



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIO HUMANISTICA

TITULACION DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

“El debido proceso previa la declaratoria de adjudicatario fallido”

TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

Autor: Gutiérrez Ojeda, Artemisa María

Director: Carrión González, Paul Edvaldo

Centro Universitario de Quito

2014

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

Doctora

Grace Natalie Tamayo Galarza

DOCENTE DE LA TITULACION

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “El debido proceso previa la declaratoria de adjudicatario fallido”, realizado por Artemisa María Gutiérrez Ojeda, ha sido orientado y revisado durante su ejecución por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja 20 de enero del 2014

F)

Paúl Edvaldo Carrión González

DECLARACION DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Artemisa María Gutiérrez Ojeda, declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: “El debido proceso previa la declaratoria de adjudicatario fallido”, de la titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Doctor Paúl Carrión González director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar las disposiciones del art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice:” Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

F)

Autor: Dra. Artemisa María Gutiérrez Ojeda.

Cédula: 0501844161

DEDICATORIA

Mi dedicatoria y agradecimiento al apoyo incondicional de mis padres Carlos Lombardo y Victoria Artemisa; mis hermanos especialmente Lucía María que siempre está a mi lado, a mi esposo Pablo Santiago, gracias por su compromiso de acompañarme hasta el final de cada meta y proyecto, sin importar el resultado, simplemente lograr la satisfacción de cumplir lo mejor que se pudo.

AUTORA DE LA TESIS

INDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA	II
DECLARACION DE AUTORIA Y CESION DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
INDICE	V
RESUMEN.....	1
ABSTRAC	2
INTRODUCCION	3
CAPITULO I	
1.- Tema: Conceptos básicos	
1.El debido proceso en los procedimientos administrativos de contratación pública.....	6
2.Conceptos de los sujetos que interviene en la contratación pública	11
3.Sujetos activo y pasivo del debido proceso en la contratación pública	15
CAPITULO II	
2.- Tema: Sujetos e infracciones en la Contratación Pública	
1.Infracciones administrativas del sujeto pasivo y del sujeto activo	17
1.1.Infracciones del Sujeto Pasivo	17
1.2.Infracciones del sujeto Activo	19
2.Infracciones de los Proveedores	21

3.Infracciones de los proveedores antes de la suscripción del contrato	21
3.1.Infracciones	21
3.2.Infracciones de los proveedores para declarar adjudicatario fallido.....	23
4.Causalesparadeclararadjudicatario fallido	25
5.El procedimiento para declarar adjudicatario fallido	27
5.1.Requisitos previo el procedimiento de adjudicatario fallido	27
5.1.1.Que haya sido adjudicado	27
5.1.2.Que se haya negado a suscribir el contrato	28
5.1.3.Procedimiento de Adjudicatario Fallido	29
6.Derecho comparado sobre adjudicatario fallido	31
6.1.Derecho Comparado México	31
6.2.Derecho Comparado Colombia	32
6.3.Derecho Comparado Perú	33
6.4.Derecho Comparado Chile.....	34
6.5.Derecho Comparado España.....	35
6.6.Conclusión.....	35

CAPÍTULO III

3.- Tema: Reclamos Administrativos en la Contratación Pública

1.Reclamosadministrativos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	38
1.1.Reclamo Motivado.....	38

1.2.Recurso Art.103 LOSNCP.....	39
1.3.Conclusión.....	39
2. Procedimiento para implementar los reclamos administrativos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	40

CAPÍTULO IV

4.- Tema: Presentación y análisis de resultados de investigación de campo

1 Análisis de encuestas	44
1.1.Tabulación de encuestas.....	45
2. Análisis de entrevistas	45
2.1.Tabulación de entrevistas.....	47
3.Conclusiones de las entrevistas y encuestas	47
4. Verificación de objetivos e hipótesis.....	48
4.1.Objetivos	48
4.2.Verificación de Objetivos.....	48
4.3.Hipótesis.....	49
4.4.Verificación de Hipótesis	49

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES GENERALES.....	51
RECOMENDACIONES	53
PROYECTO DE REFORMA LEGAL.....	54

BIBLIOGRAFIA.....58

Resumen

El presente trabajo plantea una reforma al art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La investigación se conforma por cinco capítulos, que abarcan los temas siguientes, principios de derecho administrativo, que están en coherencia con los derechos y garantías previstos en la Constitución de la República, se identifica los sujetos activos y pasivos que interviene en el procedimiento administrativo, se identifica infracciones administrativas en el proceso general de la Contratación Pública, causales para declarar adjudicatario fallido, la ausencia de procedimiento previo al castigo de no intervenir en procesos contractuales con el Estado por el lapso de tres años, en lo referente a la declaratoria de adjudicatario fallido se analizó legislación de 5 países Hispanoamericanos, en se revisa los reclamos administrativos previstos en la LOSNCP, determinándose su ineficacia y poca oportunidad en su aplicación, se obtuvo resultados de la investigación de campo a través de encuestas y entrevistas. Definiéndose una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que se propone un debido proceso administrativo previo declarar adjudicatario fallido y sanción.

Palabras claves: Debido proceso, adjudicatario fallido, ley, contratación pública, principios legales, sanción, inhabilitado, mejor postor.

ABSTRAC

This paper proposes an amendment to art. 69 of the Organic Law of the National System of Public Procurement. The investigation conforms five chapters, covering the following topics, administrative law principles , which are consistent with the rights and guarantees provided in the Constitution of the Republic , the active and passive subjects involved in the administrative procedure is identified, administrative violations in the overall process of Procurement , causal tenderer failed to declare the absence of prior proceedings punishment not to intervene in contractual processes with the State for a period of three years, is identified in relation to the declaration of tenderer failed legislation of 5 Hispanic countries analyzed within the prescribed administrative claims is reviewed in LOSNCP, determining ineffective and little opportunity in their implementation, results of the field research was obtained through surveys and interviews. Defining a reform of the Organic Law of the National System of Public Procurement, in which a pre-litigation due process unsuccessful tenderer proposes to declare and sanction.

Keywords: Due process failed Awardee, Law, Public procurement, legal principles, punishment, disabled, highest bidder.

INTRODUCCION

En la presente investigación se ha identificado principios rectores, normas abstractas aplicables al debido proceso administrativo, mediante las cuáles se puede subsanar omisiones y ambigüedades legales previa declaratoria de adjudicatario fallido, proponiendo una reforma legal que sea una seguridad del debido proceso antes de declarar adjudicatario fallido.

La investigación se resume en cinco capítulos, el primer capítulo está en coherencia con los derechos y garantías previstos en la Constitución de la República, define principios y habla sobre el debido proceso y los sujetos activos y pasivos que interviene en el procedimiento administrativo. El segundo capítulo identifica infracciones administrativas en el proceso general de la Contratación Pública, las causales para declarar adjudicatario fallido, el procedimiento ausente previo al castigo de adjudicatario fallido y consta además un estudio del derecho comparado referente a la declaratoria de adjudicatario fallido, en México, Colombia, Perú, Chile, España. El capítulo tercero, habla de los reclamos administrativos, determinándose su ineficacia y poca oportunidad en su aplicación. El capítulo cuarto presenta el resultado de la investigación de campo a través de encuestas y entrevistas, como parte de la metodología para comprobar o no la hipótesis, con los respectivos análisis, interpretación y comentarios sobre los resultados obtenidos. El capítulo quinto define una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el que se diferencia los momentos de declarar adjudicatario fallido, seguir un procedimiento para castigar al adjudicatario fallido y adjudicar al segundo mejor postor. El garantizar el debido proceso, en cualquier ámbito judicial o administrativo favorece a las partes activa y pasiva de un proceso precontractual y contractual. La tutela efectiva del Estado tiene que ser aplicada en el ámbito administrativo, como parte de un eficiente y oportuno servicio público aplicando la interpretación y la norma que más favorezca su efectiva vigencia.

Para dar respuesta al problema planteado fue necesario, determinar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es un conjunto de normas y procedimientos ágiles, pero que no aplica la Garantía Constitucional en materia del debido proceso especialmente al calificar y castigar al oferente como Adjudicatario fallido. Identificándose como una respuesta al problema la reforma al art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prevea un debido proceso para declarar adjudicatario fallido.

En el desarrollo del proceso se logró cumplir los objetivos planteados al identificar la ausencia y existencia de ciertos principios y disposiciones de la Contratación Pública del debido proceso administrativo y su incidencia en la declaratoria de adjudicatario fallido que afectan directamente

los derechos de los proveedores. Se reafirmó, que no hay un procedimiento que permita adjudicar al segundo mejor oferente, sin lesionar los derechos y garantías del debido proceso del primer oferente. Se singularizó que hay vacíos legales en los procedimientos acogidos por las entidades de derecho público, en los llamados recursos administrativos de reclamación.

Revisados textos de legislación ecuatoriana, escritos antes y después de la implementación del sistema nacional de contratación pública, no se ha identificado teorías, criterios, ensayos, ni análisis sobre el tema específico del debido proceso en la declaración de adjudicatario fallido, siendo este un inconveniente y limitante enfrentado al momento de desarrollar este trabajo.

Finalmente se deja expresado que se aplicó como metodología, un análisis de las normas legales de Contratación Pública vigentes en el Sistema Nacional de Contratación Pública y a través de entrevistas y encuestas realizadas a profesionales del derecho.

CAPÍTULO I
CONCEPTOS BÁSICOS

1.El debido proceso en los procedimientos administrativos de contratación pública

El debido proceso es el conjunto de garantías mínimas, que se deben reconocer a las personas dentro de las actuaciones judiciales y administrativas en procura de obtener una sentencia, o resolución sobre los derechos involucrados o sujetos a dichos procesos, el debido proceso, es un derecho fundamental en el Estado de derechos y garantías constitucionales.¹

El debido proceso tiene garantías no limitadas a favor del administrado que ha comparecido al órgano de la administración Pública. No son sujeto de trámite administrativo, las infracciones o hechos considerados delitos o infracciones penales.²

El derecho a la contradicción, posibilita a las partes demandante o demandado, peticionario o administrado en igualdad de condiciones formular la demanda o peticiones, solicitudes o reclamaciones, contestarla, presentar su defensa, interponer recursos, aportar pruebas y contra portar, la audiencia impone el deber del funcionario o juez de escuchar a las partes antes de tomar una decisión que vincule o afecte. Cada una de las partes presenta su posición en relación a la postura de la otra y de controvertir las imputaciones y acusaciones que se le hagan en el juicio o procedimiento administrativo. Es el derecho de las partes de explicar su opinión sobre su situación fáctica o jurídica.³

El debido proceso es obligatorio para los funcionarios judiciales, administrativos y para los servidores públicos en general.⁴Dentro del debido proceso se aplica el principio de la tutela efectiva que es la intervención plena y eficaz del sujeto que protege al sujeto procesal dela eventual conducta que pueda asumir la autoridad judicial o administrativa. Es un mecanismo de racionalización del poder y de la preservación de la seguridad jurídica siendo una condición para la validez de las actuaciones administrativas y judiciales.

Es necesario en este capítulo recordar algunos principios que caracterizan al debido proceso en materia administrativa.

Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo de sus decisiones, para lo cual

¹ Ley General del Procedimiento administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

² Constitución del 2008 de la República del Ecuador art. 76,#3.

³ Constitución del 2008 de la República del Ecuador art. 75.

⁴ Constitución del 2008 de la República del Ecuador art. 76.

deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.⁵

Principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.⁶

Principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.⁷

Principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.⁸

Principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.⁹

Principio de Participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.¹⁰

Principio de Eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determine aspectos importantes en la decisión final, no

⁵ Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley No. 27444, Perú, del 10 de abril del 2001

⁶ Ley No. 1437 del 18 de enero del 2011.- Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo de Colombia.

⁷ Ley No. 1437 del 18 de enero del 2011.- Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo de Colombia.

⁸ Ley No. 1437 del 18 de enero del 2011.- Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo de Colombia.

⁹ Ley No. 1437 del 18 de enero del 2011.- Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo de Colombia.

¹⁰ Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley No. 27444, Perú, del 10 de abril del 2001

disminuya las garantías del procedimiento, ni causen indefensión al administrado.¹¹ En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que busca satisfacer con la aplicación de este principio.

Principio de Presunción de Veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados conforme a las normas generales de ley, responden a la verdad de los hechos, que ellos afirman, esta afirmación admite prueba en contrario.¹²

Principio de Conducta Procedimental.-La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interponerse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.¹³

Principio de Impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.¹⁴

Principio de Razonabilidad.-Las decisiones de la autoridad administrativa cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios y los fines públicos que deban tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.¹⁵

Principio de Imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.¹⁶

¹¹ Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley No. 27444, Perú, del 10 de abril del 2001

¹² Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹³ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹⁴ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹⁵ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹⁶ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

Principio de Legalidad: Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.¹⁷

Entre lo que se puede enunciar y que se encuentra dentro del contexto de legalidad y debido proceso está: Juez natural, principio de inocencia, derechos de contradicción, audiencia y defensa, aplicación de la ley existente, observancia de las formas de cada juicio, valoración razonable de la prueba, inocencia, ofrecer y producir pruebas, decisión motivada, entre otros, es una garantía para los sujetos e intervinientes en cualquier actuación judicial o administrativa quienes deben respetarlos y asegurar su plena vigencia en la resolución de cualquier conflicto o proceso judicial o administrativo.

Principio de Simplicidad.- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.¹⁸

Principio de uniformidad.-La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales, no serán convertidos en regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.¹⁹

Principio de Predeductibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.²⁰

Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentarán en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normativa sustantiva y aplicar sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.²¹

¹⁷ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹⁸ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

¹⁹ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

²⁰ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

²¹ Ley General del Procedimiento Administrativo. Ley No. 27444, Perú, 10 de abril del 2001

Los principios enunciados deben aplicarse en todas las actuaciones de los servidores públicos en ejercicio de su cargo, de manera que todo acto o hecho administrativo esté investido de la juridicidad necesaria que garantice derechos y obligaciones de las partes o sujetos, garantizando un debido proceso.

Los actos administrativos constituyen las declaraciones de las entidades que en el marco de las normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.²²

El respeto al debido proceso es un derecho constitucional irrenunciable, lo que reafirma la frase “ Comprender el respeto de los Derechos Humanos como una obligación Jurídica de los funcionarios públicos a diferencia de otras normas de naturaleza moral, filosófica o religiosa”¹. Concordante con lo que dice la Constitución de la República del Ecuador Art.424, segundo inciso.- “ La Constitución y los tratados Internacionales de derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”²³

La fuente de los principios enunciados y resumidos, en el Título I, es la “Ley del Procedimiento Administrativo General de la República de Perú”; y, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia; que contiene normas legales y procedimentales que concuerdan con la Constitución de Ecuador, con sus derechos y garantías, en nuestra legislación debería enunciarse expresamente los principios de derecho administrativo que deben aplicarse en todo procedimiento administrativo, constituyéndose garantía expresa procedimental, en el marco de las normas Constitucionales y Legales.

“ En el debido Proceso Constitucional se pasó de un proceso legal a un proceso constitucional con el agregado de principios y presupuestos que conciliaran en el argumento, de que sin garantías procesales efectivas y certeras no habría posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales, a partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia, no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar”.²⁴

²² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva art. 65 ; SILEC

²³ Constitución de la República del Ecuador. art. 424.

²⁴GAZAINI Oswaldo Alfredo- “Derecho Procesal Constitucional” Tomo I, editorial de Belgramo, Buenos Aires 2000, página 65.

2. Conceptos de los sujetos que interviene en la contratación pública

Los sujetos que intervienen en la contratación pública se los define como personas:

- a) Personas jurídicas de derecho privado.- Son aquellas que están conformadas conforme la Ley para contraer obligaciones y ejercer derechos, éstas pueden ser constituidas como compañías o como personas jurídicas denominadas corporaciones de primer, segundo, tercer y cuarto grado, estando entre estas las asociaciones, fundaciones, gremios, también existen las sociedades de hecho creadas bajo las normas del Código Civil.²⁵
- b) Personas jurídicas de derecho público
 - 1.-Organismos y dependencias de las Funciones del Estado
 - 2.-Los organismos Electorales
 - 3.-Los organismos de Control y Regulación
 - 4.-Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo
 - 5.-Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
 - 6.-Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
 - 7.-Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquier organismos y entidades señaladas en los números del 1 al 6, o en general por instituciones del Estado; o b) que posean o administren bienes, fondos ,títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que proceden, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier título se realice a favor del Estado o de sus instituciones, siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el 50% del costo respectivo del contrato.

²⁵ Código Civil, Título Preliminar

8.- Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos o acciones, participaciones, activos y rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el 50%o más con participación estatal ;y, en general toda contratación que se utilice, en cada caso recursos públicos en más del 50% del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el número 8 del art. 2 de la Ley LOSNCP.²⁶

- c) Las personas naturales.- Son aquellas, que son consideradas ciudadanos identificados como tales por su registro y cedulaación que los individualiza y singulariza dentro de una sociedad organizada.

La contratación pública interactúa intrínsecamente con el debido proceso, al aplicarlo en los contratos celebrados por la entidades públicas, tiene como base el interés general y colectivo de la sociedades un medio para cumplir los objetivos institucionales desarrollar sus funciones y cumplir la misión del Estado, el contrato es una forma de la actividad administrativa, conforme lo define, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuerpo legal que regula la contratación de las entidades del Estado que adquieren bienes obras y servicios o ejecuta y presta servicios.

La actividad contractual consiste en la etapa preparatoria, etapa precontractual, selección de contratistas, adjudicación de contratos, suscripción, ejecución, seguimiento, liquidación, recepción del objeto contractual, según la etapa de la actividad contractual implica procedimientos singulares de aplicación del debido proceso, en el entendido de que la contratación y ejecución siempre será en favor del interés público.

Se puede decir que la contratación pública es un mecanismo del Estado de plasmar y materializar sus actuaciones, decisiones y competencias estatales. En este contexto las partes identificadas en la contratación pública se detalla a continuación:

1. Organismos Públicos o semipúblicos que ejercen sus funciones a través de las actuaciones y decisiones de los servidores públicos dentro de sus atribuciones, como adquirientes-contratantes o proveedores de servicios, es decir el Estado tiene dos calidades.

²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 2 #8; SILEC

2. Personas naturales, y jurídicas de derecho privado, quienes siempre serán proveedores o contratistas en materia de contratación pública, estos pueden ser a su vez nacionales o extranjeras, a quienes se les denomina proveedores. Las personas de derecho privado pueden ser contratistas- proveedores o contratantes del Estado, por lo tanto también pueden ostentar dos calidades.²⁷

Un proveedor, conforme la Ley Orgánica de la Contratación Pública art. 6 numeral 28, lo define y conceptualiza como la persona natural o jurídica nacional o extranjera que se encuentra inscrita en el Rup de conformidad ala Ley, habilitado para proveer bienes, ejecutar obra y prestar servicios incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes.²⁸

Y en el art. 6 numerales 7 y 8conceptualiza las modalidades de consultoría, servicios profesionales de asesoría, o como servicios no normalizados. La Consultoría y Asesoría es la creación intelectual, son bienes no normalizados que se derivan de la intelectualidad y creación mental y particular en una determinada materia, asunto o conocimiento, habilidad o destreza intelectual, que los hace único o especial propio de cada persona.²⁹

En cada procedimiento a seguir, en un proceso de contratación pública se van singularizando las partes que interviene, es así como hacemos la siguiente clasificación:

- a) Identificación de las partes que intervienen en la contratación pública en la etapa precontractual
- b) Identificación de las partes que intervienen en la contratación pública en la etapa contractual
- c) Identificación de las partes que intervienen en la contratación pública en la etapa de ejecución
- d) Identificación de las partes que intervienen en la contratación pública en la etapa de fiscalización, control y auditoria

Las partes que intervienen en los actos jurídicos o negocios del Estado están definidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y principalmente en la Constitución de la República del Ecuador que dice en su art. 225: “*El sector Público comprende:*

²⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts. 6, 7 y 8; SILEC

²⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 6

²⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 6

- *Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.*
- *Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado*
- *Los organismos y entidades creados por la Constitución y la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.*
- *Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”*

Se considera completo lo dispuesto sobre quiénes y que personas jurídicas conforman el Estado Ecuatoriano, definiendo bases sólidas de una estructura estatal que debe regirse a procedimientos comunes en beneficio de los administrados y de los recursos que conforman un Estado.³⁰

- **Contratista:** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.³¹
- **Consultor.-** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera facultada para proveer servicios de consultoría, de conformidad de esta ley.³²
- **Consultoría.-** Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar, o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.³³

³⁰ Constitución de la República del Ecuador , 2008, art. 225

³¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 6#6.

³² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 6#6.

³³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 6#8.

3.Sujetos activo y pasivo del debido proceso en la contratación pública

Es necesario explicar brevemente, que en la contratación pública en el ámbito jurisdiccional, los sujetos activos y pasivos pueden ser tanto los organismos del Estado como los particulares ya sean personas naturales o jurídicas, privadas o de derecho público.

Centrándonos, en el tema de análisis que es el procedimiento administrativo para declarar adjudicatario fallido, no el jurisdiccional, resalto que las partes activa y pasiva cambian y se conceptualizan de diferente manera, justamente por el poder exorbitante y de supremacía que otorga el sistema jurídico a los organismos del Estado.

- **Sujeto activo:** Administración pública, autoridad administrativa competente que instrumenta el proceso y emite acto administrativo.
- **Sujeto pasivo:** El administrado a quien va dirigido el acto administrativo.

En los procesos administrativos de la Contratación Pública en lo referente a adjudicatario fallido, siempre la parte o el sujeto Pasivo será el proveedor o contratista. El Sujeto activo es el que siempre iniciará el proceso y administrará el debido proceso y resolverá sobre el asunto y esa persona siempre será el Estado cuando funge de entidad contratante, más no cuando es contratista.

En un proceso administrativo al ser el Estado contratista no se aplica las reglas de sujeto activo, pues esa facultad prorrogativa únicamente es cuando el Estado es contratante, caso contrario se somete a los procedimientos judiciales de la justicia ordinaria dentro de la cual se encuentra el procedimiento Contencioso Administrativo.

En este título se ha interpretado las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que evidencia de una manera enunciativa a los sujetos activo y pasivo que participan en la contratación pública, no existiendo definiciones expresas que permita un conocimiento claro de aplicación de las normas en contratación pública, debiendo siempre recurrirse a la lógica jurídica, al derecho comparado o simplemente a normas supletorias.

CAPÍTULO II

SUJETOS E INFRACCIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.Infracciones administrativas del sujeto pasivo y del sujeto activo

La administración pública como parte del negocio jurídico estatal con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los administrados, se encuentra en una especial posición de mando (imperium) privilegio y superioridad jurídica que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato o procesos precontractuales, para interpretar y aplicar las facultades de decisión unilateral por parte del Organismo Público, que vincula jurídicamente al administrado de conformidad con un procedimiento administrativo establecido dentro de límites fijados por un ordenamiento jurídico.

El Estado tiene potestades sancionadoras frente al incumplimiento de obligaciones de los proveedores o contratistas, que pueden traducirse en terminación anticipada y unilateral de contratos, descalificación de proveedores y sanciones de adjudicatario fallido. En los procesos administrativos de la Contratación Pública para declarar adjudicatario fallido, siempre el sujeto pasivo será el proveedor o contratista.

Las infracciones del sujeto activo y sujeto pasivo, se pueden dar en los procedimientos siguientes:

1. Procedimientos dinámicos: Subasta Inversa, y Compra por Catálogo
2. Procedimientos: Menor cuantía, Cotización, Licitación
3. Procedimientos Especiales
4. En los procedimientos de consultoría

1.1.Infracciones del sujeto Pasivo.- En el caso de análisis es el proveedor o contratista

- ✓ No convalidar errores dentro del mínimo de dos días y máximo 5 días contados a partir de la fecha de notificación.
- ✓ Convalidar errores que no constituyan de forma, y que alteren el objeto contractual o que modifiquen el contenido sustancial de la oferta.
- ✓ No convalidar errores que no alteren el objeto de la contratación o el contenido sustancial de la oferta.
- ✓ No emitir sus comunicaciones a través del portal de compras públicas.
- ✓ No entregar las garantías solicitadas

- ✓ No cumplir las obligaciones asumidas al presentar su oferta, características y plazos entre otros.
 - ✓ Ceder los derechos y obligaciones que emana del contrato.
 - ✓ Subcontratar con personas inhabilitadas o superar el 30% del monto reajustado
 - ✓ En consultoría podrá subcontratarse en las actividades expresadas claramente en los pliegos y que consten en la oferta adjudicada.³⁴
- En el tema de la convalidación de errores es necesario recalcar el principio consagrado en el art. 76 numeral 1 de la Constitución que dice: “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:Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

Entrando en materia de contratación es un derecho del proveedor, acceder a la convalidación de errores de forma, los pliegos precontractuales que son modelos obligatorios conforme el art. 27 de LOSNCP, permiten que las ofertas, que presentan errores de forma, puedan ser convalidados, por el oferente a pedido de la entidad contratante, o de parte del oferente, dentro del término mínimo de dos días o máximo 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la entidad contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida, el pedido de convalidación será publicado en el portal de compras públicas.

Se entenderá por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.

El convalidar y corregir errores incurridos, es una garantía, es una libertad de cautelar su debido proceso, es una facultad que la Ley otorga al proveedor. Inclusive de cambiar una muestra física que no coincida con las características físicas descritas en su oferta, pues se

³⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts. 19, 23, 24, 27,28,31,33, 35,62,63,65,68,73,74,75,76,77,80,86,87,88,89,90,91

asume puede haber habido un error en la entrega de la muestra, al contrastar con el contenido de la descripción técnica entregada por el mismo oferente.

1.2. Infracciones del sujeto activo.- En el caso de análisis es el Estado

- ✓ Faltar al debido proceso;
- ✓ No cumplir los términos los requisitos para determinados procedimientos precontractuales y contractuales de contratación.
- ✓ No observar para la aplicación de la Ley o los procedimientos los principios de: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.
- ✓ No utilizar para todos sus actos el sistema oficial “Portal de Compras públicas”
- ✓ No publicar su anual de contrataciones dentro de los primeros quince días del mes de enero de cada año.
- ✓ No iniciar un procedimiento precontractual de acuerdo a la naturaleza de la contratación de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contrataciones.
- ✓ Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de compra de inclusión, según corresponda los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
- ✓ La máxima autoridad de la entidad contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en la que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.
- ✓ No publicar el Plan anual de Compras hasta el 15 de enero de cada año.
- ✓ No contar con certificación de fondos para las contrataciones
- ✓ No usar los modelos obligatorios y formatos del SERCOP
- ✓ No conformar comisiones técnicas para llevar a cabo procesos precontractuales de consultoría, subasta inversa, cotización y licitación, cuando el presupuesto sea superior a 0.000002 por el presupuesto inicial del Estado.

- ✓ No constituir las comisiones técnicas de la siguiente manera: profesional designado por la máxima autoridad quien lo presidirá; El titular del área requirente o su delegado; Un profesional a fin al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.
- ✓ No haber revisado a cabalidad los informes de la Subcomisión técnica avalando o rectificando sin motivación debida y justificada.
- ✓ Que los pliegos no hayan sido aprobados por la máxima autoridad o su delegado o autoridad que tenga esa atribución.
- ✓ Que los pliegos no establezcan condiciones que permitan alcanzar la condición más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros.
- ✓ Que el contenido de los pliegos afecten el trato igualitario que las entidades pues deben dar a todos los oferentes iguales oportunidades, no establecer diferencias arbitrarias entre éstos, no exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional.
- ✓ No responder dentro del término previsto en los pliegos las preguntas sobre el contenido de los pliegos
- ✓ No notificar por el Portal cualquier actuación o decisión sobre el proceso en curso.
- ✓ No aclarar ni modificar los pliegos sin alterar el objeto y presupuesto referencial.
- ✓ No notificar a todos los oferentes el pedido de convalidación
- ✓ No establecer un presupuesto referencial real.
- ✓ Tener conflicto de intereses con los oferentes y no presentar excusa
- ✓ Calificar las ofertas sin considerar solo los requisitos mínimos, no dando lugar a la convalidación.
- ✓ Estar incurso en las inhabilidades revistas en los arts. 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- ✓ No solicitar garantías
- ✓ No cobrar las garantías dentro de los, plazos previstos cuando la causa lo amerite.
- ✓ No devolver las garantías en los tiempos previstos.
- ✓ No nombrar al administrador del contrato.
- ✓ Conforme el art. 36 de la LOSNCP, no haber conformado el expediente de contratación: Documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual, de

acuerdo al Reglamento que establece las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del Portal de Compras Públicas.³⁵

2. Infracciones de los proveedores

Las infracciones de los proveedores, son consideradas faltas a las obligaciones previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y a su Reglamento, las mismas que al no ser cumplidas ocasionan consecuencias de la no suscripción del contrato y consecuentemente de ser declarados adjudicatarios fallidos.

Estos dos hechos son situaciones fácticas que pueden ocasionarse por diversos factores, ya sea por voluntad propia o por causas ajenas a la voluntad del proveedor, lo cual debe ser identificado en un debido proceso y del resultado de ese proceso administrativo, la autoridad debe resolver una sanción o no, contra el proveedor, hay diferentes situaciones que pueden o no ser consideradas por las autoridades administrativas de las entidades públicas, partiendo del hecho de que los actos administrativos gozan de legitimidad y ejecutividad, sin embargo el art. 77 y 76 de la Constitución de la República no limitan el debido proceso en ninguna circunstancia; y parte del debido proceso es la inmediación y contradicción, lo que determina una seguridad jurídica en los procesos de contratación pública.

3. Infracciones de los proveedores antes de la suscripción del contrato

3.1. Infracciones.- Para especificar estas infracciones es necesario, reconocer y examinar a sanciones consecuencia de Infracciones; y, a la vez catalogarlas de situaciones que de no ser atendidas y consideradas por el proveedor al participar en un proceso de contratación pública, se convierten en infracciones:

- ✓ Estar inscrito como inhabilitado en el RUP, y participar en un proceso de contratación o suscribir un contrato.
- ✓ Ser deudor moroso del Estado o de sus instituciones, y participar en un proceso de contratación o suscribir un contrato.
- ✓ Hallarse incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley y participar en un proceso de contratación o suscribir un contrato.³⁶

³⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts.16,21, 22, 23, 24, 27, 28, 31, 36,42,49, 62,63

³⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts. 35, 45, 62,63,73,74,75

El art. 63 último inciso, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone: “Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, este quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.”

El proceso precontractual se considera concluye con la suscripción del contrato, más no con la adjudicación, conforme algunos administradores de las entidades públicas. El proceso precontractual inicia desde de los pasos administrativos previos de autorizaciones internas, certificaciones presupuestarias, procedimientos de designación de comisiones técnica, procesos de determinación de términos referenciales o perfiles de contrataciones, donde consta necesariamente, características técnicas, precios individuales, sondeo de precio de mercado para determinar precio referencia, estudios básicos según el tipo de contratación (Art. 23 de la Ley LOSNCP), existiendo la obligación de realizar estudios técnicos en las contrataciones de construcciones, de tecnología y otras que ameritan estudios que sustente los estándares de calidad y seguridad de los bienes o prestación de servicios.³⁷

Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de la Ley LOSNCP la máxima autoridad de la entidad contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que se proceda a reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato. Salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la entidad contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar. Como referenciase enuncia causales y procedimiento para la nulidad de los contratos.

- ✓ Por las causas generales en la Ley
- ✓ Por haberse prescindido de los procedimientos y solemnidades legalmente establecidos;
y,
- ✓ Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.
- ✓ Para la nulidad del contrato conforme la LOSNCP, corresponde al procurador General del Estado, que tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa,

³⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art.23.

civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

- ✓ Las denuncias al Procurador, las presentará cualquier persona dirigida, al Procurador General del Estado, acompañado de los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar.³⁸
- ✓ Los contratos deben cumplir ciertos requisitos como son:
 - La competencia del órgano de contratación
 - La capacidad del adjudicatario
 - La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones.
 - La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la Ley y el Reglamento.

LOSNCP, Art. 69.- Suscripción de Contratos: Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscribe el contrato dentro del término correspondiente la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP de existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicara el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.³⁹

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la entidad contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentre debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o los empleados responsables.⁴⁰En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato, sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en el artículo 69 de la LOSNCP.

3.2. Infracciones de los proveedores para declarar adjudicatario fallido:

- ✓ No firmar el contrato dentro del término de los quince días luego de haber sido notificado con la adjudicación por el portal.

³⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts. 62,63,64,65,66,67,68,69,70,71 y 72

³⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 69 Reg-LOSNCP.- art.114

⁴⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 23, 63 y 69#6.

- ✓ Cuando el monto sobrepasa el previsto para licitación estos es (presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el PIE, del correspondiente ejercicio económico) no celebrarlo a través de escritura pública.
- ✓ No entregar las garantías previas la suscripción del contrato, la del 5% del fiel cumplimiento del contrato la del 100% del anticipo que corresponda y la garantía técnica a que haya lugar, en caso de bienes.
- ✓ Las entidades de derecho público no redirán garantías, ni las entidades públicas donde tenga más del 50% de acciones que pertenezcan al Estado.
- ✓ No se exigirán garantías de fiel cumplimiento ni del 100% del anticipo en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.
- ✓ Pero este tipo de contrato no exime de la entrega de la garantía técnica, que al no ser entregada constituiría una infracción.
- ✓ En las contrataciones por catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega. Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se pueda elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.⁴¹

Salvedad.- Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la entidad contratante el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que hubiere incurrido, siempre que se encuentren en debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

Se identifica que de las infracciones para declarar adjudicatario fallido y que se encuentran de una manera dispersa enunciadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se enmarcan en la garantía básica constitucional prevista en el art. 76, número 6 que dice: “La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

Esta aseveración se la hace considerando que no importa el origen que condujo a cometer la infracción que se configura en causal, ya que sea cual sea la naturaleza, causa y efecto de la infracción, el resultado es la no suscripción del contrato dentro de los 15 días término contados desde la notificación, y la sanción es estar con prohibición de intervenir en procesos contractuales con el Estado por el lapso de tres años.

⁴¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arts. 18,19,35 y arts. del 60 al 80.

4.Causales para declarar adjudicatario fallido

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece una única causal que tiene un único requisito, identificándose en este título, causales y requisitos complementarios. La causal es no suscribir el contrato dentro de los quince días término desde la notificación de adjudicación del contrato.

Para que tenga efectos legales la notificación esta debe ser a través del Portal de Compras Públicas, y previo a ello, debe existir el informe de la Comisión Técnica, aprobado por la máxima autoridad o su delegado, que es la única autoridad que puede adjudicar, acogiendo o no el informe de la Comisión Técnica. Existe todo un debido proceso tras la adjudicación, destacando entre los más importante la etapa de las convalidaciones las mismas que tienen lugar de conformidad con el cronograma publicado en el portal.

El art. 31 penúltimo inciso, de la LOSNCP, establece un período de convalidaciones de errores de forma de la oferta, además un procedimiento y plazos para formular preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes.⁴² Esta disposición constituye una garantía en favor del proveedor y posible contratista denominado así luego de una adjudicación materializada.

Sobre el debido proceso Oswaldo Alfredo Gazaini, dice: “Se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional, son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte”.⁴³

Sobre el tema la Constitución de la República del Ecuador Art.11 numeral 5. Dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.”⁴⁴

Como requisito se necesita que la causal le sea imputable al oferente. En las compras por catálogo, el art.45 de LOSNCP, establece que los adjudicatarios quedarán obligados a proveer bienes y servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantías establecidas para el período de duración del Convenio Marco. No

⁴² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 31

⁴³ GAZAINI Oswaldo Alfredo “ Derecho procesal Constitucional” Tomo I, editorial de Belgramo, Buenos Aires 2000, pág 60

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador del 2008, art. 11.

obstante, los adjudicatarios podrán mejorar las condiciones establecidas, siguiendo el procedimiento que para el efecto se haya previsto en el convenio marco.

En el resto de contrataciones, los proveedores también se obligan expresamente a través de una comunicación suscrita donde se someten a los términos previstos pliegos, calidades, precios, características e incluso a entregar muestras si así lo desea la entidad y a sujetarse a la calidad de la muestra.

Es imputable al contratista los siguientes actos y hechos que conllevan a configurar la causal de no suscripción del contrato:

- ✓ Negativa a suscribir el contrato sin justificación alguna
- ✓ No entrega de garantías previstas en el contrato
- ✓ No protocolización del contrato
- ✓ No cobertura de gastos de protocolización del contrato
- ✓ Falsa calidad en la representación de la persona jurídica o persona natural que ostenta ser y actuó durante el proceso precontractual hasta la etapa de adjudicación.
- ✓ Negativa a suscribir el contrato argumentando:
 - Que no puede cumplir a lo que se comprometió en los pliegos
 - Que no puede o no quiere cumplir con la calidad que ofertó y que la materializó en una muestra conforme requerimiento de los pliegos.
 - Que existe un error en lo ofertado y en lo adjudicado
 - Que hubo un error en la muestra entregada que es de superior calidad a la que se requiere en los pliegos.
 - A causas de fuerza mayor o caso fortuito, como es el tema de quiebra de la empresa, accidentes naturales, caso fortuito como un incendio, entre otras cosas que no puedan resistirla naturaleza del ser humano dentro de su decisión de acción u omisión.

En este punto la administración pública, debería aplicar la juridicidad en sus actos e implementar la autotutela administrativa, revisando de oficio y a petición del oferente adjudicado, las causales y su veracidad, que ayuden a establecer parámetros de motivación que el contratista realmente no puede suscribir el contrato, lo que conllevaría a identificar el vacío jurídico y normativo que establece como requisito declarar adjudicatario fallido al oferente para poder adjudicar en orden de prelación al segundo mejor postor, no hay salvedad, la ley no determina la posibilidad de adjudicar el segundo mejor postor sin castigar al primer oferente

como adjudicatario fallido. No se cumplen, ni respeta para el oferente las garantías básicas procesales constitucionales de presentar pruebas, de ser escuchado de exponer argumentos en su defensa.

5.El procedimiento para declarar adjudicatario fallido

Conforme el art. 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades remitirán obligatoriamente al SERCOP, la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes a fin de que sean suspendidos en el RUP por 5 o 3 años, respectivamente. En consecuencia la actualización del registro será responsabilidad del Instituto Nacional de Contratación Pública.

5.1.Requisitos previo al procedimiento de adjudicatario fallido

En ese tema del Procedimiento, se debe cumplir dos requisitos previos a la declaratoria de adjudicatario fallido⁴⁵:

- 1.- Que haya sido adjudicado
- 2.- Que se niegue a suscribir el contrato por causas imputables al contratista.

5.1.1.Quehaya sido adjudicado.-

Concepto de adjudicación (art. 6, numeral 1, LOSNCP).- Es el acto administrativo por el cuál la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación en el Portal de Compras Públicas y sólo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en la LOSNCP.

Como se llega a ser adjudicado en un Proceso de Contratación Pública.-Para ser un proveedor adjudicado debe participar en el proceso precontractual, haber aprobado y pasado cada una de las etapas precontractuales y cumplido requisitos como son:

Estar inscrito en el RUP, haber participado en el proceso cualquiera sea este, es decir en cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley LOSNCP, haber pasado y cumplido en orden cada procedimiento, estrictamente tiene lugar el principio administrativo de preclusión dentro de los tiempos previstos y programados en el proceso precontractual.

⁴⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública arts. 35, 98

Los proveedores una vez recibida la invitación o efectuada la publicación de la convocatoria en el Portal WWW. compraspúblicas.gov.ec, podrán formular preguntas sobre el contenido de los pliegos; y, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la comisión técnica, según el caso responderá las preguntas dentro del tiempo que se establezca en los pliegos, para cada tipo de proceso diferenciando que hay tiempos, que establece la Ley o el Reglamento definiendo márgenes de mínimos y máximos.

La etapa más importante dentro de esta preclusión de procedimientos y actos administrativos de contratación está la etapa de aclaraciones, que es cuando la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial del mismo. La convalidación de errores dentro del proceso precontractual, es una clara demostración de cumplimiento del debido proceso como ya se ha indicado, es la etapa garantista de que el oferente corrija un error en su oferta en sus actos o hechos dentro del proceso.

5.1.2. Que se haya negado a suscribir el contrato.

El segundo requisito es la negativa, la misma que será expresa por escrito; y, si habiéndose requerido, no se pronunciaré; es tácita cuando vencido el termino de quince días no suscribió el contrato y no cumplió los requisitos anexos e intrínsecos a la suscripción, como es elevar a escritura pública cuando el monto supere el valor previsto para licitación o cuando no entrega las garantías que obligatoriamente se requieren en el contrato según lo estipulado en cada caso.

La LOSNCP dice en su Art.34.- La violación sustancial de un procedimiento precontractual constituye un motivo para declarar cancelado el procedimiento cualquiera sea su forma y su monto.⁴⁶

La LOSNCP dice en su Art.35.- Adjudicatarios Fallidos: Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarara fallido al oferente o a los oferentes y notificara de esta condición al SERCOP.⁴⁷

⁴⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 34 y 35

⁴⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 35.

5.1.3.Procedimiento de adjudicatario fallido

Cumplido los dos requisitos, se procede a notificar por parte de la entidad contratante, que por escrito manifieste su voluntad o no de suscribir el contrato, señalando que el término de quince días contados desde la adjudicación está por vencer.

De no existir respuesta satisfactoria de suscripción del contrato, se notifica que ha vencido el término de quince días y que se comunicará al SERCOP tal hecho, para que procedan a registrarlo como adjudicatario fallido. Dentro del término de quince días, no establece la Ley ni el Reglamento un procedimiento para dar lugar a la defensa o excusa del proveedor de demostrar que la decisión de no suscribir el contrato corresponde a motivos que salen de su voluntad o que pueden causar grave perjuicio a su patrimonio. En la Ley se obliga prácticamente a la entidad contratante a declarar adjudicatario fallido al oferente para poder continuar con la preclusión del proceso y así requerir al segundo mejor postor acepte la adjudicación de contrato materia del proceso.

No existe un debido proceso, ni siquiera un procedimiento, existe como requisito de declaratoria de adjudicatario fallido para adjudicar al segundo mejor postor. No existiendo procedimiento, el acto administrativo seguido de la notificación de que ha vencido el término de quince días para suscribir el contrato, consiste en que la máxima autoridad a través de una resolución declara adjudicatario fallido al proveedor, adjuntando la resolución de adjudicación y las dos notificaciones la una requiriendo firme el contrato donde se hace constar la fecha de vencimiento del término y la otra notificación, comunicando venció el término para firmar el contrato.

Consecuentemente, la máxima autoridad de la entidad, sanciona al proveedor declarándolo adjudicatario fallido. La máxima autoridad comunica al SERCOP de dicho acto, solicitando se aplique lo previsto en los arts.35 y 69 de la LOSNCP, solicitando la suspensión en el RUP por el lapso de tres años.⁴⁸

El SERCOP mediante resolución prevé un procedimiento de inscripción en el RUP del adjudicatario fallido, más no de un procedimiento de un debido proceso para declararlo como tal. No existe un procedimiento propiamente dicho para declarar adjudicatario fallido, se lo define en este trabajo de investigación como actos obligatorios para adjudicar al segundo mejor postor.

⁴⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts.35 y 69

El SERCOP en uso de sus competencias previstas en el art. 10 números 9 y 21 de la LOSNCP, emite una resolución signada con el no. 52- 2011, denominado Procedimiento Administrativo del registro Único de proveedores- RUP, registro de entidades contratantes y Registro de Incumplimientos. En el art. 19 de la mencionada resolución se enuncia que los adjudicatarios fallidos deben ser registrados en el Registro Único de Proveedores y el art. 21 de la misma resolución, define y establece los requisitos para registrar el incumplimiento de adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos.

La LOSNCP en su Art.100 dice: Responsabilidad de los Consultores.- Si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieran perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, establecidos por la vía judicial o arbitral, la máxima autoridad de la entidad contratante dispondrá que el consultor sea suspendido del rup por el plazo de 5 años sin perjuicio de las demás sanciones aplicables. En el caso de ejecución de obra, así mismo serán suspendidos del RUP por el plazo de 5 años sin perjuicio de su responsabilidad civil, los consultores que elaboraron lo estudios definitivos y actualizados si es que el precio de implementación de los mismos sufre una variación sustancial a la prevista, por causas imputables a los estudios, siempre y cuando dicho perjuicio haya sido establecido por la vía judicial o arbitral. Para la comparación se considerara el presupuesto referencial y los rubros a ejecutar según el estudio, frente al precio final de la obra sin reajuste de precios.⁴⁹

Art. 21 resolución SERCOP- No. 052-2011

“La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, bajo su responsabilidad, remitirá al SERCOP en el término de 10 días contados a partir de la fecha de notificación de la correspondiente resolución lo siguiente:

Solicitud que contenga lo siguiente:

Número de registro único de contribuyentes del adjudicatario fallido o contratista incumplido.

Nombres completos y número de cédula en caso de ser persona natural o del representante legal en caso de ser persona jurídica, del adjudicatario fallido o contratista incumplido.

Código del procedimiento precontractual según conste en el portal y,

⁴⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 100.

Requerimiento expreso de incluir en el Registro de Incumplimientos al contratista incumplido o adjudicatarios fallido, según corresponda.

Copia certificada de la resolución en la que se declaró adjudicatario fallidos al proveedor o la terminación unilateral del contrato.

Constancia de la notificación realizada al proveedor respecto de la resolución señalada en el Literal b); y,

Copia certificada del contrato, en caso que el procedimiento de contratación se haya realizado con anterioridad a la expedición de la LOSNCP.

Es responsabilidad exclusiva de las entidades contratantes declarar a un adjudicatario como fallido o a un contratista como incumplido, dentro de lo que establece la LOSNCP y su reglamento general. Una vez remitida la información establecida en la presente resolución, el SERCOP procederá con la inclusión solicitada por la entidad, sin que para el efecto califique la legalidad o ilegalidad de la resolución tomada por la entidad contratante.⁵⁰. Analizado el contenido de la resolución se reafirma que no existe un debido proceso para declarar a un proveedor adjudicatario fallido, sin embargo de existir un procedimiento para su registro.

6. Derecho comparado sobre adjudicatario fallido

Estudio y análisis del derecho comparado sobre declaratoria de adjudicatario fallido en países de Latinoamérica como: México, Colombia, Perú, Chile y España.

6.1. Derecho Comparado México.-Los contratos adjudicados deben ser suscritos en un término de 15 días, hay una garantía de formalidad la cual es cobrada sino se suscribe el contrato en el tiempo previsto, se adjudica por orden de prelación a los siguientes postores, si la oferta no supera el 10% de la oferta del fallido, las controversias administrativas se ventilan ante la Contraloría del Estado, según los arts. 54 y siguientes de la Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal de fecha 28 de septiembre de 1998, reformada en el 2002. La garantía que se le cobra al fallido es del 5% del monto del contrato, se le inhabilita tres años, el procedimiento ante la Contraloría consiste en una audiencia donde el proveedor o contratista expone sus pruebas, la contraloría analiza circunstancia como impedimentos, solvencia económica, necesidad del servicio, entre otras y sanciona, esto puede ser impugnado ante los tribunales jurisdiccionales, los contratos adjudicados hasta antes de la sanción no están inmersos en la

⁵⁰ Resolución SERCOP No. 52 del 2011, Portal de Compras Públicas. Gob.ec

sanción de fallido.⁵¹ Respecto a la cláusula presunta de garantía en los contratos administrativos, la Contraloría reglamentó la cuantía mínima y el término de las garantías en las resoluciones 010500 y 010501 del 5 de marzo de 1984⁵² por el hecho de no estipularse la cláusula de garantía, no debe entenderse que no está incluida, ni que libera al contratista de constituir las, pues la naturaleza del contrato, se presume, que está implícita en el mismo: si el contratista se negare a constituir la, la administración dará por terminado el contrato en el estado que estuviera la obra adjudicada, sin lugar a pago o reconocimiento de indemnización alguna.⁵³

En esta comparación se encontrará debilidades de la Carta Magna del Ecuador, que pueden ser fortalecidas dentro de la contratación del Estado, encontramos una serie de participantes que intervienen en ella, entre los principales agentes que destacan, son las entidades y los proveedores, a las mismas les permitirán realizar contratos de manera directa, sin observación de los procedimientos establecidos, convirtiéndose en procedimientos más rápidos, ágiles, directos; originando ganancias de tiempo y costos contractuales. Los proveedores no se encontrarán en un ámbito de competencia, obteniendo una mayor ganancia. En el Derecho comparado en México, en cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante actor administrativo.

Si los participantes mantienen discrepancias con la entidad estatal convocante, desde la convocatoria hasta la celebración del contrato inclusive, solamente podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación, ante el titular de la entidad o el tribunal, cuando el valor referencial es mayor a 600 Unidades impositivas tributarias.

De acuerdo al tipo de falta que cometa el postor, proveedor o participe, la inhabilitación es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse de las infracciones cometidas.

6.2. Derecho comparado Colombia.- Conforme la ley 1150 del 2007, existe una suspensión en el RUP hasta de cinco años, hay un recurso de reposición ante la Cámara de Comercio que lo registre en un plazo de 10 días de publicado el registro, la cámara resuelve en 20 días, y deberán rendir una caución, no hay caución cuando el estado propone el recurso, hay además una acción contenciosa administrativa cuando decisiones en firme, y no tiene

⁵¹ Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal del 28 de septiembre de 1998, reformada en el 2002.

⁵² El dec. 341/60 art.2 determinaba que la competencia para la fijación de las cuantías es del ministerio o departamento administrativo, que lo celebre teniendo en cuenta la importancia de la obra o servicio y de acuerdo a las tarifas que fije la contraloría general de la república.

⁵³ LILIANA CAICEDO RIOJA, DENISE DIDIER LÓPEZ, Tesis de Grado, Bogotá D.E 1985, El contrato administrativo, pág. 244

efecto suspensivo de la sanción en el registro, la reincidencia de suspensión es causal de que la inhabilidad sea de por vida.⁵⁴

No puede contratar el adjudicatario fallido sobre bienes que correspondan a la masa del concurso sino estipulan concordatos con sus acreedores, siendo este caso ausencia de poder de negociación. Al fallido no se le veda in abstracto contratar, sino únicamente incorrecto, en relación a los bienes que correspondan a la masa del concurso y serán inoponibles a la masa.

Se considera de alguna manera cautelan el debido proceso a diferencia de Ecuador antes de adjudicar y comprometer a la suscripción de un contrato, ya que obligatoriamente hay una audiencia, donde se pueden aclarar los pliegos y otra audiencia donde se adjudica, se puede cambiar el cronograma de entrega hasta antes de la adjudicación, conforme la Ley 1150 del 2007, las entidades del Estado mensualmente envían a las cámaras de comercio de su domicilio los actos administrativos en firme donde constan las sanciones de inhabilidades.

Las sanciones van desde multas hasta suspensión en el RUP, solicitan al oferente una garantía que cubra: la no suscripción del contrato, sin justa causa; la falta de otorgamiento de la garantía de fiel cumplimiento; retiro de la oferta vencido el plazo para la presentación de ofertas; la no ampliación de la garantía de seriedad de oferta para adjudicar el contrato o para suscribir el contrato, esta prórroga no excede de 3 meses.⁵⁵

6.3.Derecho comparado Perú.-La administración tiene autoridad para disponer de las personas, de las cosas y hasta de las relaciones entre los hombres imponiendo sus normas. Tiene facultad coercitiva, fuerza compulsiva para hacer obligatoria, que obligan a hacer o abstenerse de hacer algo derivando en sanciones punitivas para los infractores de los contratos administrativos que puedan generar los órganos administrativos, que tenga por conveniente dándoles fisonomía, estructura y atribuciones.⁵⁶

El OSCE(Organismo Superior de las Contrataciones del Estado),hace de conocimiento de las entidades contratantes que se encuentran disponible en el SEACE (Sistema Electrónico de Contratación del Estado),el módulo CUBSO (Catálogo Único Servicios y Obras , para la contratación de bienes, servicios, obras, consultoría de obras. A través del SEACE, que es el ente encargado para efectuar validaciones para las Entidades Públicas Contratantes y sus adjudicatarios, inclusive los fallidos.

⁵⁴ Ley 1150 del 2007 de Contratación Pública de Colombia

⁵⁵ Reglamento del Sistema de Compras y Contratación Pública de Colombia - Decreto 1510 del 17 de julio del 2013.

⁵⁶ TORIBIO ALAYZA PAZ SOLDAN, Derecho constitucional general y comparado, curso universitario, Lima, pág. 61

Es un procedimiento parecido al de Ecuador, donde se declara adjudicatario fallido por no suscribir el contrato dentro de quince días término, y se le castiga con la inhabilidad de contratar con el Estado por el lapso de uno a dos años, la diferencia es que antes de adjudicarlo se le requiere presente documentos de su habilidad y disponibilidad de suscribirlos el contrato, es decir hay un procedimiento de convalidación de habilitación para la suscripción⁵⁷.

6.4.Derecho comparado Chile.-El poder de reglamentación y modificación, es a la autoridad a quien corresponde fijar y reglamentar todas las condiciones y requisitos a que la gestión privada del servicio público deberá someterse, así mismo, queda facultada la administración para modificar las condiciones o cláusulas de la concesión en cualquier momento, por razones superiores de interés general.⁵⁸

Adjudicación: Acto administrativo que otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto de notificación y será impugnable. Se adjudicará el contrato al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del Art. 6 de la Ley. Adjudicatario fallido.- Si no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente y notificará de esta condición al INCP; será inhabilitado del RUT por el plazo de 3 años, tiempo durante el cual no podrá contratar por las entidades contratantes previstas en esta Ley. Poder de terminación, si a juicio de la autoridad concedente la concesión de servicio público, no se realiza en condiciones convenientes al interés nacional o general aun cuando el concesionario este cumpliendo con los requisitos que se establecieron en el acto de concesión, la autoridad estará siempre facultada para poner término anticipado a contrato publico concedido.⁵⁹

La ley de Contratación Pública de Chile del 22 de febrero del 2001, en su arts. 55 dispone que quienes se hubieren negado a celebrar contratos con el Estado se los suspende con tres años y se hace efectiva la garantía de seriedad de oferta, la inhabilidad se extiende hasta la persona jurídica y persona natural según corresponda, hay veinte días para la suscripción del Contrato desde la adjudicación o emisión de informes según la naturaleza del contrato que se exige si el valor del contrato es superior al precio establecido para concursos públicos. Sino se suscribe el contrato el adjudicatario no tiene derecho a reclamo. De entre las propuestas presentadas se escoge la más conveniente y se acuerda su celebración.⁶⁰

⁵⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Decreto Supremo No.013-2001-PCM- Perú.

⁵⁸ ENRIQUE SILVA CIMMA, Derecho administrativo chileno y comparado, pág. 290

⁵⁹ ENRIQUE SILVA CIMMA, Derecho administrativo chileno y comparado, pág. 290, 291

⁶⁰ Ley de Contratación Pública del 22 de febrero del 2001, de Chile.

6.5.Derecho Comparado España.- En la contratación española hay el principio de libertad de pactos, las partes notifican su formalización, se celebran por escrito hasta los Diez días de notificación y cumplimiento de ciertas particularidades según la naturaleza del contrato, en un plazo de tres meses se remite al Tribunal de Cuentas para que revise el proceso de contratación, cuando el monto sobre pasa los 150.000 Euros, las causas de invalidez de actos preparatorios o adjudicación se sujetarán a los procedimientos de anulabilidad o nulidad, que hace referencia a vulneración de normas jurídicas o a los fines de la contratación. La Jurisdicción contenciosa administrativa es la encargada de resolver controversias de preparación, adjudicación, ejecución de contratos, su cumplimiento, efectos y extinción.⁶¹

En Europa hay, Derecho civil y Notarial, Derecho Mercantil Europeo, Derecho de Propiedad Industrial, Derecho de Arbitraje, Derecho de Seguros, Banca, Servicios Financieros y Transportes, Fusiones y Adquisiciones de Empresas, Derecho Público, Fiscalidad, Derecho Penal y Procesal Penal, Cooperación Judicial y Policial, Derecho del Trabajo y Ejercicio de las Profesiones Jurídicas. Hay aspectos jurídicos que son comunes al territorio europeo. Hace falta que los organismos Jurisdiccionales, Supranacionales, Nacionales y Cortes o Tribunales Constitucionales clasifiquen derechos y libertades.

6.6.Conclusión

En el mundo actual la tendencia está dirigida a la uniformidad y armonización del derecho comparado, analizado las normas referentes a adjudicatario fallido en los países enunciados, si existe un castigo al oferente que no suscribe un contrato, y siempre teniendo la supremacía la Administración pública en catalogar como infracción.

En Perú hay un procedimiento de convalidación antes de la adjudicación, se puede decir hay un cierto proceso de verificación antes de declarar adjudicatario fallido. En Chile simplemente se le declara fallido sino suscribe el contrato. En Colombia hay una audiencia de adjudicación, donde se puede exponer las razones de no poder suscribir el contrato consecuentemente de no ser adjudicado, el procedimiento se da ante las cámaras de comercio de su zona, donde se puede impugnar la sanción, se considera Colombia tiene un debido proceso; ante la sanción administrativa en firme de adjudicatario fallido, tiene que rendir una caución cuando interponen el recurso de reposición en la Cámara de Comercio. Se resalta que en países como México hay un debido proceso ante la Contraloría del Estado cuando son temas de controversias administrativas, en España el procedimiento de controversias es ante la Jurisdicción Contenciosa.

⁶¹ Ley de Contrataciones del Sector Público- Real Decreto Legislativo del 14 de noviembre del 2011- España

Las sanciones de no suscribir contratos con el Estado difieren en referencia a los años de suspensión.

La similitud es que todos los adjudicatarios fallidos, son sancionados inhábiles por un tiempo determinado para contratar con el Estado y que a todos se les hace efectivas las garantías de seriedad de oferta.

En Chile se escoge para adjudicar en caso de declaración de adjudicatario fallido, de entre los oferentes a la mejor propuesta, no es en orden de prelación como sucede en México, y Ecuador, en Perú se llama al segundo mejor postor y si este no acepta se declara desierto el proceso.

El Derecho Comparado es una herramienta indispensable de la cultura jurídica, convirtiéndose en el elemento fundamental para toda investigación jurídica, dándole especial importancia en temas de contratación, ya que la economía y desarrollo de los estados, están inmersos en un círculo de cadenas productivas y de consumo, que de alguna manera necesitan armonía en procesos y procedimientos precontractuales y contractuales, la Contratación Pública en nuestro país mueve la economía y mercado de producción nacional e internacional, a nivel de productos elaborados o materias primas. El Estado es uno de los mayores contratista de particulares; y, a la vez es tutor de la seguridad jurídica y de una efectiva tutela administrativa y legal en procesos administrativos de contratación, siendo conveniente la tendencia a armonizar procesos de contratación al menos a nivel regional.

CAPITULO III

RECLAMOS ADMINISTRATIVOS EN LA CONTRATACION PUBLICA

1.Reclamos administrativos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Los reclamos administrativos en materia de contratación pública están tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Título V; como en su Reglamento igualmente en el título V. La LOSNCP, dice en referencia a los reclamos administrativos que los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el art. 1 de la LOSNCP por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contenciosa administrativa. Conforme la reforma del 14 de octubre del 2013 a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 102 y 103 los reclamos se dividen en lo siguiente:

1.1.Reclamo motivado.- Un reclamo motivado al SERCOP, por quienes tengan interés directo y se consideraren afectados por las actuaciones realizadas por las entidades contratantes. El SERCOP, notificará a la entidad quien dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de 7 días hábiles, tiempo en el que se deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término de este plazo la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan o continuar con el proceso. El SERCOP podrá sugerir las medidas necesarias para rectificar el proceso y de ser el caso la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificar a los órganos de control correspondientes. La reforma de Ley del 14 de octubre del 2013, prevé, que este reclamo será independiente al que el proveedor u oferente presente a la misma entidad de la cual se siente agraviado. Es importante resaltar que ahora la ley prevé la preclusión de derechos, esto quiere decir, que por cada acto en el proceso puede haber un reclamo. Además prevé que los procesos de contratación pública no sean susceptibles de acciones constitucionales, manifestando tienen mecanismos de defensa suficientes y adecuados para proteger sus derechos.

Comentario.- En este tema se considera que el adjudicatario fallido, no tiene los mecanismos de defensa adecuados como se desprende de la misma ley, primero es declarado adjudicatario fallido sancionado y registrado en el SERCOP y luego podrá hacer valer su posición y circunstancias del porque no suscribió el contrato, es necesario resaltar que la LOSNCP en su

art. 69, dice que en el término de quince días desde la notificación de la adjudicación deberá suscribir el contrato; pero que pasa si esos quince días son insuficientes para probar, para demostrar que el impedimento del oferente de no suscribir el contrato es por fuerza mayor, existen casos prácticos y reales, en los que los documentos de justificación deben ser apostillados y ese trámite sobrepasa los quince días término, por lo tanto no hay lugar a una contradicción, a una defensa, a un debido proceso en el caso de declaratoria de adjudicatario fallido.

1.2.Recurso del art. 103 LOSNCP.- El otro recurso que prevé la Ley reformativa está en el art. 103 y dice que en el término de 3 días, desde la notificación del acto administrativo se interpondrá un recurso de apelación a los actos administrativos, y la entidad de manera motivada en un término de 7 días contados a partir de la interposición del recurso deberá resolver. El recurso administrativo no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado.

Comentario.- La declaratoria de adjudicatario fallido determina, la suspensión en el Rup de inmediato, es decir ya se le castiga, al proveedor, el debido proceso se insiste debe ser antes del acto administrativo sancionador, por eso es el debido proceso conforme el espíritu de los principios constitucionales de sus artículos. 75 y 76.

El Art.104 de la LOSNCP sobre los Métodos Alternativos de Solución de Controversias, dice: De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje enderecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.⁶²

La LOSNCP, en su Art.105 dice: 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 proceso se lo ventilara ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁶³

1.3.Conclusión:Se identifican Dos recursos:

- a) El recurso ante el SERCOP, quien decide en el término de 7 días; y
- b) El recurso ante la misma entidad quien debe resolver también el término de 7 días

⁶² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 104regl-LOSNCP.- art. 160-162.

⁶³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art 104.

Comentario.- Del análisis a los recursos de la reforma a la LOSNCP, del 14 de octubre del 2013, se desprende que no prevén el debido proceso al adjudicatario fallido antes de ser sancionado y catalogado como adjudicatario fallido, los recursos son después del acto administrativo que resuelva no antes de la declaratoria de adjudicatario fallido.

Antes de la reforma a la Ley, se había identificado tres recursos que también eran inoficiosos para el debido proceso del adjudicatario fallido y estos eran:

- Reclamo Administrativo como tal
- Recurso de Revisión
- Recurso ante la Contraloría General del Estado que será resuelto en el plazo de treinta días, pero no se establece procedimiento ni requisitos, es sujeto de discrecionalidad no se determina si se lo ejerce de oficio por parte de la Contraloría General del Estado a petición del interesado ya sea la entidad del Estado o el proveedor.

2.Procedimiento para implementar los reclamos administrativos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualizada con la reforma de la LOSNCP, del 14 de octubre del 2013, define en sus arts. 102 y 103, el derecho a reclamar de los oferentes por actos administrativos emitidos por las entidades de derecho público, y que se consideren afectados sus intereses, ante la SERCOP, dando facultad de reclamo, a todos quien tengan interés directo, sin establecer tiempos, ni puntualizar personas que pueden presentar un reclamo administrativo, el SERCOP debe notificar a la máxima autoridad cuestionada, para rectifique y analice el tema en reclamo, caso contrario el SERCOP, tiene la facultad de adoptar las medidas necesarias para rectificar o para suspender, e incluso de denunciar ante la Contraloría, cualquier situación anómala del procedimiento precontractual. El procedimiento es simple y rápido, un reclamo directo ante el SERCOP, pero no eficaz para el caso de adjudicatario fallido, porque necesariamente debe ser declarado fallido para acceder al recurso, sino de que sería de lo que se quejaría y reclamaría ante el SERCOP.

El procedimiento que también prevé la reforma de Ley, es ante la entidad contratante, se considera rápido y sumario, porque hasta los tres días de notificado el acto administrativo, se puede presentar ante la máxima autoridad de la entidad un reclamo; y en el término de 7 días debe resolver, sin embargo, se considera que no se establece un período de prueba y audiencia de contradicción e inmediación, lo cual debería ser parte de la seguridad jurídica del

acto administrativo a ser emitido dentro del reclamo, porque es necesario recordar y resaltar que los actos de la administración gozan de legitimidad y ejecutividad que deben ser acatados por los administrados, dejando en la indefensión a los administrados al ser tan rápido el recurso y poco descriptivo procedimentalmente.

Comentario.- No especifica que estos recursos sean aplicables para cuando ya ha terminado el procedimiento precontractual, considerando que no está definido si el procedimiento precontractual termina con la adjudicación o con la suscripción del contrato; pero se considera se puede aplicar al caso de adjudicatarios fallidos, pero cuando ya han sido castigados y registrados fallidos en el SERCOP, confirmándose una vez más que no existe debido proceso para declarar adjudicatario fallido. Además es discrecional de la entidad pública, calificar quien tiene interés directo o no, para formular el reclamo.

Gonzalo Cruz Sandoval dice: “La autoridad y la revocación del acto administrativo pese a su antiquísima tratativa doctrinal en estos días se ha convertido en un verdadero paradigma para los funcionarios públicos, al momento de ejercer control administrativo y declarar la nulidad de sus actos propios administrativos o revocarlos si fuere el caso, y lo más preocupante para el administrado, quien tiene que soportar las etapas procedimental estando en sede administrativa como en sede judicial. Por lo tanto la nulidad y revocación del acto administrativo se sustentan en el control administrativo el cual tiene por finalidad la protección y defensa de legalidad administrativa y de los derechos subjetivos de los administrados, organizándose con ello la defensa de cada uno de los derechos subjetivos con el principio de interés público que gestiona la administración pública”⁶⁴

Johana Reño, cita a García de Enterría y dice: “El principio de la ejecutoriedad admite dos subespecies importantes:

- a) La que se espera en sede administrativa por su propia virtualidad o por disposición de una norma sin apelar al uso de la coacción; y,
- b) La facultad de ejecutar en forma coactiva el acto por parte de los órganos que ejercen la función materialmente administrativa, debiendo advertirse que esta prerrogativa es en principio excepcional en nuestro ordenamiento constitucional en virtud de que la ejecución coactiva de un acto en la persona o bienes del administrado integra el

⁶⁴Internet 29 de julio 2008/blog.pucp.edu.pe/item/27523- ensayo. “Alguna distinciones entre la nulidad y la revocación del acto administrativo en la doctrina y la Ley de Procedimiento General Administrativo- Perú- Autor Gonzalo Cruz Sandoval/ Blog de Portal Jurídico

contenido de la función, que la Constitución atribuye a los jueces configurando un sistema material a favor del administrado”.⁶⁵

Comentario: Los actos de la administración Pública es una realización material oportuna, eficaz y efectiva, a través de potestades reglamentarias o discrecionales imperativas. Aquí se resalta las facultades propias de la administración pública. La facultad estatal la describe la actual Constitución en su art. 426 que dice que todos los jueces y juezas, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y los previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables.

Con estos antecedentes y mandatos legales la autoridad administrativa en materia de Contratación Pública debería aplicar un debido proceso, antes de declarar adjudicatario fallido y sancionar al primer postor oferente, en razón de que puede justificar de alguna manera motivada en el debido proceso su negativa a firmar el contrato adjudicado.

⁶⁵En el ensayo “ Autotutela Administrativa ”escrito por Johana Reño Robles, en su página 21 cita a GARCIA de Enterría, GARCIA de Enterría, Eduardo y Fernando Rodríguez, Tomás ramón “ Curso de derecho Administrativo” Tomo I, 4.aed.Madrid, Cévitas, 1983, páginas 455-458

CAPITULO IV

PRESENTACION Y ANALISIS DE RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO

1. Análisis de encuestas

Se han realizado 30 encuestas, y se han formulado 7 preguntas, las preguntas estaban dirigidas a respuestas concretas de un si o no, las mismas que daban una explicación corta del porqué de la pregunta, éstas versaron sobre la seguridad jurídica de la actual normativa, sobre la existencia de un debido proceso para declarar adjudicatario fallido, y la necesidad de definir un debido proceso mediante reforma legal. Los resultados fueron favorables a una reforma legal para definir un debido proceso para declarar adjudicatario fallido.

Preguntas de encuestas:

1.- Diga Usted, si los proveedores de bienes obras y servicios, tienen normas que determinen seguridad jurídica en su favor, dentro los procesos precontractuales que llevan a cabo la entidades del sector público.

Resultado: 12 respuestas si y 18 no.

2.- Diga Usted, si en el Reglamento y la Ley Orgánica de Contratación Pública se prevé un procedimiento para declarar adjudicatario fallido.

Resultado: 25 respuestas si y 5 no.

3.- Diga usted si los procedimientos para declarar adjudicatario fallido contienen los elementos necesarios para determinar un debido proceso en favor del proveedor de bienes o servicios.

Resultado: 20 respuestas no y 10 si.

4.- Cree necesario realizar reformas a la Ley y Reglamento del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre el tema de adjudicatario fallido.

Resultado: 23 respuestas si y 7 no.

5.- En el debido proceso se debería establecer un término de prueba conforme los recursos administrativos del Sistema Nacional de Contratación Pública, para declarar adjudicatario fallido.

Resultado: 25 respuestas si y 5 no.

6.- Se debería crear un proceso independiente para la declaratoria de adjudicatario fallido

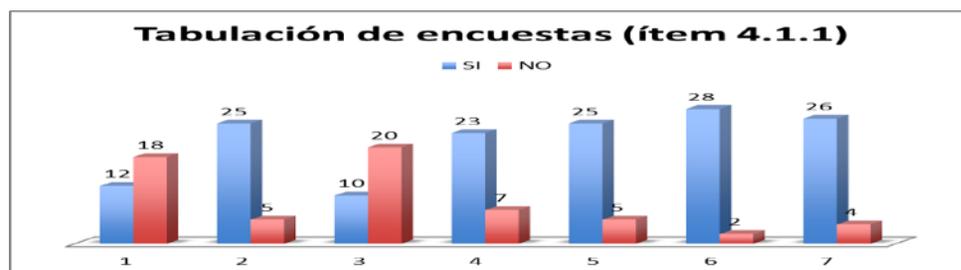
Resultado: 28 respuestas si y 2 no.

7.- Cree usted, que debe existir un proceso independiente para adjudicar al segundo mejor postor.

Resultado: 26 respuestas si y 4 no.

Tabulación de encuestas

Pregunta	SI	NO	TOTAL
1	12	18	30
2	25	5	30
3	10	20	30
4	23	7	30
5	25	5	30
6	28	2	30
7	26	4	30



2.Análisis de entrevistas

Se han realizado 30 entrevistas y se han formulado 6 preguntas las cuáles se analizaron dando lectura a cada respuesta, según la pregunta, las entrevistas estaban enfocadas a tener respuestas positivas o negativas y comentarios cortos sobre tres interrogantes e inquietudes principales, siendo éstas las siguientes: existe un debido proceso para declarar adjudicatario fallido; es necesario reformar la Ley, o que el SERCOP, entidad rectora sea quien emita una resolución normativa sobre el debido proceso para declarar adjudicatario fallido, y sobre la necesidad de que se definan sanciones alternativas a la suspensión de tres años. Los resultados fueron que si es necesario definir un debido proceso para declarar adjudicatario fallido y adjudicar al segundo mejor postor, modificando la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que sería conveniente definir sanciones alternativas a la suspensión de tres años.

Preguntas de las entrevistas:

1.- La Ley Orgánica de Contratación Pública contiene las normas legales suficientes para afirmar que en la declaratoria de adjudicatario fallido si se establece un debido proceso para el proveedor declarado adjudicatario.

Resultados: 23 comentarios no y 7 si.

2.- Cree usted que el SERCOP, es el órgano competente para normar mediante una resolución un debido proceso para declarar adjudicatario fallido, sin necesidad de reformar la Ley o el Reglamento.

Resultados: 18 comentarios si y 12 no.

3.- Cree usted que el SERCOP es la entidad quien debería llevar adelante el proceso de adjudicatario fallido para garantizar un debido proceso.

Resultados: 20 comentarios si y 10 no.

4.- Que piensa usted de la sanción de inhabilidad de contratación por tres años para el adjudicatario fallido.

Resultados: 23 comentarios no y 7 si.

5.- Que opina sobre crear un procedimiento para adjudicar al segundo o al mejor postor de entre los oferentes del proceso donde se declaró adjudicatario fallido.

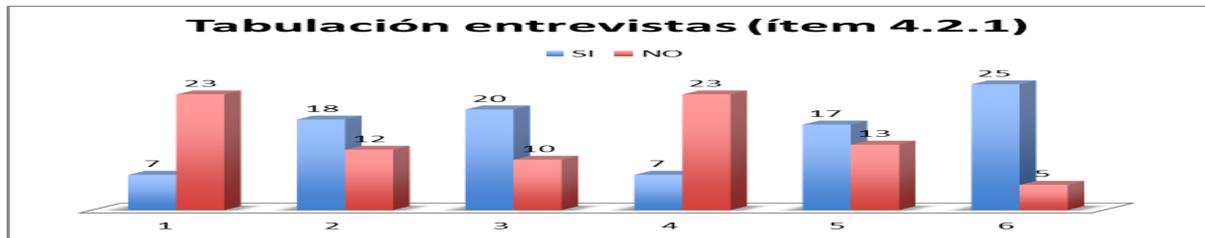
Resultados: 17 comentarios si y 13 no.

6.- Que opina de crear sanciones alternativas a las sanciones de suspensión de tres años en el RUP.

(Resultados: 25 comentarios si y 5 no.

Tabulación entrevistas

Entrevista	SI	NO	TOTAL
1	7	23	30
2	18	12	30
3	20	10	30
4	7	23	30
5	17	13	30
6	25	5	30



3. Conclusiones de las entrevistas y encuestas

3.1.- Partiendo desde el resultado de las encuestas y entrevistas, es necesario crear un procedimiento para declarar adjudicatario fallido, pues según los encuestados, no hay un debido proceso.

3.2.- Los encuestados y entrevistados, creen, si se debería definir un procedimiento para adjudicar al mejor postor luego de haber una declaratoria de adjudicatario fallido.

3.3.- Los encuestados y entrevistados, manifiestan que el SERCOP, en atención a su facultad de normar administrativamente por permisión legal y mandato de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podría definir un procedimiento para adjudicar a un mejor postor luego de la declaratoria de adjudicatario fallido, pero sería conveniente hacerlo mediante reforma legal.

3.4.- Los encuestados y entrevistados consideran se debe prever sanciones alternativas de multas, no solo la suspensión en el RUP.

4.Verificación de objetivos e hipótesis

4.1.Objetivos

Objetivo General .- Determinar ausencia o existencia de principios y disposiciones en la Contratación Pública que cautelen el debido proceso administrativo y su incidencia en la declaratoria de adjudicatario fallido al oferente que no suscribe el contrato dentro de los quince días término de adjudicado.

Objetivos Específicos:

- Identificar ausencia de procedimientos administrativos en el proceso precontractual de la contratación pública y que incidan e interfieran en los derechos de los proveedores.
- Identificar procedimientos que permitan adjudicar al segundo mejor oferente sin lesionar los derechos y garantías del debido proceso del primer oferente, declarado adjudicatario fallido.
- Identificar vacíos legales en los procedimientos acogidos por las entidades de derecho público en los procedimientos de los recursos administrativos de reclamación.

4.2.Verificación de Objetivos

Del resultado de las encuestas, entrevistas e investigación bibliográfica, se evidencia, se ha cumplido con los objetivos planteados, identificando lo siguiente:

- Falta de un debido proceso para declarar adjudicatario fallido.
- No existe un procedimiento para declarar al mejor postor siguiente, dentro de un marco de trato igualitario y de participación de los oferentes de un proceso, sin castigar sin un debido proceso al adjudicatario que no suscribe el contrato.
- Hay ausencia de normas, que garanticen el debido proceso en los recursos administrativos de la LOSNCP, no especifican períodos de prueba, audiencia de inmediatez y contradicción, el procedimiento se deja a criterio de la autoridad que instrumenta y resuelve el recurso administrativo.
- Los encuetados y entrevistados creen que se debe aplicar sanciones alternativas a la suspensión en el RUP, de acuerdo a un debido proceso, considerando que las infracciones deben tener una proporción en su sanción y castigo.

4.3.Hipótesis

No existen disposiciones suficientes en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que definan un debido proceso para la declaratoria de adjudicatario fallido y adjudicar al segundo mejor postor, por lo tanto se viola el debido proceso, previa a la sanción de declarar adjudicatario fallido al oferente que no suscribe el contrato dentro de los quince días término, contados desde la adjudicación para adjudicar al segundo mejor postor u oferente?.

4.4.Verificación de Hipótesis

Del resultado de las encuestas, entrevistas e investigación bibliográfica, se evidencia:

- Se cumple con la hipótesis planteada, al identificar que no existen disposiciones en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que definan un debido proceso para declarar adjudicatario fallido y adjudicar al segundo mejor postor.
- Se ha determinado, existen vacíos legales en los procedimientos de las etapas precontractuales y de recursos administrativos, que no cumplen las garantías del debido proceso, como son el derecho a la defensa, la inmediación, la contradicción.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA JURÍDICA

1. Conclusiones Generales

1.1.- Se ha identificado que no existe un debido proceso, para adjudicar al segundo mejor postor o al postor siguiente, que presente las mejores condiciones en los procesos dinámicos, licitación, cotización, u otra modalidad de las previstas en la LOSNCP, debiendo existir un procedimiento sencillo y fácil que permita una participación activa y equitativa entre los oferentes, y no necesariamente al segundo mejor postor, por que dada la situación de negativa para adjudicar al primer postor adjudicado, los siguientes oferentes pueden mejorar sus condiciones propuestas.

1.2.- Para cumplir con un procedimiento de adjudicación al segundo mejor postor, se lesionan los derechos subjetivos, garantías y derechos constitucionales del primer oferente, que no tiene oportunidad de demostrar causas, razón o circunstancia que le impidan la suscripción del contrato dentro de los 15 días que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su art. 69.

1.3.- No existe una identificación clara de un recurso administrativo previo a la declaratoria de adjudicatario fallido.

1.4.- Según los encuestados no existe seguridad jurídica, tienen muy claro el contenido de la LOSNCP y su reglamento en cuanto a los elementos necesarios, que prevé un debido proceso para declarar adjudicatario fallido. Creen necesario establecer un término de prueba. Se debe crear un proceso independiente para declaratoria de adjudicatario fallido, sin que medie una sanción previa para adjudicar al segundo mejor o simplemente mejor postor de entre los oferentes y tener igualdad de oportunidades todos los oferentes del proceso.

1.5.- A demás se deja como propuesta se cree que se podría establecer sanciones alternativas como pagar una multa del 10% del valor del contrato, para evitar la sanción de inhabilidad de tres años, una vez declarado adjudicatario fallido. Dicha multa deberá ser garantizada con una garantía denominada "garantía de firma de contrato" entregada junto con la de la seriedad de oferta, la misma que una vez firmado el contrato será devuelta.

1.6.- Los entrevistados opinan que el SERCOP es el órgano competente para normar mediante resolución un debido proceso para declarar adjudicatario fallido; afirman que la LOSNCP, no contiene las normas legales suficientes para afirmar que existe un debido proceso para declarar adjudicatario fallido al proveedor adjudicado. Sin embargo lo idóneo sería una reforma legal.

1.7.- En el mundo actual la tendencia está dirigida a la uniformidad y armonización de las formas y normas que regulan la actividad económica de la contratación pública para adquirir y comercializar bienes, que van desde materias primas, hasta productos elaborados, por lo tanto, para las transformaciones legislativas que garanticen una seguridad jurídica en los procesos de contratación pública, es necesario adoptar medidas referentes para que sean atendidas a nivel de derecho comparado, donde el Estado tiene el deber de garantizar una tutela legal y administrativa tanto en los procesos de contratación, como en la normativa vigente para el efecto, a nivel nacional e internacional.

1.8.-Se ha identificado que existe ausencia de un procedimiento expreso, que cumpla las reglas del debido proceso para declarar adjudicatario fallido y adjudicar al oferente aceptado como mejor postor luego del fallido, desde el punto de vista constitucional de derechos y garantías constitucionales, especialmente poniendo énfasis al art. 76 de la Constitución que habla del debido proceso y al art. 11 que dice: Ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales, y que el ejercicio de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y las políticas públicas.

1.9.- Entre las ausencias del debido proceso se identifica, la falta de proporcionalidad de la infracción y la sanción. El Art. 76 numeral 6, de la Constitución dice: La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. El hecho de castigar al adjudicatario fallido antes de un debido proceso como ya se ha explicado con una suspensión en el RUP de tres años, no le permite suscribir contratos con el Estado, hasta que dentro de un recurso administrativo o acción judicial logre su restablecimiento en el RUP; ya se le perjudica al adjudicatario fallido, así sea por tres meses o por tres años; es decir, la sanción no es proporcional, hasta que se agoten la vía administrativa e incluso jurisdiccional; se debería imponer una multa, como dicen los señores encuestados y así no causar daños y perjuicios a un proveedor del Estado, que tiene derecho a un debido proceso y que se considere su inocencia hasta no agotar la vía administrativa e incluso la vía jurisdiccional contenciosa administrativa.

1.10.- Al declarar adjudicatario fallido, se le da quince días para que suscriba más no para que justifique la razón, la justificación puede llevar más de quince días, más aún si se debe a factores externos y ajenos de decisión o alcance del adjudicatario, como certificaciones, autorizaciones, no se habla de caso fortuito o fuerza mayor, sino de justificativos técnicos o administrativos que pueden conducir a una imposibilidad de firmar un contrato, sin ser doloso o intencional.

1.11.- Se podría considerar infracciones administrativas tipificadas, las causas o motivos, más no la decisión de no firmar por imposibilidad, es por eso que se afirma no hay un debido proceso. Necesariamente se le castiga como adjudicatario fallido para adjudicar al segundo mejor postor; se envía al SERCOP para la suspensión del RUP por tres años; y, luego de que ya está castigado puede desvanecer culpas supuestas y presentar justificativos para que le levanten la sanción, es decir, primero se sancionan y luego puede acceder a un debido proceso, ya sea como recurso previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o en la vía jurisdiccional Contenciosa Administrativa, a todo este trámite se suma el trámite en el SERCOP, para que le levanten la sanción de la suspensión en el RUP.

2.Recomendaciones

2.1.- Definir un procedimiento, siguiendo el debido proceso, para declarar adjudicatario fallido sancionado, por los asambleístas conforme los principios constitucionales.

2.2.- Es necesario identificar tres momentos para proponer reformas legales:

Primer momento: Declaración de adjudicatario fallido independiente a la adjudicación del segundo mejor postor.

Segundo momento: Realizar un procedimiento siguiendo el debido proceso, para declarar responsabilidad (leve, levísima, grave, negligente o con indicios de dolo), admitir o no excusas sobre las causales que condujeron a la no suscripción del contrato por parte del oferente adjudicado;

Tercer momento: Según el resultado del debido proceso, castigar al oferente con la inscripción de Adjudicatario fallido con la inhabilidad de tres años, para participar en procesos de contratación pública, o con una sanción alternativa de multa.

2.3.- No confundir la justificación y necesidad de castigar en un procedimiento no idóneo, como requisito previo para adjudicar al segundo mejor postor; y, lo que es sanción al adjudicatario fallido.

2.4.- No dar preferencia únicamente al segundo mejor postor para adjudicar el contrato, eso es discriminatorio y trato desigual a los otros oferentes.

2.5.- Otorgar igualdad de condiciones a los oferentes del proceso donde se ha declarado adjudicatario fallido para participar y ofertaren igualdad y con la misma oportunidad de oferta,

dentro del marco referencial del precio y servicios ofertados, con relación a los del adjudicatario fallido.

2.6.- Prever un debido proceso para adjudicar al segundo mejor postor o al mejor postor dentro de los oferentes del proceso, donde se declaró adjudicatario fallido.

2.7.- Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su art. 69, en lo que se refiere a cumplir y señalar un debido proceso; e, incluir un artículo luego del art. 73, en lo que se refiere a garantía de firma de contrato. La reforma legal deberá ser presentada por el Presidente de la República; y, gestionada a través del Presidente del Directorio del SERCOP que es el Ministro de producción, empleo y productividad.

3. Proyecto de reforma legal

PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA

Considerando:

Que, el art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 4 dispone: "Ninguna Norma Jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni garantías constitucionales".

Que, el art. 75 de la Constitución de la República establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios de la inmediación y celeridad en ningún caso quedará en indefensión.

Que, el art. 76 de la Constitución de la República dispone: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá entre otras garantías básicas la prevista en su numeral 6.- "La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Que, el art. 120 de la Constitución de la República, otorga como deber y atribución de la Asamblea Nacional el expedir, codificar, reformar y derogar leyes e interpretar con carácter generalmente obligatorio.

EN USO de atribuciones constitucionales La Asamblea Nacional aprueba la presente reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008, y a sus modificaciones del 16 de octubre del 2009 y 14 de octubre del 2013.

Art.1.- Inclúyase en el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo siguiente:

Cuando en el plazo de quince días no se suscribiere el contrato, previo a declarar adjudicatario fallido se seguirá un debido proceso, ante la máxima autoridad de la entidad contratante, siguiendo el procedimiento previsto para el recurso de apelación de esta ley.

No es requisito sancionar al oferente declarado adjudicatario fallido, para adjudicar al mejor postor siguiente o al que mejor oferta presentará de entre los oferentes.

Art. 2.- En el art. 69 inciso 6, después de la frase: “y disponer su suspensión del RUP” incluir: o sanción alternativa de multas hasta el 10% del valor del contrato, luego del debido proceso. Valor que será cobrado con cargo a la garantía de cumplimiento de firma de contrato.

Art. 3.- En el art. 69 inciso 6, después de la frase “siguiente oferta de mejor costo” incluir: o adjudicar previo un proceso de selección la mejor oferta de entre los oferentes del proceso.

Art. 4.- Eliminar el último inciso del art. 35

Art. 5.- Incluir un artículo luego del art. 73 de la Ley que dirá: El oferente deberá entregar una garantía de firma de contrato equivalente al 10% del valor total del contrato, la misma que será devuelta una vez suscrito el contrato por parte del contratista.

Art.6.- Publíquese la presente reforma en el Registro Oficial

Doy fe.- Secretario General de la Asamblea Nacional

Cuadro comparativo reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

DISPOSICIONES ACTUALES	PROPUESTA DE REFORMA LEGAL
<p>Art. 69de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:</p> <p>Suscripción de Contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía se igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante notario público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.</p> <p>Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.</p> <p>Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.</p> <p>Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.</p> <p>Para la suscripción del contrato será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.</p> <p>Cuando por causas imputables al adjudicado</p>	<p>Art.1.- Inclúyase en el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo siguiente:</p> <p>Cuando en el plazo de quince días no se suscribiere el contrato, previo a declarar adjudicatario fallido se seguirá un debido proceso, ante la máxima autoridad de la entidad contratante, siguiendo el procedimiento previsto para el recurso de apelación de esta ley.</p> <p>No es requisito sancionar al oferente declarado adjudicatario fallido, para adjudicar al mejor postor siguiente o al que mejor oferta presentará de entre los oferentes.</p> <p>Art. 2.- En el art. 69 inciso 6, después de la frase: “y disponer su suspensión del RUP” incluir: o sanción alternativa de multas hasta el 10% del valor del contrato, luego del debido proceso. Valor que será cobrado con cargo a la garantía de cumplimiento de firma de contrato.</p> <p>Art. 3.- En el art. 69 inciso 6, después de la frase “siguiente oferta de mejor costo” incluir: o adjudicar previo un proceso de selección la mejor oferta de</p>

<p>no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiere presentado la siguiente oferta de mejor costo.</p> <p>Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la entidad contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.</p> <p>En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.</p>	<p>entre los oferentes del proceso.</p> <p>Art. 4.- Eliminar el último inciso del art. 35</p> <p>Art. 5.- Incluir un artículo luego del art. 73 de la Ley que dirá: El oferente deberá entregar una garantía de firma de contrato equivalente al 10% del valor total del contrato, la misma que será devuelta una vez suscrito el contrato por parte del contratista.</p> <p>Art.6.- Publíquese la presente reforma en el Registro Oficial</p> <p>Doy fe.- Secretario General de la Asamblea Nacional</p>
---	---

Bibliografía

Aguirre Saldivar, Enrique (1979), Los retos del derecho público en materia de federalismo. Hacia la integración del derecho administrativo Federa, México

Aguilar Juan Pablo, (2002) La naturaleza de los contratos administrativos, Tesis Doctoral Quito-Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Aguirre José, (2006) La discrecionalidad de la adjudicación de los contratos sujetos a los procedimientos como de la codificación de la Ley de Contratación Pública, Tesis Doctoral, Quito- Ecuador, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Briceño Sierra, Humberto (1968), El proceso Administrativo en Iberoamérica, Argentina.

Bodenheimer Edgar, (1976) Teoría del Derecho, Colección popular, México.

Chuayffet Chemor, Emilio (1983), Derecho Administrativo, México.

Castillo Velasco, José (1994) Ensayo sobre derecho administrativo en México, México.

Carrillo Flores, Antonio (1987), Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional, México

Dromi José Roberto, (1987) Institución del Derecho Administrativo, segunda Edición, EditAstrea, Buenos Aires.

Enrique Silva Cimma. 1962, Derecho Administrativo Chileno y Comparado Tomo II, Editorial Universitaria, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Págs. 290 a295.

Eduardo Quinteno Alvarez, 1984, Segunda Edición, Estatuto Contractual Para La Administración Pública Nacional, Medellín Colombia, Págs. 26, 27, 37 a 40, 55, 56.

Fernández Ruiz , Jorge (2002), Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI, México

Guerrero,Omar (2003), La administración pública del Estado capitalista, México

Genaro Góngora Pimentel., 2005, Compendio de Derecho administrativo, Séptima Edición, México, Págs. 394 a 397.

González Pérez, Jesús (1971), Administración Pública y Libertad, Madrid- España

Gomés Guillermo, (1976) Los Recursos Administrativos, Colombia-Bogotá, Edit. Ananque.

Gazaini OswaldoAlfredo- "Derecho Procesal Constitucional" Tomo I, editorial de Belgramo, Buenos Aires 2000, página 60.

García de Enterría, Eduardo y Fernando Rodríguez, Tomás ramón " Curso de derecho Administrativo" Tomo I, 4.aed.Madrid, Cévitas, 1983, páginas 455-458

Inés María Baldeon b- Carlos g. Baldeon- José Luis Aguilar H., 2009, Sistema Nacional de Contratación Pública, Micariaut, Quito, Págs. 104, 105, 227, 228, 229.

Inés María Baldeón b., 2008, Subasta Inmersa en la Contratación Pública, Diseño Gioconda Melo, Quito, Págs. 26 a 39.

Ismael Farrando, 2002, Contratos Administrativos, Primera edición, Buenos Aires, Págs. 240 a 243, 248 a 260, 337, 338.

Jaramillo Hernán, (1995) La Actividad Jurídica de la Administración, edit. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de Loja, Loja- Ecuador.

Kaplan, Marcos (1994), Crisis y Futuro de la Empresa Pública- México.

Konrad-Adenauer-Stiftung.e.v, Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina. Konrad Adenauer, A.C, oficina México cp. O6500, impreso en México D:F: Págs. 229 a 261, 359 a 385, 413 a 476.

López Elías, José (1999), Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública, México

Liliana Caicedo Rooja-Denis Edidier López, 1985, De La Contratación Administrativa, Bogotá, Págs. 63 a 71, 491 a 529.

Moreno Rodríguez, Rodrigo (1980), La administración Pública Federal en México, México.

Nava Negrete, Alfonso (1991), Derecho Administrativo, México.

Ordoñez Libia Rivas - Dr.Nelson López, julio (2009) Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública, Segunda Edición, Edit. Talleres de NINA Comunicaciones.

Reyes Ponce, Agustín, (1987) Administración de Empresas, Primera Parte, edit. Limussa México.

Rehaño Robles Jhohanna, 1988“.Internet, ensayo Autotutela Administrativa” en su página 21 cita a GARCIA de Enterría. GARCIA de Enterría, Eduardo y Fernando Rodríguez, Tomás ramón “Curso de derecho Administrativo” Tomo I, 4.aed.Madrid, Cévitas, 1983, páginas 455-458

René David, 1953, Tratado de Derecho Civil Comparado, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Págs. 50 a 63.

Santofimio G., Jaime Orlando (1994) Acto Administrativo, Bogotá –Colombia

Santofinio, Jaime (1994), Acto Administrativo, Procedimiento, eficacia y validez, 2da ed., Colombia.

Toribio Acayza Paz Soldan, 1935, Derecho Constitucional General Comparado, Taller Editorial La Prensa, Lima Perú, Págs. 60 a 63.

Vázquez Alfaro, José (1991), Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano, México.

Revista, Colección de Ciencias Políticas, 2009, Contrato de la Administración Pública, Eco Ediciones, Tercera edición, Colombia, Págs. 62 a 67.

Revista “Conceptos y Principios Básicos de los Derechos Humanos” Página 23; Publicación coordinada por Producción Editorial – Servicios Especiales del IIDA.-Instituto Interamericano de Derechos Humanos- San José de Costa Rica.

Revista Suprema Corte de Justicia de la Nación e México (1996) Seguridad Pública, México.

Revista Varios, (1994) Código de Etica de los servidores públicos, México.

Ley 1150 del 2007 de Contratación Pública de Colombia

Ley de Contratación Pública del 22 de febrero del 2001, de Chile.

Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal del 28 de septiembre de 1998, reformada en el 2002.

Ley Derechos de autor Capix, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, 2008, Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, Talleres de la C.E.P., Quito, Capítulo II, Págs. 38, 40, 41.

Ley de Contrataciones del Sector Público- Real Decreto Legislativo del 14 de noviembre del 2011- España

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Sistema Legal LEXIS-Ecuador, actualizado a enero del 2014

Reglamento del Sistema de Compras y Contratación Pública de Colombia – Decreto 1510 del 17 de julio del 2013.

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Decreto Supremo No.013-2001-PCM- Perú.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – Sistema Legal LEXIS, actualizado a diciembre del 2013

Cruz Sandoval Gonzalo/Internet 29 de julio 2008/blog.pucp.edu.pe/ítem/27523- ensayo. “Alguna distinciones entre la nulidad y la revocación del acto administrativo en la doctrina y la Ley de Procedimiento General Administrativo- Perú- Autor Gonzalo Cruz Sandoval/ Blog de Portal Jurídico

www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/index2php?

www.slideshare.net/mizurieta/ley_de_contratacion_publica

www.lmzabogodos.com/.../index.php?...contratación_pública

www.pilargarciasoldana.blogspot.com/p/adjudicatario_fallido.html

www.academiaedu/.../la_nueva_Ley_de_Contratación_del_Estado

www.proivre.org.pe/index.php ? Rehaño Robles Jhohanna, 1988, 3. Internet 23 de septiembre Ensayo publicado “ La Autotutela Ejecutiva de la Administración Pública y el procedimiento de ejecución de la coactiva”.

