Laudo Arbitral.

Conclusiones

- Los contratos administrativos se diferencian de los contratos civiles porque en los contratos administrativos se imponen procedimientos especiales para llegar a la contratación, están regulados por el derecho administrativo y son derecho público, mientras que los civiles son de derecho privado en los que importa únicamente la voluntad de las partes.
- La Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato, en virtud de las cláusulas exorbitantes que son derogatorias del Derecho común, porque rompen el principio esencial de la igualdad y de la libertad contractual.
- Los contratos administrativos pueden terminarse por dos razones: 1) por cesación de sus efectos, y 2) por extinción. En el primer caso se trata de contratos ejecutados o cumplidos; y en el segundo caso termina por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión o rescate.
- Las cláusulas exorbitantes facultan a la Administración Pública a realizar ciertos actos de control excepcional en el contrato como modificar sus cláusulas, rescindir el contrato, dar instrucciones a la contraparte, imponer sanciones, o quedar exenta de responsabilidad por mora en los pagos.
- Los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Ecuatoriana a aplicarse en los contratos administrativos son: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

- Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo, pues el contratista no tiene la libertad de disentir respecto de las condiciones del contrato, solo puede aceptarlas o rechazarlas.
- El sistema Nacional de Contratación Pública fue establecido por la Asamblea Nacional, a fin de garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, para asegurar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.
- La LOSNCP y su Reglamento confiere a la administración pública la prerrogativa de ser juez y parte, puesto que es la que conoce, tramita y resuelve el expediente administrativo sancionatorio y, por regla general, es la denunciante de la infracción administrativa cometida por el particular.
- El incumplimiento del contratista le otorga al Estado la opción de dar por terminado en forma unilateral el contrato, siempre y cuando esta decisión sea dirigida a proteger el interés público, y luego de probar debidamente el incumplimiento con los informes técnico y económico.
- La terminación unilateral del contrato debe tener sustento técnico y jurídico, para lo cual es necesario que se cumplan ciertos requisitos como:
Presentación de informes técnicos y económicos, notificación al contratista, contestación a la notificación, evaluación de los argumentos, resolución, notificación y ejecución, culminación del objeto contractual, registro de incumplimientos e impugnaciones.
- En la legislación ecuatoriana, uno de los requisitos para poder contratar con el Estado es la inscripción en el Registro Único de Proveedores (RUP), que es

un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras.

- En caso de que un contratista sea declarado incumplido o adjudicatario fallido, las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto Nacional de Contratación Pública la nómina de aquellos que serán suspendidos en el RUP, información que será pública y que se registrará en el Portal de COMPRASPÚBLICAS.
- Cuando se refiere a contratos de cantidades menores, nuestra ley establece que no se puede exigir la garantía de fiel cumplimiento, lo que origina que en muchas ocasiones el contratista adjudicado incumpla con el objeto del contrato.

Recomendaciones

- Someter la potestad sancionadora de la Administración Pública a los mecanismos de limitación y control del poder.
- Procurar un estricto cumplimiento del Art. 226 de la Constitución en el que se codifica que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, vigilando que la Administración Pública no se arrogue prerrogativas de poder que la conviertan en juez y parte en la contratación pública.
- Reformar el Art. 57 de la LOSNCP que faculta a la Entidad Pública, en situaciones de emergencia, la contratación con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías, lo cual perjudica a los oferentes nacionales vulnerando los principios de igualdad y trato justo.

Bibliografía Consultada

- Acosta Romero, M. (2001). *Diccionario Jurídico*.: 4a. Edición. México: Editorial Porrúa.
- Alessandri Rodríguez, A. (1976). *Curso de Derecho Civil. De los Contratos*. Santiago-Chile: Editorial Zamorano y Caperan.
- Baena, M. (1992). *Curso de las Obligaciones. Derecho Civil y Comercial*. Segunda edición. Bogotá-Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Bielsa, R. (1966). *Principios de Derecho Administrativo*. T. II. Buenos Aires: Depalma,
- Borda, G. (2008). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. 21 ed. Buenos Aires-Argentina: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. 11° edición. Buenos Aires-Argentina: Editorial Heliasta.
- Carruitero Leca, F. (2012). *Los límites a la potestad sancionadora de la Administración Pública en el estado constitucional de derecho*. Disponible en: <http://www.blog.pucp.edu.pe/blog/franciscocarruitero> artículo web. (Consulta 5 de diciembre 2013).
- Castán Tobeñas, J. (2008). *Derecho civil español, común y formal*. Novena edición. Madrid: Editorial Reus.
- Coello, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico*. Serie Textos Universitarios. N° 15. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. 12ª edición. Buenos Aires: Hispania Libros.

- Dutti, A. (2006). *Los elementos del contrato*. Postgrado de Derecho Mercantil. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. Universidad de los Andes. Táchira-Venezuela.
- Enciclopedia Jurídica. (2014). Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>
- García De Enterrí, E. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá-Colombia: Editorial TEMIS S.A.
- Gerpe, S. & Sanguinetti, M. (2009). *Aproximación a la disciplina: Administración Pública*. Antecedentes, principales desarrollos teóricos, definición y objeto de estudio, su vinculación con la Administración. Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. Cátedra de Dirección de Organizaciones Públicas. Disponible en: <http://www.sisman.utm.edu.ec/libros/>
- Giannini, M. (1991). *Derecho Administrativo*. Primera edición en español. Colección Estudios. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Guerrero Celi, F. (2011). *Concesión de Servicio Público Aeroportuario*. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
- Idrobo, M. (1984). *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Quito: Editorial Época.
- Jellinek, G. (1981). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, Legislación Conexa, Concordancias. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López Arévalo, W. (2013). *Tratado de Contratación Pública*. Tomo I. Segunda Edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Maduro, L.E. (1987). *Curso de obligaciones, Derecho Civil III*. Caracas, Venezuela: Fondo Editorial Luis Sanojo.

- Marienhoff, M. (1977). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires-Argentina: Abeledo-Perrot.
- Mejía Salazar, Á. (2011). *Los Recursos Administrativos*. Segunda edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Morales, J. (1995). *Teoría general de las obligaciones*. Facultad de Jurisprudencia. Universidad de Cuenca. PUDELECO Editores S. A. Quito.
- Morales Tobar, M. (2011). *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Navarro Albiña, R. (2009). *Manual de Derecho Civil. Acto Jurídico*. Material de Estudio. Carrera de Derecho Universidad de Atacama. Ediciones Jurídicas de Santiago-Chile.
- Parada, R. (2010). *Derecho Administrativo I*. Decimoctava edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Parejo Alfonso, L. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez, A., López, D. & Aguilar, J. L. (2011). *Manual de Contratación Pública*. Primera edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Primera Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Primera Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Porrúa Pérez, F. (2005). *Teoría del Estado - Teoría Política*. 39 Edición. México: Editorial Porrúa
- Pothier, R. J. (1978). *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Rengifo García, E. (2009). *La terminación y la resolución unilateral del contrato*.

Disponible en: <http://www.garridorengifo.com/doc/.pdf>

Rodríguez Velarde, J. (1998). *Contratación Empresarial*. Lima-Perú: Editorial Rodhas.

Rodríguez U., M. L. (2012). *El Estado de Marx. Aproximaciones críticas a la visión marxista del Estado en la sociedad contemporánea*. Ensayos de Ciencia Política.

Salmon Alvear, C. (2011). *Régimen Seccional Autónomo del Estado Ecuatoriano: Su Potestad Sancionadora como Administración Pública y su compatibilidad con la potestad sancionadora de la Administración Central*. Disponible en: www.salmonabogados.com

Sánchez González, J. J. (2001). *La administración pública como ciencia. Su objeto y estudio*. Primera edición. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México.

Suasnavas Flores, D. (2007). *Estudio y Análisis de la Teoría de la Imprevisión y su aplicabilidad en el Proceso Precontractual de los Contratos de Concesión de Obra Pública en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador

Valencia Zea, A. (1980). *Derecho Civil. De los Contratos*. Colombia: Editorial Temis.

Vida Fernández, J. (2012). *La Administración Pública*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-del-derecho-administrativo>

Vidal Perdomo, J. (1985). *Derecho Administrativo*. Octava edición. Bogotá-Colombia: Librería TEMIS Editorial.

Villaverde, I. (2008). “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”. En: Carbonell, Miguel, ed. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 1ª edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Perú: Edilex S.A.

Referencias electrónicas

<http://formandoparaelfuturo.es.tl/C%F3digo-civil-del-Ecuador-libro-IV-d--de-los-contratos.htm>. (Consulta 28 de noviembre 2013).

<http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/06/tee.html#sthash>. (Consulta 16 de diciembre 2013).

http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/concepto_estado.html. (Consulta 27 de diciembre 2013).

http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad_sanci.pdf. (Consulta 30 de diciembre 2013).

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sanciones-administrativas/sanciones-administrativas.htm>. (Consulta 30 de diciembre 2013).

<http://derechosageo.blogspot.com/2014/03/arbitraje-y-mediacion-en-el-ecuador.html>