

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Terminación unilateral de un contrato por
incumplimiento y la responsabilidad administrativa, civil y
penal en la contratación pública**

AUTOR:

Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio

**Trabajo de titulación previo a la obtención del
grado de:**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS
DE LA REPÚBLICA**

TUTOR:

Jiménez Franco, Elizabeth del Pilar, Ab. MDI

Guayaquil, Ecuador

20 de Marzo del 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio** como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR (A)

f. _____
Jiménez Franco, Elizabeth del Pilar, Ab. Mgs

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel, Ab. Mgs
Guayaquil, a los 20 del mes de Marzo del año 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Terminación unilateral de un contrato por incumplimiento y la responsabilidad administrativa, civil y penal en la contratación pública** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y los Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 20 del mes de Marzo del año 2017

EL AUTOR

f. _____
Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **Publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Terminación unilateral de un contrato por incumplimiento y la responsabilidad administrativa, civil y penal en la contratación pública**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 del mes de Marzo del año 2017

EL AUTOR:

f. _____
Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio

REPORTE URKUND

The screenshot displays the URKUND web interface. The browser address bar shows the URL: <https://secure.urkund.com/view/26017536-879455-885936#DYs9DoAgDIXwvtyYUkpXMU4GKKGQRZG4919w5eX9>. The interface is divided into two main sections: 'Documento' and 'Lista de fuentes'.

Documento:

- Documento: [UTE ZAMBRANO ALBERTO 1.doc](#) (D26236000)
- Presentado: 2017-03-07 16:58 (-05:00)
- Presentado por: elijimenez888@gmail.com
- Recibido: taryn.almeida.ucsg@analysis.urkund.com
- Mensaje: UTE ZAMBRANO ALBERTO 1 [Mostrar el mensaje completo](#)

Lista de fuentes:

- [TRABAJO CON CARATULA Nov30.docx](#)
- [SAGNAV_GUSTAVO_MDP_II.docx](#)
- [traba de cont_gub_g6.docx](#)
- <http://balcon.magap.gob.ec/mag01/pdfs/aministerial/2...>
- <http://www.apfpasa.ch/index.php?p=articulos/marmol...>
- <http://www.desarrolloamazonico.gob.ec/wp-content/u...>
- <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6466/1...>

7% de esta aprox. 29 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 11 fuentes.

The interface also includes a bottom navigation bar with icons for 'Advertencias', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

TUTOR (A)

f. _____
Jiménez Franco, Elizabeth del Pilar, Ab. Mgs

EL AUTOR:

f. _____
Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

**Jiménez Franco, Elizabeth del Pilar, Ab. Mgs
TUTOR**

f. _____

**Lynch Fernández, María Isabel, Ab. MGS
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA**

f. _____

**Toscannini Sequeira, Paola María, Ab. Mgs
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA**

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1	2
Marco Teórico.....	2
1 Generalidades y conceptos.....	2
1.1 Definición de contrato.....	2
1.2 Elementos de los contratos.....	3
1.2.1 Elementos esenciales.....	3
1.2.2 Elementos materiales.....	3
1.2.3 Antecedentes de la contratación pública en Ecuador.....	4
1.3 Entidades que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública.....	5
1.3.1 El SERCOP.....	5
1.3.2 El Registro único de proveedores (RUP).....	6
1.3.3 La Contraloría General del Estado.....	8
1.3.4 Procuraduría General del Estado.....	8
1.3.5 El Concejo de Participación Ciudadana y Control Social.....	9
1.4 Principios de los contratos públicos.....	11
1.5 La Administración Pública, la Cláusula Exorbitante y sus efectos en la contratación pública.....	13
Capítulo 2	17
2 Capacidades y límites sancionadores de la Administración Pública.....	17
2.1 Principales características de la terminación unilateral y anticipada de un contrato de la Administración Pública.....	20
2.2 La resolución administrativa y la declaración de terminación unilateral y anticipada de un contrato.....	22
2.3 De la declaratoria de procedimiento desierto.....	25
3 La Contraloría General del Estado y el registro del contratista incumplido.....	26
3.1 Formas de exclusión del registro de contratistas incumplidos.....	28
4 Procedimiento de notificación y trámite de la sanción por declaratoria de terminación unilateral y anticipada de un contrato.....	28
4.1 Terminación por causas imputables a la entidad contratante.....	30
Capítulo 3	31
Sanciones.....	31
5 Duración de las sanciones por la terminación unilateral y anticipada de un contrato.....	31
5.1 Sanción por declaratoria de contratista incumplido o adjudicatario fallido.....	31

5.2	Del adjudicatario fallido.....	31
5.3	Sanción de impedimento por interposición de persona jurídica para el contratista incumplido.	32
6	Las Garantías presentes en la Administración Pública.	33
6.1	Ejecución de garantías.	34
6.2	Devolución de garantías.....	35
7	De las reclamaciones y recursos administrativos.	36
7.1	Plazo para resolver las reclamaciones.	36
7.2	De la solución de las controversias.....	37
Capítulo 4	38
	Caso de aplicación de terminación lateral y anticipada de un contrato con la Administración Pública y el procedimiento de aplicación.	38
8	El tranvía de Cuenca, Ecuador.	38
9	Conclusiones y recomendaciones.....	40

RESUMEN

El rol que desempeña el Estado en sus diferentes niveles de gestión en la economía nacional tiene gran importancia e impacto en las condiciones actuales, pues a través de la destinación de recursos financieros para la ejecución de proyectos de infraestructura y obra civil en sectores estratégicos se generan muchas fuentes de trabajo que abren la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean parte del Sistema Nacional de Compras Públicas a través de los procesos de contratación y provisión de servicios,.

Este sistema está conformado por la plataforma tecnológica del Servicio Nacional de Contratación Pública y demás entidades como la Contraloría General del Estado que junto con el marco jurídico de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública establecen las normas que rigen la relación contractual entre la Administración Pública y los contratistas, las sanciones administrativas y las prohibiciones en general, en algunos casos dichas sanciones tiene repercusiones no tan solo administrativas, sino que pueden dar a lugar reclamaciones en el campo civil e incluso penal según el caso por lo que es necesario la correcta aplicación de las normas vigentes.

Palabras Claves: SERCOP, oferente, contratista, Administración Pública, entidad contratante.

ABSTRACT

The role played by the State in its different levels of management in the national economy has great importance and impact in the current conditions, since through the allocation of financial resources for the execution of infrastructure and civil works projects in strategic sectors are generated Many sources of work that open the possibility of natural or legal persons are part of the National System of Public Procurement through the processes of contracting and provision of services.

This system is made up of the technological platform of the National Public Contracting Service and other entities such as the General Comptroller of the State, which together with the legal framework of the Organic Law of the Public Procurement System establish the rules governing the contractual relationship between the Public Administration And contractors, administrative sanctions and prohibitions in general, in some cases such sanctions has repercussions not only administrative, but can give rise to claims in the civil and even criminal field as the case so it is necessary to properly apply Of the rules in force.

Key words: SERCOP, supplier, contractor, Public Administration, contracting entity

INTRODUCCIÓN

El 22 de julio del 2008 se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante el registro oficial N° 395 de fecha 04 de agosto del 2008, en este cuerpo legal se establecen las atribuciones y prerrogativas de las que gozan las Entidades que forman la Administración Pública del Ecuador al momento de establecer relaciones contractuales con los oferentes o contratista calificados para el efecto en el portal del compras públicas que administra el SERCOP, así mismo se establecen las limitantes en su accionar , pues la característica principal es el ejercicio de poder exorbitante para desempeñar las funciones de la Entidad Pública Contratante que encamina a los recursos públicos como agente dinamizador de la economía nacional a través de los procesos de contratación y asignación de contratos de preferencia a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país.

Para tal efecto se implementaron herramientas tecnológicas como la página web www.compraspublicas.gob.ec, el RUP, la base de datos del Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatario Fallidos, entre otros. Así mismo se crearon mediante decretos presidenciales los organismos del SERCOP, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se establecieron competencias a la Contraloría y Procuraduría General del Estado respectivamente para la gestión de la información y eventos producidos en la ejecución de los contratos por las Entidades de derecho público y las de privado que administren fondos públicos que se resumen como el Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP). Debido a esto resulta que el campo de acción de la Administración Pública en el entorno macroeconómico de la nación es amplio.

La Administración Pública ejerce las prerrogativas conferidas por ley en una relación de superioridad sobre el contratista a través de las cláusulas exorbitantes y los efectos jurídicos y sanciones que estas producen durante el proceso. Una de estas cláusulas es la terminación unilateral y anticipada de un contrato por parte de la Administración Pública representada por la Entidad Contratante, por lo que el presente estudio permite contrastar la normativa contenida en la LOSNCP y la aplicación de estos preceptos en un caso real en el marco de los principios de legalidad, el debido proceso, transparencia, entre otros.

Capítulo 1

Marco Teórico

1 Generalidades y conceptos.

1.1 Definición de contrato.

El término contrato tiene su origen en el vocablo latino *contractus* que era utilizado para nombrar al convenio o pacto que era celebrado en forma oral o escrita entre las partes que intervenían en el mismo, producto de esto se aceptaban ciertas obligaciones y derechos sobre una materia específica. El documento que plasma las condiciones de este acuerdo también toma el nombre de contrato.

Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y genera obligaciones entre las partes que lo suscriben, es decir entre dos o más personas. El contrato es un tipo de acto jurídico que se rige por el principio de autonomía de la voluntad y de libertad, según el cual, pueden ser celebrados sobre cualquier materia no prohibida, es decir que el objeto del mismo sea lícito. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

Otra definición es la que está contenida en la legislación del Código Civil que indica en el artículo 1454 “contrato o convención es 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” (Ecuador A. N., Código Civil, 2016)

También podemos incluir a lo indicado por el autor Guillermo Cabanellas que lo describe en su obra “es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” (Cuevas, 1993)

1.2 Elementos de los contratos.

1.2.1 Elementos esenciales.

Los elementos esenciales de los contratos están detallados en lo indicado en el artículo 1461 de nuestro código civil vigente, el cual nos delimita los requerimientos que se debe de cumplir para que una persona natural o jurídica pueda establecer una declaratoria de voluntad a través de un acto por el que se creen obligaciones entre las partes intervinientes, teniendo así que entre dichos requerimientos se cuenta a la capacidad legal y consentimiento para contratarse, obligarse, ambos sin vicios en el accionar y que el objeto y la causa sean de naturaleza lícita.

“ la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma” (Ecuador A. N., Código Civil, 2016)

Por lo tanto podemos resumir que los elementos esenciales para que un contrato tenga validez jurídica entre las partes son:

- Capacidad, de las partes intervinientes para contraer obligaciones y ejercer derechos.
- Consentimiento, voluntad de las partes intervinientes para celebrar el contrato a través del mutuo acuerdo.
- Objeto lícito, son las prestaciones que genera el contrato.
- Causa lícita, es el motivo o razón para celebrar el contrato.

1.2.2 Elementos materiales.

La estructura de un contrato se compone de las siguientes partes:

- **Elementos generales:**
 - Comparecientes.
 - Fecha del contrato
 - Lugar de celebración.

- **Preámbulo o cláusulas enunciativas**, en ellas se enuncia las finalidades de las partes contratantes, los motivos y antecedentes al contrato, es decir la voluntad de partes.
- **Cláusulas Dispositivas**, son el contenido del contrato que contienen la esencia del mismo.
- **Anexos**, son los documentos que se adjuntan o a los que se remite el contrato y que tienen información relevante a este.

1.2.3 Antecedentes de la contratación pública en Ecuador.

Los referentes históricos nos indican que el 13 de mayo de 1830, el hasta entonces Departamento de Ecuador, resolvió retirarse de la Gran Colombia y pasar a formar un Estado independiente que se denominó República del Ecuador a través de la firma de un acta por parte de la Asamblea de Notables de Quito de aquellas fechas, en la que también se nombró como Jefe Supremo del Gobierno al General Juan José Flores de origen venezolano.

Con el inicio de la vida republicana del Ecuador y con pasar de los años se tuvo que en 1964 se promulgó la primera Ley de Licitaciones que constituye el referente legal en esta rama, la cual producto de la evolución constante del derecho en el año de 1990 menciona de manera clara que se requiere disponer de un instrumento jurídico que esté dirigido a la regulación de la Contratación Pública con el objetivo de suplir los vacíos y ambigüedades de las leyes anteriores a esta.

Es así como se publica en el registro oficial de la época la denominada Ley de Contratación Pública, dando paso a la reforma de la misma en el 2003 y posterior derogación y publicación el 08 agosto del año 2008 de la actualmente en vigencia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública conocida y abreviada con las siglas de LOSNCP que es la que se constituye como la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir que al final de esta evolución se cuenta con el cuerpo legal que contiene la normativa y la entidad reguladora.

1.3 Entidades que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las características principales de las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) son:

- Organismos y dependencias de las funciones del Estado y Electorales.
- Entidades de control y regulación.
- Entidades del Régimen Seccional Autónomo.
- Entidades, organismos y personas jurídicas que tengan como objetivos la prestación de servicios públicos o el desarrollo de actividades económicas.
- Sociedades civiles, corporaciones, fundaciones y compañías mercantiles cuyos recursos pertenezcan en 50% o mas de participación estatal o que el costo del respectivo contrato tenga 50% o mas de origen en recursos públicos.
- Compañías mercantiles que tengan el 50% o mas de participación estatal en su patrimonio.

Por lo tanto procederemos a la breve descripción de las principales Entidades Públicas que conforman el SNCP .

1.3.1 EI SERCOP.

A través del Decreto Ejecutivo número 1248, Publicado en el Registro Oficial 399 el 08 de agosto del 2008, el Presidente de la República, expidió el Reglamento General de la LOSNCP para su posterior reforma y Publicación oficial del 12 de mayo del 2009 en el Registro Oficial 588.

La LOSNCP inicialmente creó al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) que después fue reemplazado por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), que según lo contenido en la ley y su reglamento es el organismo rector de todo el sistema, lo cual constituye el principal cambio al régimen de compras públicas anterior.

La misión del SERCOP se la puede resumir como la de “liderar y regular la gestión transparente y efectiva del servicio de contratación pública” (SERCOP, 2017). Este organismo a través de las políticas públicas se establece en

su accionar entre sus metas la de dinamizar a la economía a través del impulso al desarrollo incluyendo al ámbito social de la nación.

Las características principales del SERCOP son propias a su naturaleza, es decir es una entidad pública con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, financiera y técnica. Estas características hacen que sea una entidad gubernamental capaz de ejercer el control en los procesos de contratación de manera plena mediante acciones administrativas y de monitoreo a los procesos en atención al principio de transparencia y de inclusión de productores nacionales y todos los actores de la economía popular y solidaria del país.

Estas modificaciones en la contratación pública incluyeron la implantación y actualización de procedimientos electrónicos, herramientas informáticas (portal www.comprasPúblicas.gob.ec), el desarrollo de la normativa y mecanismos de aplicación acordes a las nuevas tecnologías disponibles encaminados a que los actos de la Administración Pública se encuadren dentro de nuestra Constitución y demás leyes vigentes.

Una de las funciones del SERCOP más importantes es la de implementar una base de datos digital en la que conste el Registro Público Electrónico de los Contratos tramitados y de la información ingresada por las Entidades Contratantes en el portal www.comprasPúblicas.gob.ec. Esta base de datos debe de contener información pertinente a los contratos suscritos y los actos derivados del trámite y ejecución de los mismos. Estos actos administrativos y resolutorios pueden ser las sanciones, los diferentes modos de conclusión de los contratos, el cobro de garantías y demás actos procedentes de la fiel ejecución de los contratos. Para la inscripción de los mismos se determina que el plazo es de máximo 5 días contados a partir de la fecha en que se produjeran.

1.3.2 El Registro único de proveedores (RUP)

El Registro Único de Proveedores es una base de datos que contiene la información del sistema público y el detalle de habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que sean capaces de contratar según

la LOSNCP, en este cuerpo legal se indica que la administración de esta información digital corresponderá al SERCOP.

Adicionalmente en el artículo 6 del referido cuerpo legal respecto a las definiciones, en el literal 29 indica lo pertinente para la denominación del Registro Único de Proveedores o por sus siglas RUP como “la base de datos de los proveedores de bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La información de este sistema es pública y se encuentra disponible en el portal de Compras Públicas a través de su página web www.comprasPúblicas.gob.ec declarando como responsables de la actualización y veracidad de los datos de manera exclusiva a las Entidades Oferentes o Proveedores, haciendo énfasis en que ellos mismos serán los encargados de informar al SERCOP sobre cualquier cambio o modificación en sus registros dentro del plazo indicado en el reglamento de aplicación de la LOSNCP, ya que el artículo 12 del mismo cuerpo legal refiere la obligatoriedad de actualizar la información:

“Art. 12.- **OBLIGATORIEDAD DE ACTUALIZACION DE INFORMACION.**- Cualquier cambio o modificación de la información proporcionada por los proveedores al momento del Registro, deberá ser actualizada en el término máximo de diez (10) días contados a partir de la fecha de producido el cambio o modificación” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Como complemento a la aplicación de esta herramienta se dispuso la creación del Procedimiento Simplificado RUP por vía electrónica, denominado como Cero Papeles mediante resolución del SERCOP de fecha 16 de septiembre del 2014.

También se tiene que en las actualizaciones de la información se deben de registrar los incumplimientos en que incurran las partes contratantes, las entidades y la documentación habilitante, entre otros que se indicaran más adelante.

1.3.3 La Contraloría General del Estado.

La Contraloría General del Estado define como una entidad con personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera que ejerce su representación a través del Contralor General del Estado durante periodos administrativos de 5 años de duración.

El artículo 211 de la Constitución de la República describe a la Contraloría General del Estado como un organismo técnico que entre sus funciones tiene la de llevar a cabo el control sobre el destino y utilización de los dineros provenientes del Estado y del logro de los objetivos planteados por las entidades públicas y las personas jurídicas que en su estructura de financiamiento cuenten de recursos públicos.

“la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos” (Ecuador A. N., Constitución de la República, 2008)

Se puede concluir que la principal función de este organismo es la de velar por el cumplimiento de objetivos de las diferentes instituciones del Estado y de aquellas que sean de personalidad jurídica de derecho privado que dispongan o administren recursos públicos y que en sus facultades están las de establecer responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal y que también conforme a lo referido en las leyes y la normativa vigente, es un organismo facultado a expedir resoluciones para el cumplimiento de las actividades ya indicadas, sin perjuicio de las funciones propias de la Fiscalía General del Estado.

1.3.4 Procuraduría General del Estado.

“Procurador es quien con facultad recibida de otro, actúa en su nombre, la Procuraduría General del Estado, actúa en nombre de la Patria” (Estado P. G., 2017)

Para la gestión de la Procuraduría General del Estado se dictó la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que en su artículo # 1 establece la definición de esta entidad:

“un organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas” (Ecuador C. N., Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004)

La Procuraduría General del Estado está representada en sus funciones y atribuciones a través del Procurador General del Estado, dicha autoridad es nombrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna de candidatos enviada por el Presidente de la República para desempeñar sus funciones por periodo de cuatro años.

El Procurador General del Estado tiene como función principal la de ejercer representación judicial del Estado, asesoramiento legal y absolución de temas jurídicos para los organismos y entidades del sector público mediante la realización de dictámenes, los cuales tiene el carácter de vinculante en los temas en que la ley determina competencia al organismo que representa, así como también en los procesos judiciales en que sean parte procesal las entidades del sector público, las cuales tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que administren recursos públicos, pues las actuaciones del Procurador se orientan a la defensa del patrimonio nacional y del interés público.

1.3.5 El Concejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Acorde a lo prescrito en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Concejo de Participación Ciudadana y Control Social se define a esta entidad como:

“un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2009)

Es una entidad que tiene su sede en la ciudad de Quito que está incluida en la función de transparencia y control social del gobierno, la cual tiene alcance nacional en la administración de sus funciones de manera desconcentrada a través de sus delegaciones a nivel provincial y que sus principales atribuciones están detalladas en el artículo 5 de su ley orgánica, por lo cual anotamos las principales:

“Art. 5.- Atribuciones generales, LOCPCCS.- Al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social le compete:

1. Promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción.

2. Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y las personas jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, desarrollen actividades de interés público o manejen recursos públicos.

3. Instar a las demás entidades de la función para que actúen de forma obligatoria sobre los asuntos que ameriten intervención a criterio del Consejo.

4. Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales.

5. Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las Superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente.

6. Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

7. Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

8. Designar a las autoridades y delegados de la ciudadanía que determine la ley, luego de agotar el proceso de selección correspondiente, con veeduría y derecho a impugnación ciudadana, en los casos que correspondan.

9. Presentar, promover e impulsar propuestas normativas, en materias que correspondan a las atribuciones específicas del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

10. Las demás atribuciones señaladas en la Constitución y ley” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2009)

Por lo tanto podemos resumir que es el organismo que tiene como principal objetivo la promoción e incentivo de los derechos relacionados a las actividades de participación ciudadana a través del control social de los asuntos de interés público y sus entidades en el marco de los valores de transparencia, igualdad, independencia y lucha contra la corrupción.

1.4 Principios de los contratos públicos.

En el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública vigente se detallan los principios para la aplicación de la misma y los contratos producto de esta. Estos principios deben de ser: de legalidad, el trato justo, la publicidad, la igualdad, la vigencia tecnológica y calidad de los servicios o bienes ofertados, la oportunidad, participación nacional y el de concurrencia. Estos principios deben de ser aplicados de manera obligatoria a todas las entidades de derecho público.

Estos principios son puestos en práctica a través de las leyes, reglamentos y resoluciones de los organismos que componen la contratación pública y en las licitaciones, compras por catálogos electrónicos, concursos públicos, entre otras formas de intervenir en los procesos contractuales en el ámbito del derecho público, pues todos los actos de la administración pública deben de ser motivados y enmarcarse estrictamente dentro de la normativa.

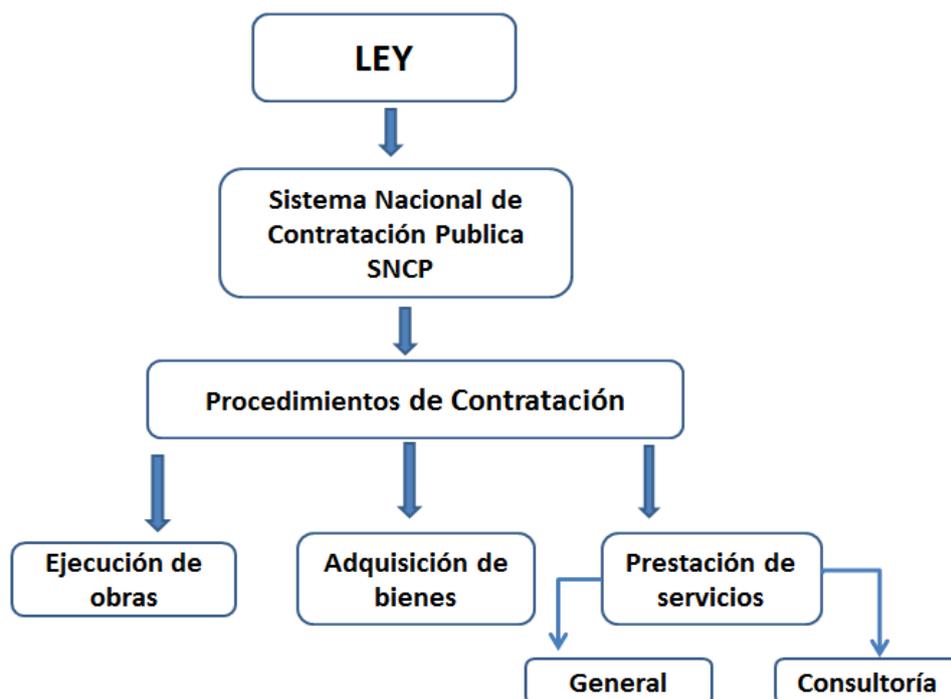
La transparencia en los procesos de licitación o contratación y posterior adjudicación es el principio rector de todos los actos de la administración pública y se apoya fuertemente en el uso de las nuevas tecnologías para

democratizar el uso de la información sobre el mismo, teniendo mucha importancia la obligatoriedad de que el o los objetos de la contratación se encuentren vigentes tecnológicamente al momento de la adquisición y que la calidad se encuentre relacionada de manera directa con el precio ofertado y en el gasto efectuado por la administración pública.

Se admiten excepciones cuando debido a las circunstancias se requiera realizar un contrato de emergencia para atender una necesidad específica, pues con lo señalado en el numeral 31, artículo 6 de la LOSNCP:

“Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

En estas situaciones se necesita la mayor celeridad en los procedimientos para la adquisición de los bienes y servicios destinados a la atención prioritaria de los efectos de la emergencia. La información derivada de estos y los demás procesos puede ser visualizada en el portal www.comprasPúblicas.gob.ec por oferentes nacionales e internacionales, dando preferencia a la industria local como un apoyo a la dinamización de la economía del país pero con la calificación de los proveedores en lo que respecta a la fijación de márgenes de preferencia en las obras, servicios nacionales y bienes, incluso hay procesos de contratación en los que se especifica o prioriza a la participación de oferentes domiciliados localmente.



*Fig 01 Diagram del Servicio Nacional de Contratación Pública.
Fuente: Autor*

1.5 La Administración Pública, la Cláusula Exorbitante y sus efectos en la contratación pública.

La Administración Pública es la actividad permanente del Estado que a través de sus órganos tiene como principales finalidades el desarrollo económico y social de la población a través de la prestación de servicios de manera oportuna y adecuada, enfocados hacia el bien común y la seguridad colectiva dentro del ordenamiento jurídico vigente.

La Administración Pública se lleva a la realidad con el accionar del gobierno orientado de una manera técnica y organizada para conseguir el bien público a través de la implementación y cumplimiento del marco legal y constitucional, observando los principios del derecho en los diferentes campos de acción de la sociedad a través de los actos administrativos y así mismo dirimir las reclamaciones y solicitudes que pudieran presentarse durante los procesos

El autor Roberto Dromi respecto a la posición que ocupa la Administración Pública expresa:

“cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista” (Dromi, 2004)

Los principios de libertad para contratar, igualdad jurídica y el de la obligatoriedad del contenido del contrato para las partes intervinientes que se observan en el derecho privado son considerados en relación de dependencia o subordinación en la contratación pública por lo que podemos establecer que una de las principales diferencias en la aplicación del concepto de la cláusula exorbitante y su uso en esta área es la de conceder a la administración el poder jerárquico para determinar las condiciones del contrato público dejando así al contratista la única opción de aceptar o no estas imposiciones para la firma del contrato, es decir que la relación entre las partes contratantes es de desigualdad.

Una vez más podemos citar a lo escrito por el autor Roberto Dromi como una definición del concepto de cláusulas exorbitantes, el cual en su obra nos indica:

“son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en el derecho civil” (Dromi, 2004)

“Las cláusulas exorbitantes tienen su fundamento en el propio Derecho Positivo, como expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración en las relaciones jurídicas en que interviene el poder de imperium del Estado” (Blog de Derecho Público y Administrativo, 2017)

Las cláusulas exorbitantes garantizan la supremacía de la administración Pública frente al contratista, pues la aceptación y regulación de estas, guardan relación directa a los fines y objetivos por el bien común que se fija la administración. Así mismo se establece que este tipo de cláusulas son inusuales y han sido concebidas para el interés general y pueden ser clasificadas como virtuales o implícitas, aquellas que habilitan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato y expresas o concretas a las que se están expresadas de manera formal en el texto del contrato.

La administración tiene las facultades para modificar el objeto del contrato, realizar interpretaciones de cláusulas cuando su sentido sea ambiguo o dudoso, aplicar cláusulas penales y en lo que respecta a la relación con un contratista tiene competencia para analizar, calificar, adjudicar, ejecutar multas y sanciones, proclamar la caducidad o terminación unilateral de un contrato y de ser el caso calificar como incumplido al oferente del mismo, entre otras especificadas y concedidas en cuerpo legal de manera irrenunciable, imprescriptible e inalienables, pues son potestades públicas y de naturaleza extra contractual relativas a la posición jurídica de la Administración, todo esto sin necesidad de un fallo judicial, por lo que aquí apreciamos la facultad potestativa de la Entidad Contratante para ejercer administrativamente de manera exorbitante.

Así mismo se observan que en este tipo de contratos el principio de inalterabilidad no puede ser mantenido como una constante dentro del proceso, pues la Administración tiene la potestad de introducir modificaciones, incluyendo al objeto del mismo, en atención al principio del *ius variandi*, estas variaciones contractuales son de cumplimiento obligatorio para el contratista en el límite de la prudencia técnica y económica para la ejecución del contrato y están direccionadas a que prevalezca el interés público sobre los intereses privados como objetivo general.

No obstante de lo mencionado como competencias y potestades de la Administración Pública se tiene que la responsabilidad de toda autoridad, servidor público o funcionario en el ejercicio de sus actos u omisiones en sede administrativa deben estar dentro de la ley según lo indicado en la Constitución Política del Ecuador ya que:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (Ecuador A. N., Constitución de la República, 2008)

De esta manera resulta claro el alcance en los actos de la Administración Pública, respecto a esto se complementa en el mismo cuerpo legal:

“Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Ecuador A. N., Constitución de la República, 2008)

De manera suplementaria se tienen las regulaciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Capítulo 2

2 Capacidades y límites sancionadores de la Administración Pública.

La Administración Pública es la actividad permanente del Estado que a través de sus órganos tiene como principales finalidades el desarrollo económico y social de la población a través de la prestación de servicios de manera oportuna y adecuada, enfocados hacia el bien común y la seguridad colectiva dentro del ordenamiento jurídico vigente.

El orden jurídico ecuatoriano reconoce a la Administración Pública el ejercicio de cuatro prerrogativas o potestades fundamentales: la potestad ejecutiva, la potestad resolutoria, la potestad reglamentaria y la potestad sancionadora.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece la obligatoriedad de que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones se debe observar las normas del debido proceso, por lo tanto las garantías del debido proceso deben ser ratificadas en los actos normativos o administrativos que generen una obligación frente a los administrados.

El señalado artículo hace reseña al debido proceso que debe de ser considerado de manera obligatoria en todos los actos de la Administración, pues dicho de otra manera, el debido proceso es aquel que satisface todas las exigencias, formalidades, condiciones y requerimientos para garantizar la efectividad del derecho material.

La ley determina que la Administración Pública dentro de sus competencias posee las facultades para emitir sanciones y resoluciones motivadas en función de las conductas de los administrados, las que en su realización produzcan una alteración a la sociedad e interés público. Estos actos de la Administración Pública se ejercen a través del Derecho Administrativo, el cual es característico de los organismos públicos que en el ejercicio de sus relaciones con las partes contratantes poseen un desequilibrio de privilegios a su favor.

Esta facultad sancionadora de la Administración Pública se expresa de manera clara en el caso de las resoluciones que declaran la terminación de manera unilateral y anticipada de un contrato administrativo por un incumplimiento imputable al contratista. Este tipo de acto administrativo es una forma imprevista y anormal de culminar un contrato, a través de la cual se puede evidenciar la potestad o prerrogativa de poder que ejerce la Administración Pública con el administrado.

Los límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública están sujetos a los principios de legalidad, el derecho a la defensa y la proporcionalidad de la sanción.

El principio de legalidad para las sanciones es la restricción de que solo la sanción que esta prevista en una ley se constituye en sanción administrativa:

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

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” (Ecuador A. N., Constitución de la República, 2008)

La norma expresa la prohibición para la Administración Pública de juzgar o sancionar por una conducta o acto que no esté prohibido por la ley, es decir equivale a la reserva de ley absoluta. Para juzgar mejor que tipo de conductas son objeto de sanción se exige que la ley, de manera formal detalle las principales características de las mismas, la clasificación y cuantía, para las cuales se tiene la opción de incluirlas con mayor detenimiento en los reglamentos, lo cual no quiere decir que se delega a este último cuerpo legal la descripción absoluta de la sanción administrativa.

La característica de la reserva de ley significa que la misma debe tener los elementos mínimos de la infracción, pues la violación al ordenamiento jurídico es sancionada en el escenario de la inconstitucionalidad que destruye el principio de legalidad mencionado, es decir que solo se sanciona lo indicado en la ley.

Otro escenario de aplicación legal es cuando las infracciones y sanciones incluidas en los contratos no pertenecen a la potestad sancionadora de la Administración Pública, ya que estas tienen su origen en la relación contractual y no en la ley. Estas infracciones se configuran cuando una de las partes intervinientes por acción u omisión incumplen una o varias de las obligaciones estipuladas en el contrato, en este punto se debe establecer diferencia entre las infracciones contractuales y las legales. Debido a esto, el contrato no puede caracterizar sanciones administrativas pero si infracciones contractuales, lo cual suele requerir aclaraciones, pues las sanciones administrativas se basan en la normativa vigente lo que es diferente al régimen contractual, debido a estas diferencias requieren tratamientos individuales.

Hay casos en los que la ley delega al reglamento la normalización de la infracción y de la sanción, por lo que la norma resulta inconstitucional y atentatoria al principio de legalidad.

El incumpliendo contractual requiere un procedimiento administrativo a cargo de los órganos jurisdiccionales competentes de la Administración Pública por lo que no puede ser sancionado por una entidad que base su competencia en una norma inconstitucional. Siendo esto un argumento legal en el caso en que el administrado requiere plantear su defensa contra los excesos de la potestad sancionadora de la Administración.

También se debe de considerar que la Administración Pública no puede ejercer a su libre voluntad las prerrogativas de poder con el uso de cláusulas exorbitantes para resolver la terminación unilateral y anticipada de un contrato, pues en concordancia con lo indicado en el artículo 1568 del Código Civil indica “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos” (Ecuador A. N., Código Civil, 2016). Por lo tanto

podemos expresar de manera sucinta que el incumplimiento de una parte justifica el incumplimiento de la otra.

Por otro lado la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que incluye en su codificación lo ya expresado en la derogada Ley de Contratación Pública para negar la posibilidad de que un contratista alegue la existencia de un reclamo en vía judicial para de esta manera introducir demoras que impidan ejecutar una resolución de terminación unilateral y anticipada de un contrato. En la actualidad se tiene:

“Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

2.1 Principales características de la terminación unilateral y anticipada de un contrato de la Administración Pública.

La normativa contenida en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define a la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato a través del Decreto Ejecutivo Publicado en registro oficial No. 536 en el cual se indica de manera conceptual que “ toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (Ecuador A. N., Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002)

La terminación unilateral de un contrato por la Administración Pública es una cláusula exorbitante a través de la cual se ejerce la prerrogativa de poder, debido a que es una potestad y no solo una facultad de la administración. El uso de la misma es obligatorio en los casos de incumplimientos del contratista y se la instrumenta a través de la emisión de la resolución de terminación unilateral y

anticipada del contrato, la cual debe de ser debidamente motivada. Para el caso de los adjudicatarios fallidos durante los procesos de contratación se emplea similar procedimiento, incluido a los casos de negativa a suscribir el contrato dentro del plazo y forma indicado en la ley.

Ambas prerrogativas son exclusivas de la Administración Pública y ejercidas unicamente en el ámbito del derecho administrativo, ya que resultarían imposibles de aplicar en el campo del derecho civil debido al principio de igualdad entre las partes que se tiene en este último a pesar de que en el campo civil tambien se disponen de medios de terminación anticipada de las relaciones contractuales, pero ninguna con el alcance de las potestades administrativas del derecho público.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona de manera expresa las causales para que proceda la terminación unilateral del contrato, teniendo así que:

“Art. 94.- **Terminación unilateral del contrato.**- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

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” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Se considera que la terminacion unilateral y anticipada de un contrato es una prerrogativa característica de la Administración Pública debido a lo

establecido en las cláusulas exorbitantes, debido a que el uso de estas , es posible la conclusión de la relación contractual con el ejercicio de la potestad administrativa, la cual suerte los efectos declarados y previstos en el ordenamiento jurídico vigente.

Otras denominaciones que diversos autores emplean y hacen referencia a la capacidad de la Administración de resolver la terminación anticipada y unilateral de contrato por incumplimiento de las obligaciones estipuladas para el contratista son: potestad rescisoria o también resolutoria. Así mismo convergen en consenso de opiniones sobre la naturaleza de que son verdaderas prerrogativas de poder a favor de la Administración Pública aquellas en que se la faculta a establecer sanciones al contratista que así lo amerite y que se las ejercen de manera jerárquica en orden de subordinación, teniendo en el nivel superior a la parte contratante representada en la Administración Pública y en el inferior a los contratistas u oferentes.

2.2 La resolución administrativa y la declaración de terminación unilateral y anticipada de un contrato.

El primer paso para iniciar este proceso consiste en sustentar documental y probatoriamente a través de los informes técnicos y demás que el contratista ha incurrido en conductas que provocaron el incumplimiento de una o varias de las cláusulas convenidas en el contrato y que la entidad contratante no se encuentre en mora de sus propias obligaciones, después de lo que se procederá a motivar y emitir la resolución administrativa.

La resolución administrativa contendrá en su estructura una primera parte expositiva con el detalle de todos los antecedentes que sirvieron de justificativos para que la entidad contratante, haciendo uso de sus atribuciones, ha decidido terminar de manera anormal el contrato, se deberá incluir los fundamentos de hecho técnico, económico y los de derecho. También se incluirá el análisis de los justificativos a las comparecencias que hubieren sido efectuadas por el contratista.

La segunda parte es la resolutive que tiene un carácter dispositivo y es en la que se declara expresamente la terminación unilateral y anticipada del contrato, la notificación al contratista de lo resuelto es obligatoria y dentro del plazo indicado para que surta los efectos jurídicos pertinentes y la expresión de imposibilidad de reclamos en vía administrativa o judicial posterior a este hecho acorde a lo establecido en la Ley Orgánica del Servicio de Contratación Pública, pues indica:

“Art. 95.- Notificación y trámite.- (Reformado por el Art. 22 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013).- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Continuando en el mismo artículo referido en del párrafo anterior se tiene:

“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” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

En la parte resolutive también deben de estar incluídas las sanciones impuestas a las que haya lugar así como la disposición de inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos en la base de datos de la Contraloría General del Estado para que este contratista sea impedido de volver a suscribir contratos con el Estado por el plazo de cuatro años contados a partir de las fecha de ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Como en todos los actos de derecho, la falta del cumplimiento de las formalidades, producirá el efecto de nulidad absoluta, para el caso de la Resolución Administrativa será provocada por la falta de la debida motivación. Respecto a esto anotamos lo indicado en la Constitución de la República vigente, la cual en su artículo 76 establece como una garantía básica al debido proceso:

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

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (Ecuador A. N., Constitución de la República, 2008)

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado indica la responsabilidad por acciones u omisiones de los funcionarios públicos dentro del proceso de terminación unilateral y anticipada de un contrato, pues si la Administración Pública resuelve este tipo de actos sin los debidos fundamentos legales, el contratista podrá ejercer su derecho a demandar en la vía contencioso

administrativo a la entidad contratante con la interposición de un recurso objetivo o de nulidad para el caso de que la resolución adolezca de vicio legal o en su defecto con el uso de un recurso subjetivo, también llamado de plena jurisdicción para el caso de que la resolución tomada afecte de manera directa a los derechos subjetivos del contratista, el soporte legal para lo indicado está escrito en el texto del segundo párrafo del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata” (Ecuador A. N., Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, 2014)

Así mismo el contratista tiene como opción la interposición de los recursos de apelación, reposición o de revisión de la resolución de terminación unilateral de contrato en sede administrativa, pues la resolución en sí es un acto administrativo que tiene consecuencias directas sobre los derechos del administrado.

2.3 De la declaratoria de procedimiento desierto.

Lo pertinente a la declaratoria de un procedimiento como desierto ya sea de manera parcial o total se encuentra referido en la LOSNCP, por lo que se cita textualmente:

“Art. 33.- Declaratoria de procedimiento desierto.- (Sustituido por el Art. 5 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013).- 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” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

También se indica que 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.

Se admite a trámite la declaración de procedimiento desierto parcial, en el caso de que se hubiere convocado a un proceso de contratación en el cual se especifique que son posibles las adjudicaciones parciales o por ítems.

Finalmente la declaratoria de desierto o cancelación del procedimiento no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

3 La Contraloría General del Estado y el registro del contratista incumplido.

Se encuentra indicado en el marco legal vigente que una de las facultades privativa de la Contraloría General del Estado es la de administrar y actualizar la base de datos que contiene la información y registro de los contratistas

incumplidos y adjudicatarios fallidos que se encuentran inhabilitados para suscribir contratos o convenios con entidades y organismos del sector público. Para tal efecto se requerirá la solicitud de la máxima autoridad de la entidad contratante acompañada de toda la documentación que avale lo solicitado.

La actualización del listado de los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos no requiere de ningún pronunciamiento por parte de la Contraloría General sobre la validez jurídica o no de las resoluciones emitidas por las entidades que soliciten el registro de estos datos, pues la inclusión y exclusión de un contratista en el registro que administra y actualiza la Contraloría General del Estado es de exclusiva responsabilidad de la entidad que lo solicita.

Para la actualización del registro de contratistas incumplidos se requiere que la entidad pública provea a la Contraloría General del Estado datos como el número de cédula de las personas naturales que sean objeto de la sanción, ya sea que estas tengan su accionar individual o a través de consorcios, asociaciones, sociedades de hecho, compañías o entes sin personería jurídica. El plazo para otorgar esta información es de cinco días laborales contados a partir de la fecha de emisión de la resolución y de la solicitud de incorporación al registro del contratista que hubiere incumplido.

El Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción en el segundo párrafo del artículo 11 indica: “La inclusión o exclusión del Registro, de los contratistas incumplidos y de los adjudicatarios fallidos, no implica pronunciamiento alguno de la Contraloría General sobre la procedencia jurídica o la legalidad de las resoluciones emitidas por las entidades u organismos que lo soliciten” (Estado C. G., 2008)

La Contraloría General del Estado publicará la base de datos actualizada de manera mensual por la a través del Registro Oficial y en dicha publicación se debe de incluir la nómina de las personas naturales o jurídicas que hubieren sido inscritas en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos en el período respectivo.

3.1 Formas de exclusión del registro de contratistas incumplidos.

La exclusión del registro de contratistas incumplidos se realizará de manera automática para los casos en que los plazos de sanción hayan sido cumplidos y solo tendrán lugar a ser eliminados de la base de datos antes del tiempo indicado aquellos en los que medie orden judicial, constitucional que o sean declarados como inexistente y cuando la entidad que solicitó la inscripción haya revocado la declaratoria de incumplimiento para ese contratista, para lo cual, la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante o su representante legal deberá dirigir de manera expresa una solicitud al Contralor General del Estado para que se proceda a la supresión de la base de datos y registro del oferente.

Para los casos en que la entidad contratante solicite la exclusión de un contratista del registro, la Contraloría General del Estado procederá a otorgar los certificados de cumplimiento de los contratos con el Estado, cuya validez es de sesenta días contados desde la fecha de su expedición según lo prescrito en el artículo 18 del Reglamento Sustitutivo para el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción.

Así mismo producto de la actualización constante de la información pública se divulgará de la misma forma la nómina de las personas naturales o jurídicas que, habiendo estado inscritas en el registro, dejen de constar en el mismo.

4 Procedimiento de notificación y trámite de la sanción por declaratoria de terminación unilateral y anticipada de un contrato.

La entidad contratante antes de resolver la terminación unilateral y anticipada de un contrato dispondrá la notificación de su intención de finiquitar de este modo la relación contractual al contratista diez días antes de proceder. Adjunto a la notificación deberán constar los respectivos informes técnicos y económicos, los cuales contendrán información del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y el contratista.

En el texto de la notificación se detallará específicamente el incumplimiento o mora que es causa de la misma y le pondrá sobre aviso sobre la

obligatoriedad de remediación en el plazo señalado para evitar la sanción. Si el contratista no remediare o justificare la mora dentro del plazo concedido, la entidad contratante podrá declarar la terminación unilateral y anticipada de un contrato.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas en el artículo 95 indica:

“Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediario en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 146 indica el procedimiento y la forma para llevar a cabo la notificación de terminación unilateral del contrato, “ La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La resolución será comunicada al contratista de manera escrita y publicada en el portal de compras públicas www.comprasPúblicas.gob.ec. La ejecución de esta será inpostergable e inevitable pues los contratistas no podrán alegar que la entidad contratante esta en mora de sus obligaciones económicas por prohibición expresa de la ley.

Finalmente el artículo 147 del referido cuerpo legal declarará la obligatoriedad que tiene la entidad contratante de publicar la información de los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos como las terminaciones anticipadas, las unilaterales, las sanciones, el cobro de garantías y demás dentro del plazo máximo de cinco días de producido el hecho, caso contrario la entidad contratante será objeto de sanción de acuerdo a lo indicado por ley.

4.1 Terminación por causas imputables a la entidad contratante.

En el caso de que la terminación unilateral y anticipa del contrato sea por causas que puedan ser imputadas a la entidad contratante, se tienen que en el artículo 96 de la LOSNCP se prescribe la posibilidad de que el contratista demande la resolución del contrato, siempre y cuando, la Entidad configure una de las siguientes conductas:

- “1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;
2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,
4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Capítulo 3

Sanciones

5 Duración de las sanciones por la terminación unilateral y anticipada de un contrato.

Dentro de las posibles sanciones que la Administración Pública dispone para la terminación unilateral y anticipada de un contrato en lo que ha su duración se refiere pueden ser:

5.1 Sanción por declaratoria de contratista incumplido o adjudicatario fallido.

La Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública en el numeral 1 del artículo 19 señala con exactitud los tiempos de duración de las sanciones y suspensión del RUP para la parte contratante al ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido:

“Art. 19.- **Causales de suspensión del RUP.**- Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

La definición de adjudicatario fallido la encontramos en el reglamento de aplicación de la LOSNCP que el artículo 114 nos dice:

5.2 Del adjudicatario fallido.

“**Art. 114.- Adjudicatario fallido.**- En caso de que el adjudicatario no se presente dentro del término previsto, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable, la entidad contratante lo declarará adjudicatario fallido y llamará al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos para el oferente

adjudicatario, incluyendo la obligación de mantener su oferta hasta la suscripción del contrato. Si el oferente llamado como segunda opción no suscribe el contrato, la entidad declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable al segundo adjudicatario fallido” (Ecuador A. N., Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009)

Se define así como adjudicatario fallido a aquel oferente que por causas plenamente imputables y no por motivos de caso fortuito o de fuerza mayor, no se presentó para la firma del respectivo contrato que le fuera adjudicado después del proceso de selección de ofertas presentadas durante el concurso. Adicionalmente entre las sanciones que le son impuestas se tienen a las notificaciones de la Entidad Contratante dirigidas a los demás organismos del SNCP.

Por otro lado, cuando sea el caso de que la Entidad Contratante no cumpla con la suscripción del contrato dentro del plazo de 15 días posteriores a la adjudicación, el oferente o contratista podrá solicitar por escrito la extensión de ese plazo por 10 días más, después de este nuevo plazo y si continúa la situación, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor. Como consecuencia de la solicitud del oferente, la entidad contratante se verá en la obligación de reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros en los que haya incurrido el oferente adjudicatario.

Posterior a la definición de este escenario, la Entidad Contratante podrá aplicar el principio de repetición contra el o los funcionarios públicos responsables del retardo del proceso de firma del contrato, es decir, la Administración Pública procede a recuperar los valores cancelados al oferente con cargo a los funcionarios que estuvieron vinculados al proceso.

5.3 Sanción de impedimento por interposición de persona jurídica para el contratista incumplido.

El Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción en su artículo 13 enuncia indicaciones muy importantes

respecto al alcance del impedimento como sanción al contratista incumplido, teniendo así que:

“El adjudicatario fallido o el contratista incumplido extienden su impedimento a las personas jurídicas de la misma rama de actividad a la que se encuentre vinculado como persona natural o por interposición de persona jurídica. Este impedimento afecta en la misma forma a los socios, accionistas e integrantes de las personas jurídicas declaradas adjudicatarias fallidas o contratistas incumplidas. Para el efecto, junto al pedido de inclusión, la entidad contratante remitirá a la Contraloría General la nómina correspondiente” (Estado C. G., 2008)

Este impedimento afecta igualitariamente a todos los socios, integrantes y demás accionistas de las personas jurídicas que hayan sido declaradas como contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, para lo cual, la entidad contratante incluirá al pedido realizado a la Contraloría General del Estado el listado con los datos de los contratantes afectados.

También se indica que para que sea posible la aplicación de esta disposición, las Superintendencias de Compañías, Bancos y Seguros y los Registradores Mercantiles proveerán a las Entidades Públicas la información necesaria para que surtan los efectos deseados.

6 Las Garantías presentes en la Administración Pública.

Las garantías que pueden ser instrumentadas en la contratación pública y que se encuentra especificadas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública son:

- Garantía incondicional.
- Fianza.
- Primera hipoteca de un bien raíz.
- Depósitos de bonos del Estado.
- Certificados de depósitos a plazo.

En los artículos siguientes de la LOSNCP se cuenta con las definiciones de:

“Art. 74.- **Garantía de fiel cumplimiento.**- (Reformado por el Art. 19 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013).- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

“Art. 75.- **Garantía por anticipo.**- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

“Art. 76.- **Garantía técnica para ciertos bienes.**- En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

6.1 Ejecución de garantías.

Cuando opere la ejecución de las garantías se tiene que:

“La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si

fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago. La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

6.2 Devolución de garantías.

La Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública advierte sobre el momento en que procederá la devolución de las garantías:

“Art. 77.- **Devolución de las garantías.-** En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

El Reglamento de aplicación de la referida ley concuerda en:

“Art. 118.- **Devolución de garantías.-** Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.

La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.

La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.

La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Para finalizar el apartado de las garantías, se cuenta con lo pertinente en el artículo 119 del reglamento de aplicación de la ley, el cual contempla de manera complementaria a las garantías ya enunciadas que en el caso de que en un

contrato no se procedió a la entrega de la garantía de fiel cumplimiento de parte del contratista y en el cual haya incrementado su valor total por la inclusión de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, se deberá previo a la celebración del contrato complementario o de la orden de trabajo, obtener la garantía de fiel cumplimiento del contrato, considerando el monto total del contrato desde su celebración.

7 De las reclamaciones y recursos administrativos.

En la ley que sirve de base a este estudio, en lo referente a las reclamaciones que pudieran ser interpuestas por el contratista se indica que estas deben de ser debidamente motivadas y realizadas en sede administrativa al SERCOP, por lo cual en el artículo 102 se tiene:

“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” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

7.1 Plazo para resolver las reclamaciones.

Las personas naturales o jurídicas que 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. Así mismo se fija que 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.

La presentación del reclamo o recurso administrativo no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, pero de no resolverse el mismo en el término previsto, el 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.

7.2 De la solución de las controversias.

Para este tipo de reclamaciones y recursos se contemplan la posibilidad de incorporar los procedimientos en sede administrativa, en judicial y métodos alternativos de solución como lo constituyen el arbitraje y mediación como en otros procesos, se cita lo indicado en la LOSNCP:

“Art. 104.- **Métodos alternativos de solución de controversias.-** 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, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

“Art. 105.- **Instancia única.-** 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” (Ecuador A. N., Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008)

Capítulo 4

Caso de aplicación de terminación lateral y anticipada de un contrato con la Administración Pública y el procedimiento de aplicación.

8 El tranvía de Cuenca, Ecuador.

El día 08 de julio del 2013 se procedió a la firma del contrato para la “construcción del patio taller, preparación de la plataforma viaria e implementación de sistemas tecnológicos para soporte del sistema tranviario del Tranvía Cuatro Ríos de Cuenca”, las partes intervinientes de este contrato y que ejemplifica la aplicación de las normas citadas en capítulos anteriores fueron por la Administración Pública, el GAD Municipal de Cuenca y por la contratista, el Consorcio CCRC de origen español, previa licitación y adjudicación del mismo.

Debido a las reiteradas faltas a las obligaciones contractuales en las que incurrió el Consorcio CCRC durante la ejecución de las obras de este proyecto, el día miércoles 18 de enero del 2017, la máxima autoridad de la Administración Pública de este contrato, ejercida por el GAD Municipal de Cuenca y representada por el Alcalde de la ciudad, procedió a emitir la resolución mediante la cual se declara la terminación de manera unilateral y anticipada del mencionado contrato.

Con la resolución de terminación unilateral y anticipada de la relación contractual, el GAD Municipal de Cuenca obtuvo derecho para actuar y determinar:

- El avance físico e la obra.
- Ejecutar las garantías de fiel cumplimiento.
- Ejecutar la garantía por el buen uso del anticipo entregado y reajustado a la fecha de terminación del contrato, lo cual obliga al Consorcio CCRC a realizar el pago respectivo dentro del plazo de 10 días.
- Demandar la indemnización de daños y perjuicios.
- La posibilidad de volver a contratar la obra de manera inmediata y directa.

Esta decisión fue adoptada en acuerdo a las disposiciones contenidas en el artículo 92, literal 1 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación

Pública, en la cual se establece como una de las causales para este tipo de resoluciones al incumplimiento del contratista, lo cual concuerda con lo también expresado en el artículo 94 del mismo cuerpo legal, en el que adicionalmente se agrega otra causa que avala esta decisión que es la suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

Una vez que el GAD Municipal de Cuenca resolvió de esta manera se procedió a la notificación al Consorcio CCRC de esta decisión según lo observado en el artículo 95 de la referida Ley, para lo cual se remitió junto con la respectiva resolución, los informes técnicos y económicos, en los cuales se detalla el grado de cumplimiento de las responsabilidades del GAD Municipal y el contratista. En esta documentación también se especifica los incumplimientos en que incurrió el Consorcio CCRC y se puso sobre aviso del plazo de 10 días para remediarlos como última instancia previa a la declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato.

Antes del vencimiento del plazo indicado y con el ánimo de evitar la ejecución de la sanción, el Consorcio CCRC remitió documentación con el fin justificar y remediar los incumplimientos indicados. Dicha documentación fue enviada para el análisis por parte de la Gerencia del Consorcio SMTC-AC/ARTELIA VILLE &TRANSPORT, que era la contratista a la cual le fue adjudicado el contrato para la Fiscalización del Contrato de construcción del patio taller, preparación de la plataforma viaria e implementación de sistemas tecnológicos para soporte del sistema tranviario del Tranvía Cuatro Ríos de Cuenca.

El informe del Consorcio SMTC- AC/ARTELIA VILLE &TRANSPORT concluyó que la documentación presentada por el Consorcio CCRC no justificaba ni establecía acciones de remediación alguna sobre los incumplimientos que le fueron notificados en la documentación enviada por el GAD Municipal de Cuenca, por lo cual la Administración Pública procedió a declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato celebrado con el Consorcio CCRC y las demás consecuencias legales derivadas de los hechos, ya que inicialmente se tenía como fecha de entrega de la obra el 26 de diciembre del 2016.

El Consorcio CCRC no realizó justificación de la amortización o inversión total del anticipo recibido al inicio del proyecto por lo cual en este caso no cabe la posibilidad de considerar que la Administración Pública estuvo en mora de sus obligaciones y que según datos del GAD Municipal de Cuenca, no se ha realizado la devengación de aproximadamente 12 millones de dólares, lo cuales representan aproximadamente el 57% del valor total recibido como anticipo. Estos recursos forman parte de las futuras reclamaciones de la Administración Pública dentro del proceso aún vigente.

Parte de las acciones que se han dado y se siguen efectuando se tiene que el Consorcio CCRC con fecha 03 de febrero del 2017 interpuso un recurso ante la Secretaría de la Corte de Comercio Internacional con sede en Chile como un intento de evitar su inscripción en el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y la Contraloría General del Estado como contratista incumplido y que le sea prohibida la participación en futuros procesos de contratación con el Estado ecuatoriano, dicha entidad internacional mediante dictamen emitido respalda la legitimidad y procedencia de la resolución de terminación unilateral y anticipada tomada por el GAD Municipal de Cuenca, esto en atención al recurso de arbitraje y mediación como método alternativo de resolución de conflictos.

9 Conclusiones y recomendaciones.

- La Administración Pública ejerce las prerrogativas concedidas por ley en los contratos celebrados con diversos oferentes de manera firme, a través de las cuales se valida la potestad sancionadora que le concede una posición de supremacía en la relación contractual, pues de una u otra forma, la administración Pública, puede ocupar las posiciones de juez y parte de este tipo de procesos, por lo cual también es muy importante la observación de los límites de estas prerrogativas y el debido proceso que se debe seguir para establecer una sanción.

- Las consecuencias administrativas para un contratista en el caso de ser declarado como incumplido pueden acarrear la quiebra de muchas compañías y proveedores que tengan como actividad económica principal la de celebrar contratos con la Administración Pública.
- En el caso de estudio referido no se tuvieron sanciones penales debido a que no se tipificaron conductas que encuadren en los tipos penales contenidos el Código Orgánico Integral Penal, como lo constituye el peculado, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, agiotaje, etc.
- Parte de la política del actual Gobierno ha sido la de dinamizar la economía mediante la inyección de recursos a través de la ejecución de diferentes tipos de proyectos que demandan la provisión de bienes, mano de obra y servicios por parte de los oferentes, lo cual tiene alta importancia en las condiciones de desaceleración de la economía nacional que se viven al momento, las cuales han sido producto de algunos factores como lo son la apreciación del dólar, nuestra moneda oficial, la caída de los precios del petróleo a niveles nunca antes registrados y su lenta recuperación en lo que respecta al contexto macroeconómico.
- El método alternativo de resolución de conflictos interpuesto por el Consorcio CCRC ante la Corte de Comercio Internacional con sede en Chile, fue una opción válida para intentar solventar en otra instancia la resolución de terminación anticipada del contrato pero los resultados fueron contrarios a los intereses del oferente, debido a que se ratificó la procedencia de la reclamación de la Entidad Pública de nuestro país.
- Se recomienda que el criterio para la adjudicación de un contrato por la Entidad Contratante no solo debe basarse en el valor económico de la propuesta recibida, si no que también deben de evaluarse los factores como la capacidad técnica para la ejecución de la obra, el personal debidamente capacitado en todos los niveles de la operación, la trayectoria empresarial, la presencia en el mercado, la experiencia exitosa comprobable en el área de

ejercicio profesional, todo dentro del marco legal y de transparencia, para proceder a la adjudicación, esto con el fin de prever cualquier tipo de novedades y atrasos propios de las obras de magnitud como lo es la implementación del servicio de tranvía en la ciudad de Cuenca.

- Como parte del servicio a los usuarios del portal de compras públicas se recomienda la mejora continua de la página web www.compraspublicas.gob.ec para volverla más amigable al usuario de estos servicios, brindando más posibilidades de éxito en el manejo de los mismos a los nuevos oferentes y como parte suplementaria se debe de aumentar la capacitaciones ofrecidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) sobre el manejo de esta herramienta tecnológica.

Bibliografía utilizada:

- Blog de Derecho Público y Administrativo.* (21 de 02 de 2017). Obtenido de <http://derechopublicoadministrativo.blogspot.com/2012/03/teoria-de-las-clausulas-exorbitantes.html>
- Cuevas, G. C. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. En G. C. Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Durango, P. S. (s.f.). *Curso breve de Derecho Administrativo*.
- Ecuador, A. N. (2002). *Estatuto de Regimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitucion de la República*. Montecristi: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2009). *Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*. Quito: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Nacional.
- Ecuador, A. N. (2014). *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*. Quito : Nacional.
- Ecuador, A. N. (2016). *Código Civil*. Quito: Lexis.
- Ecuador, C. N. (2004). *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Quito: Nacional.
- Estado, C. G. (2008). *Reglamento Sustitutivo para Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, Registro de Contratos, Registro de Garantías de Contratos y Régimen de Excepción*. Quito: Nacional.
- Estado, P. G. (2016). *Procuraduria General del Estado - Reseña Historica*. Obtenido de <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-06-20-06-34-58/2014-09-29-16-26-39/2014-09-29-16-27-13>
- Estado, P. G. (13 de 3 de 2017). *Procuraduria General del Estado*. Obtenido de <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-06-20-06-34-58/2014-09-29-16-26-39>
- Nacional, A. (2016). *Código Civil*. En Asamblea, *De los actos y declaraciones de voluntad*. Quito: Nacional.
- SERCOP. (01 de 03 de 2017). *Portal de Compras Públicas*. Obtenido de <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/valores/>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio** con **C.C: # 0919366427** autor del trabajo de titulación: **Terminación unilateral de un contrato por incumplimiento y la responsabilidad administrativa, civil y penal en la contratación pública** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 20 de Marzo de 2017.

f. _____

Nombre: **Zambrano Arreaga, Alberto Fabricio**
C.C: **0919366427**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Terminación unilateral de un contrato por incumplimiento y la responsabilidad administrativa, civil y penal en la Contratación Pública.		
AUTOR:	Alberto Fabricio Zambrano Arreaga		
REVISOR /TUTOR:	Elizabeth del Pilar Jiménez Franco		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales de los Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLIACIÓN:	20 de Marzo de 2017	No. DE PÁGINAS:	43
ÁREAS TEMÁTICAS:	Contratación pública, derecho administrativo, contratos		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	<i>SERCOP, oferente, contratista, Administración Pública, entidad contratante.</i>		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El rol que desempeña el Estado en sus diferentes niveles de gestión en la economía nacional tiene gran importancia e impacto en las condiciones actuales, pues a través de la destinación de recursos financieros para la ejecución de proyectos de infraestructura y obra civil en sectores estratégicos se generan muchas fuentes de trabajo que abren la posibilidad de que personas naturales o jurídicas sean parte del Sistema Nacional de Compras Públicas a través de los procesos de contratación y provisión de servicios,.</p> <p>Este sistema está conformado por la plataforma tecnológica del Servicio Nacional de Contratación Pública y demás entidades como la Contraloría General del Estado que junto con el marco jurídico de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública establecen las normas que rigen la relación contractual entre la Administración Pública y los contratistas, las sanciones administrativas y las prohibiciones en general, en algunos casos dichas sanciones tiene repercusiones no tan solo administrativas, sino que pueden dar a lugar reclamaciones en el campo civil e incluso penal según el caso por lo que es necesario la correcta aplicación de las normas vigentes.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-8-6567981	E-mail: albezambrano79@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre:		
	Teléfono: +593-4-370-4160		
	E-mail:		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			