



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La Subdivisión de los Contratos como Fuente de Responsabilidad de los
Servidores Públicos en el Ecuador**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Mera López, Hugo Alejandro

DIRECTOR: Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor.

Patricio Alberto Valdivieso Espinosa

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría denominado “La Subdivisión de los contratos como fuente de responsabilidad de los servidores públicos en el Ecuador” realizado por Hugo Alejandro Mera López, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2015

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Hugo Alejandro Mera López, declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría: La Subdivisión de los Contratos como Fuente de Responsabilidad de los Servidores Públicos en el Ecuador, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Patricio Alberto Valdivieso Espinosa, 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, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición 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 realizan a través, o con el apoyo financiero, académico, o institucional (operativo) de la Universidad”.

f).....

Autor: Mera López Hugo Alejandro

Cédula: 1711490308

DEDICATORIA

A mi madre, amiga, compañera y guía de mi vida, quien supo enseñarme las bondades de la superación profesional.

A mi Director de Tesis, quien con su bagaje intelectual y doctrinal marcó el camino correcto para la realización del presente trabajo.

A la Universidad Técnica Particular de Loja, que me abrió sus puertas para un nuevo derrotero de crecimiento personal.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja, a los docentes de esta maestría, y
al personal administrativo.

Al Dr. Patricio Valdivieso Espinosa, por ser la guía correcta para el desarrollo de este
trabajo de investigación.

A mi madre por ser el apoyo incondicional en todo momento.

Hugo Alejandro

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	VI
RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS. ASPECTOS GENERALES.....	3
1.1 Contratos de la administración pública.....	4
1.1.1 Generalidades	4
1.1.2 Contratos de la Administración Pública	6
1.1.3 Contratos administrativos	9
1.1.3.1 Antecedentes históricos y naturaleza	14
1.1.3.2 Definición.....	18
1.1.3.3 Características	20
1.1.3.4 Clases de contratos administrativos	22
1.1.3.4.1 Contrato de obra pública	22
1.1.3.4.2 Contrato de suministro	23
1.1.3.4.3 Contrato de concesión de obra pública	23

1.1.3.4.4 Contrato de consultoría y asistencia técnica	23
1.1.3.4.5 Contrato de servicios	23
1.2 Subdivisión de contratos	24
1.2.1 Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.....	24
1.2.1.1 Clases y montos de contrataciones.....	24
1.2.1.1.1 Las compras por catálogo	24
1.2.1.1.2 La subasta inversa	25
1.2.1.1.3 La licitación.....	25
1.2.1.1.4 La cotización	26
1.2.1.1.5 El sistema de menor cuantía	26
1.2.1.1.6 El sistema de ínfima cuantía	27
1.2.1.1.7 Procedimientos especiales.....	28
1.2.2 Estudio conceptual de subdivisión de contratos.....	28
1.2.2.1 Prohibición de subdividir contratos.....	29
1.2.2.2 Hecho generador de la subdivisión de contratos.....	30
1.2.2.3 Efectos de la subdivisión de contratos	31
1.2.2.3.1 Efectos objetivos	31
1.2.2.3.2 Efectos subjetivos.....	32
CAPÍTULO II	33
RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LA SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	33
2.1 Responsabilidad de los servidores públicos.....	34
2.1.1 Actuación de los servidores públicos	34

2.2 Clases de responsabilidad de los servidores públicos	34
2.2.1 La responsabilidad administrativa	35
2.2.2 La responsabilidad civil	36
2.2.2.1 La glosa y la orden reintegro	37
2.2.3 La responsabilidad penal.....	38
2.2.3.1 Peculado	39
2.2.3.2 Enriquecimiento ilícito.....	41
2.2.3.3 Cohecho	42
2.2.3.4 Concusión	42
2.3 Caso de subdivisión de contratos administrativos con determinación de responsabilidades en el Ecuador	43
2.3.1 Caso Carrión	46
2.3.1.1 Ausencia de planificación	46
2.3.1.2 Elusión de los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas	48
2.3.1.3 Conculcación del principio de selección objetiva.....	50
2.3.1.4 Infracción de los principios de libre concurrencia y publicidad	50
2.3.1.5 Nulidad de los contratos	51
2.3.1.6 Responsabilidades	52
 CAPÍTULO III	 53
 INVESTIGACIÓN DE CAMPO	 53
3.1 Encuesta	54
3.1.1 Análisis preliminar	54

3.1.2 Población y muestra de la investigación.....	54
3.1.3 Preguntas de la encuesta.....	56
3.1.4 Procesamiento de datos.....	58
3.1.5. Análisis e interpretación de datos.....	58
2.1.5 Análisis de resultados.....	70
3.2 Entrevista	71
3.2.1 Preguntas de la entrevista.....	71
3.2.2 Análisis de resultados de las entrevistas realizadas	72
CAPÍTULO IV	75
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS	75
4.1 Conclusiones.....	76
4.2 Recomendaciones.....	78
4.3 Propuestas	80
BIBLIOGRAFÍA	84
ANEXOS	86

TABLAS

Tabla 1.1	58
Tabla 2.1	60
Tabla 3.1	61
Tabla 4.1	62
Tabla 5.1	63
Tabla 6.1	64
Tabla 7.1	66
Tabla 8.1	67
Tabla 9.1	68
Tabla 10.1	69

GRÁFICO

Gráfico 1.1 Pregunta 1	59
Gráfico 2.1 Pregunta 2	60
Gráfico 3.1 Pregunta 3	61
Gráfico 4.1 Pregunta 4	62
Gráfico 5.1 Pregunta 5	63
Gráfico 6.1 Pregunta 6	65
Gráfico 7.1 Pregunta 7	66
Gráfico 8.1 Pregunta 8	67
Gráfico 9.1 Pregunta 9	68
Gráfico 10.1 Pregunta 10	69

RESUMEN

Dentro de la legislación ecuatoriana una de las figuras que no se ha tratado con la profundidad que amerita, por parte de los especialistas del Derecho Administrativo y de los legisladores, es la Subdivisión de Contratos, cuya inobservancia constituye fuente de responsabilidades para los servidores públicos.

En este escenario el presente trabajo de investigación propone un análisis de los contratos administrativos, sus clases, características, naturaleza, etc., montos y procedimientos de contratación, así como de la Subdivisión de Contratos contemplada como prohibición en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Se trata además sobre los tipos de responsabilidad en las que se ven inmersos los Servidores Públicos al incurrir en la Subdivisión de Contratos, así como de las sanciones administrativas, civiles y, penales asociadas a ésta, incluyendo un caso práctico.

Finalmente se incluye la investigación de campo debidamente sustentada con criterios y opiniones de juristas en libre ejercicio, respecto de la Subdivisión de Contratos, para ultimar con las conclusiones, recomendaciones y propuestas.

Palabras Claves: derecho administrativo, contrato, contratación pública, subdivisión de contratos, servidores públicos, responsabilidades.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legislation, one of the figures non-treated deeply as needed, by specialist in Administrative Law and legislators is Contracts Sub-division, whose non-observation is a source of responsibilities for public servers.

In this frame, the current research work proposes an analysis of administrative contracts, types, characteristics, nature, etc., amounts and contracting procedures, as well as the Contracts Sub-division as provided by the National Public Procurement System Organic Law.

Types of Public Servers' Responsibilities, while making Contracts Subdivision, while making Contract Subdivisions are also addressed, as well as administrative, civil and criminal sanctions associated to it, including a practical case.

Finally, a field research is included, duly supported with criteria and opinion of freelance attorneys, in respect to Contracts Subdivisions, to issue conclusions, recommendations and proposals.

Keywords: administrative law, contract, public procurement, contracts subdivision, public servers, responsibilities.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis estudia la subdivisión de los contratos, la cual, a pesar de encontrarse expresamente prohibida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es empleada con frecuencia por las y los servidores públicos con la finalidad de eludir los procedimientos precontractuales que legalmente corresponderían en base a la cuantía original del contrato, y de esta manera beneficiar a ciertos contratistas, mediante una contratación directa.

Por otra parte, existe un déficit en el Ecuador, respecto al desarrollo académico de la subdivisión de contratos que incide de algún modo en el desconocimiento de éste vicio administrativo por parte de las y los servidores públicos, quienes al no tener claros sus presupuestos conceptuales y las responsabilidades que acarrea, incurren en su cometimiento, perjudicando así al Estado.

El escenario descrito impele la realización de este estudio, a fin de dilucidar desde una perspectiva teórica qué es la subdivisión de contratos, cuál es su hecho generador, así como los efectos objetivos y subjetivos que devienen de su configuración; coadyuvando, a que por medio de este aporte intelectual, las y los servidores públicos comprendan, de una mejor manera, la mencionada figura.

Existieron diversas dificultades de tipo bibliográfico, por la poca atención que en el Ecuador, los administrativistas han dado a la subdivisión de contratos; debiendo por ello acudir a libros, artículos académicos, legislación y jurisprudencia de otros países como Perú y Colombia, que si bien denominan de otra manera (fraccionamiento indebido) a aquélla figura, de su examen se desprende una notoria vinculación conceptual. Además, otro de los inconvenientes se relacionó con el aspecto jurisprudencial, pues no existe ningún precedente importante que haya desarrollado la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sobre la subdivisión de contratos.

Las limitaciones *supra* descritas no impidieron que se alcancen los objetivos que subyacen a la presente tesis, que tienen una naturaleza dual, esto es, dogmática y pragmática. A nivel dogmático, en el capítulo I se pudo perfilar los límites semánticos de la subdivisión de

contratos, el supuesto de hecho que configura el ilícito, y los efectos que se producen. Asimismo, en el capítulo II, se desarrollaron las diversas responsabilidades -civil, administrativa y penal- de las y/o los servidores públicos.

A nivel pragmático, en el capítulo II, se pudo constatar en el caso *Carrión* los puntos de afectación que produce tal ilícito contractual, al conculcarse algunos de los principios transversales que rigen la contratación pública, a saber: la planeación, selección objetiva, concurrencia, publicidad, legalidad, entre otros. Asimismo, se pudo comprender de manera práctica cómo se configura la subdivisión de contratos, y las responsabilidades penales que acarreó su determinación, a distintos servidores públicos (Ministro y asesores).

La investigación de campo permitió, en el capítulo III, analizar el conocimiento de servidoras/es públicos de áreas, unidades y/o departamentos de contratación, respecto de la subdivisión de contratos, así como identificar las necesidades normativas que se requieren para su aclaración. Por otro lado, la entrevista efectuada a profesionales de la contratación pública, proporcionó valiosas dilucidaciones conceptuales y normativas sobre el núcleo temático de ésta tesis. Así pues, se puede apreciar que la metodología empleada en el trabajo comprendió técnicas tanto de carácter cualitativo como cuantitativo.

Finalmente en el capítulo IV se emitieron las conclusiones, recomendaciones y propuestas de reforma a la Ley en lo tocante a la Subdivisión de Contratos.

CAPÍTULO I

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS.

ASPECTOS GENERALES

1.1 Contratos de la administración pública

1.1.1 Generalidades

A pesar de que la técnica contractual en el ámbito del derecho administrativo, de cierta forma, se ha consolidado, se debe aclarar que su recepción por parte de la doctrina ha sido problemática. Así, ha existido una resistencia doctrinal a la figura del contrato administrativo, que responde a múltiples factores, pero entre los que destaca la controvertible imposibilidad lógica, en razón del dogma de la soberanía absoluta de los Estados, que dificulta concebir la idea de una relación jurídica bilateral de éstos con los particulares, considerados en su momento meramente súbditos y no ciudadanos.

La dificultad para concertar en igualdad de condiciones entre los Estados y los particulares, impedía que en el derecho administrativo, pueda aceptarse una institución tradicional, pero no exclusiva, del derecho civil. La doctrina alemana era clara al respecto, pues en palabras de Otto Mayer citado por (García de Enterría, 1963) “[e]l Estado manda siempre unilateralmente (...); y el contrato no tiene acomodo posible en el derecho público (...)”; por lo que sería una contradicción en los términos, hablar de un contrato de derecho administrativo. Agrega el jurista alemán que tal figura, distintiva del Derecho privado “crece sólo sobre el suelo de la igualdad”(pág. 100).

Es evidente que si se intenta extrapolar los principios y ciertos presupuestos conceptuales de la figura contractual que subyacen al derecho privado y al derecho público, las tensiones son inevitables, y en algunas ocasiones insolubles. En este orden de ideas García de Enterría (1963) arguye que:

“Se trata, indudablemente, de un problema difícil, que arrastra consigo un importante lastre dogmático, ya que en él están implicadas las cuestiones básicas del Derecho Administrativo todo, es decir, la modulación en su ámbito de las instituciones del Derecho Civil, la posición jurídica de la Administración como sujeto y la aplicación a la misma del Derecho Privado” (pág. 711).

Resulta incontrovertible que el proceso de *iuspublicación* de los sistemas de contratación de la Administración impele el análisis respecto a la logicidad del <<contrato administrativo>>, en razón de la afectación de la libertad contractual, y de la ruptura del equilibrio que en teoría existe en la esfera privado-comercial, y que lo provoca el reconocimiento de prerrogativas en favor de la Administración Pública (Cassagne, 2005). Se dice en teoría, pues no se olvide, que inclusive en aquella esfera, fruto del surgimiento de las grandes empresas, es difícil que se pueda hablar de una fidedigna igualdad de condiciones. La existencia de una parte, también poderosa en el ámbito privado, ha incidido en la emergencia de diversas instituciones estatales, que tiene como función regular, controlar y proteger a los usuarios y consumidores, de los atropellos de las grandes empresas, las cuales se valen de su fortaleza organizativa y económica.

Por otro lado, la proliferación de la categoría del contrato administrativo, responde a la progresiva expansión de los Estados, que se refleja en un mayor comprometimiento en la realización de distintos fines, que en su momento se consideraron exclusivamente de carácter privado. Asimismo, la democratización de los Estados, si bien no ha desterrado los nefastos compromisos de los gobiernos con ciertas élites y grupos económicos, les ha obligado a legitimar su actuación también frente a diversos sectores sociales, permanentemente excluidos de la agenda política, en razón de que la restricción del derecho del sufragio, les impedía incidir, al menos indirectamente, en la toma de decisiones de los gobernantes.

El mayor compromiso social de los Estados, fruto de la democratización tiene un efecto dual, pues por un lado obliga a que éstos participen de manera activa en la mejora de las condiciones sociales, económicas y políticas de la comunidad, las cuales se vieron afectadas, a lo largo no sólo de años sino de siglos enteros, por estructuras institucionales discriminatorias, excluyentes e inicuas; pero por otro, tal intervención puede disfrazar una expansión desmesurada que invada ámbitos en los cuales el Estado no debería interferir.

Pero la realización de los fines que buscan incrementar el bienestar público, no podría lograrse con la participación exclusiva del Estado. De ahí, que sea necesaria la intervención de agentes privados, que coadyuven en la provisiones de ciertos bienes y servicios, en los cuales el Estado no tiene capacidad de satisfacer por sí solo, acudiendo, por consiguiente, a la figura del contrato administrativo.

En suma, la socialización y democratización de los Estados (Estado social y democrático), provocó un incremento de fines establecidos constitucionalmente, los cuales, asimismo, generan una expansión de expectativas en los ciudadanos, que de acuerdo a su satisfacción, se ven reflejados en un respaldo popular en las sucesivas elecciones. No obstante la cristalización de los fines y la eficacia de la gestión gubernamental, depende de la colaboración de empresas privadas, a través de la contratación pública.

1.1.2 Contratos de la Administración Pública

Previo al análisis respecto del contrato administrativo en sí, resulta necesaria una dilucidación de carácter conceptual. Meilán Gil (2004) expresa que el contrato en Derecho administrativo: “(...) ha sido la piedra de escándalo, catalizador de polémicas (...)” (pág. 507).

De esta manera, la disyuntiva intelectual sobre el contrato en Derecho administrativo, no se circunscribe al escenario descrito preliminarmente, acerca de la imposibilidad lógica según Otto Mayer, de que se dé una relación jurídica bilateral entre un Estado y los particulares; sino que se extiende a la negativa, por cierta parte de la doctrina, de que existan contratos de índole privada celebrados por la Administración Pública. Según algunos autores la simple intervención contractual por parte de ésta última transustancia el contrato en público. En esta línea, Dromi(1998) sugiere:

“Nosotros los denominamos indistintamente “contrato administrativo” o “contrato de la Administración”, pues no compartimos la distinción entre contrato administrativo y contrato privado o civil de la Administración, en mérito a que el Estado posee una personalidad única y se rige fundamentalmente por el derecho público”(pág. 291).

En análogo sentido Delpiazzo(2005) considera que “no es apropiado introducir” la distinción entre el contrato administrativo y el contrato privado de la Administración, pues ésta última carece de “una doble personalidad” que le permita actuar “con una personalidad de Derecho público y una personalidad de Derecho privado (pág. 204).

Sin embargo, los argumentos expuestos por Dromi y Delpiazzo, en relación a la asimilación denominativa de los contratos de la Administración y contratos administrativos, han sido refutados por la doctrina española. Es así, que Martín Mateo (2006) indica

“[...] que no todos los contratos que realiza la administración son contratos administrativos, es decir, contratos íntegramente sometidos al régimen administrativo; la mayoría de los contratos que efectúa la Administración serán contratos administrativos, pero existen otros contratos regidos, al menos parcialmente, por el Derecho privado, civil o mercantil, o por el Derecho laboral (págs. 373-374)”.

También en cierto sector de la doctrina argentina no se comparte la posición de Dromi y Delpiazzo. *Ad exemplum*, Cassagne(2005) sugiere que el reconocimiento de la personalidad única del Estado no supone desconocer que éste pueda celebrar contratos, que de acuerdo a su objeto, puedan regularse predominantemente por normas de derecho privado o, que en contratos de naturaleza administrativa, se pueda aplicar, al menos, subsidiariamente “normas del Código Civil, pero adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo” (págs. 19-20). Por ello el jurista argentino propone dividir a los contratos de la Administración Pública, de acuerdo a la preponderancia del derecho público o del derecho civil o comercial en: a) contratos administrativos, b) contratos interadministrativos, y c) contratos parcialmente regidos por el derecho privado.

La distinción entre los contratos administrativos e interadministrativos se sostiene, en que al participar en éstos últimos entes del mismo carácter, esto es, públicos, la Administración no cuenta con las peculiares prerrogativas que revelan la supremacía estatal frente a la otra parte.

Mientras que, la diferencia entre los contratos administrativos y los contratos parcialmente por el derecho privado, radica en que mientras en los primeros, predomina la aplicación del derecho público, en los segundos si bien no se desaparece su regulación, sobre en aspectos referentes a la competencia, procedimientos de selección y formación de la voluntad de la Administración, en lo que tiene que ver al objeto del contrato, se regula por el derecho privado. Además, en los contratos parcialmente regidos por el derecho privado desaparecen las prerrogativas que tiene la Administración en los contratos administrativos en *stricto sensu*.

Cassagne (2005) complementa que “el grado de intensidad de aplicación del derecho público” dependerá, principalmente, de dos factores: a) del tipo de contrato, y b) del interés público en juego. En este sentido, se puede apreciar que las categorías contractuales expuestas no son rígidas, sino que su modulación se encuentra supeditada a diversas variables (económicas, políticas, sociales) que imposibilitan “sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos en sentido estricto” (págs. 19-20).

Si bien Dromi(1998) acepta la posibilidad de que existan contratos entre la Administración y un particular que se rijan “fundamentalmente por el derecho privado”, subraya que esto no justifica su consideración como un contrato de carácter privado, ya que existen elementos como la competencia, el procedimiento, la voluntad y la forma, que se rigen por el derecho administrativo. No obstante, existe un riesgo, en la identificación conceptual entre contratos administrativos y contratos de la administración; en virtud que la desigualdad jurídica, que subyace a los primeros, se extendería a todo contrato celebrado por la Administración con un particular.

Lo antes expuesto, obliga a rechazar no sólo la posición de Dromi(1998), sino a cuestionarlo, en razón de que el mismo autor argentino advierte que: a) “[l]os vínculos jurídicos de la Administración se rigen por el derecho público y el derecho privado en mayor o menor grado, según los caso; y, b) “[...] no es posible establecer terminantemente el límite donde deja de aplicarse el derecho público y donde comienza a regir el derecho privado” (pág. 295). Por consiguiente, si existe tal dificultad, por qué no aceptar al menos un concepto gradual de los contratos que celebra la administración, en lugar de adscribirse a una tesis tan radical, de afirmar que puede utilizarse indistintamente: contrato de la Administración o contrato administrativo.

Si se acepta la tesis de la gradualidad de los contratos que celebra la Administración sugerida anteriormente, asimismo, la afectación al principio de igualdad jurídica, será de tal carácter (gradual). En consecuencia, su intensidad aumentará, cuando se esté ante un contrato administrativo. Con lo cual las prerrogativas de la Administración frente al contratista se robustecerán, desapareciendo así uno de los principios transversales de la contratación civil, esto es, el principio de igualdad entre las partes.

Es evidente que como afirma Otto Mayer citado por (Brewer Carías, 1992)“si se parte demasiado rígidamente de que un contrato supone la igualdad entre las partes, puede entonces decirse que la administración no contrata”(pág. 15). Por ello, si bien como se dijo ciertos presupuestos legales y dogmáticos del Derecho Civil pueden servir como un auxilio supletorio tanto para la intelección del contrato administrativo como para la aplicación judicial en un caso determinado, esto no implica que su adopción tenga que ser íntegra y acrítica, sino que insoslayablemente se requiere una modulación y adecuación a los principios del Derecho público, fundamentalmente por la divergencia de “propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución”(Dromi, 1998, pág. 304).

En este sentido, resulta más adecuada la diferenciación planteada por Cassagne, y que se supedita a la proximidad o no de ciertos contratos a la esfera del derecho privado o del derecho público; variando, de acuerdo a ello, no sólo el régimen al cual se ven sometidas jurídicamente las partes, sino también, en razón, el grado de afectación a las condiciones de igualdad, que en el caso de los contratos propiamente administrativos, se intensifica, en virtud, de la potencial conculcación del interés público que prevalece respecto del interés particular.

En consecuencia, la taxonomía de Cassagne sugiere que entre los contratos de la administración pública y los contratos administrativos, existe una relación de género a especie.

1.1.3 Contratos administrativos

En un artículo académico intitulado *La figura del contrato administrativo* publicado en el año 1963, el eximio jurista español Eduardo García de Enterría, comenzaba expresando que: “El concepto de <<contrato administrativo>> es aún un concepto polémico” (García de Enterría, 1963). Se diría que luego de más medio siglo de su publicación, el debate doctrinal respecto de los contratos administrativos estaría caducado, sin embargo la polémica se mantiene vigente y se relaciona, primordialmente, con el criterio determinante para calificarlos como tales, y diferenciarlos así de otros tipos de contratos.

En este sentido se han formulado disímiles criterios con el fin de esclarecer conceptualmente los contratos administrativos, destacándose los siguientes: a) criterio subjetivo, b) criterio teleológico, c) criterio jurisdiccional, d) criterio voluntarista, e) criterio legal, f) criterio del servicio

público, g) criterio de la exorbitancia, h) criterio de la sustantividad, i) criterio mixto.

a) Criterio subjetivo

El criterio subjetivo se relaciona con la idea, de que la simple presencia de la Administración Pública como parte contratante define el carácter administrativo de un contrato; empero, como se expresó anteriormente, la Administración puede celebrar también contratos de naturaleza privada, que no se enmarcan perfectamente con los contratos administrativos en sentido estricto. Por este motivo la doctrina ha descartado el mencionado criterio, por cuanto, si el interés público que se persigue con determinada técnica contractual, resulta irrelevante, puede bien, la Administración valerse de contratos privados

b) Criterio teleológico

De conformidad con este criterio, lo que define un contrato administrativo, es la finalidad pública que se persigue con su celebración, es decir la satisfacción de necesidades colectivas impostergables. Así, la nota definitoria del contrato administrativo sería su vinculación con un interés público relevante. Tal elemento sería esencial no sólo para identificar un contrato administrativo, sino funcionaría permanentemente tanto en su ejecución como en su interpretación, justificando así el régimen jurídico especial que lo ampara(Cassagne, 2005).

c) Criterio jurisdiccional

En vista que las controversias que versan sobre los contratos que celebran las entidades del sector público las conocen y resuelven los jueces que integran jurisdicción contencioso-administrativa, se ha utilizado éste criterio como decisivo en la calificación de los contratos administrativos. Sin embargo, tal argumento ha sido refutado, en razón, de que la jurisdicción aplicable no es causa, sino “consecuencia de la disímil naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebra la Administración” (Cassagne, 2005, pág. 22).

d) Criterio voluntarista

Se ha sugerido que la calidad administrativa puede ser adjudicada por las mismas partes contractuales; sin embargo, tal calidad no depende de la voluntad de éstas últimas sino de la

finalidad que subyace al contrato, que incide en el régimen jurídico que lo regulará.

e) Criterio legal

Una alternativa, deviene de la supeditación de la naturaleza de cada contrato, a lo establecido por la legislación correspondiente, es decir, son contratos administrativos, los definidos por la ley. Mediante declaración expresa de una ley se podría determinar taxativamente qué contratos son o no de naturaleza administrativa; no obstante, tal criterio atractivo en la práctica se enfrenta en primer lugar con una realidad en perpetuo cambio que haría casi imposible, la especificación *a priori*, de todas las figuras contractuales que la Administración Pública utiliza para cumplir con sus fines. Además, la simple decisión legislativa no debería ser el único factor definitorio del carácter administrativo de un contrato, pues un desconocimiento de los principios y normas que caracterizan al derecho público por parte del legislador, podría producir una ley que adolece del “vicio de irrazonabilidad”, ante el cual siempre es posible, al menos impugnar su invalidez(Cassagne, 2005).

En suma, este criterio se enfrenta con una realidad dinámica, que complejiza, la reducción de los contratos administrativos a una clasificación abstracta, e invita más bien a valorar las circunstancias concretas que se presentan en un contrato para determinar si se trata o no de un contrato administrativo.

f) Criterio del servicio público

La idea del servicio público, desarrollada por la doctrina francesa, sirvió por años como nota definitoria del contrato administrativo, con lo cual el contrato cuyo objeto era la organización, funcionamiento y/o ejecución de un servicio público, revelaría su naturaleza administrativa. La crítica a este criterio, se sostendría: a) en su imprecisión e insuficiencia, debido, sobre todo, a la indeterminación semántica de la concepción del servicio público(Ariño, 2007); b) la posibilidad de que los agentes privados puedan gestionar servicios de carácter público, y c) la aplicación de un régimen público a actividades desvinculadas de la idea de los servicios públicos(García de Enterría, 2011).

No obstante, Cassagne(2005) advierte “que a partir de 1956”, merced a una decisión en el

“caso de los esposos Bertin” del Consejo de Estado francés, “la condición del servicio público” ha ido recuperando el lugar central que tuvo en la doctrina francesa, tal revivificación se relaciona con el “resurgimiento de la [figura de la] concesión de servicios públicos” (pág. 24).

g) Criterio de la exorbitancia

En esta ardua e incesante labor académica y jurisprudencial, a fin de encontrar una característica distintiva de los contratos administrativos, a fuer de las insuficiencias aludidas en los referidos criterios, surgió la idea, de que lo que define a un contrato administrativo, son las consabidas cláusulas exorbitantes al derecho común. Así, el establecimiento de éste tipo de cláusulas, tendría como efecto, no sólo convertir un contrato en administrativo, sino que también exteriorizaría una intención de someterlo al régimen del contrato público. No han faltado objeciones académicas a dicho criterio; así, verbigracia Ariño señala que también resulta impreciso e insuficiente:

“(…) porque, de nuevo, es confundir causa con efecto: un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorpora válidamente éstas por ser administrativo. Y, además, resultan aplicables, aun cuando no estén expresamente previstas en el Pliego de Condiciones, pues se entienden implícitas en todo contrato administrativo”(Ariño, 2007, pág. 96).

h) Criterio de la sustantividad

Según este criterio lo que define al contrato administrativo, es la existencia de una “sustancia o materia que es propia y específica del actuar de los órganos públicos” (Delpiazzo, 2005, pág. 207). Éste criterio ha sido objetado, debido a que si bien permite identificar ciertos contratos que por sus características son fácilmente vinculables con la actividad propia y peculiar de la Administración (*v.gr.* ejecución de obra pública, concesión de servicios públicos), en otro tipo de contratos se complejiza su análisis respecto a si éstos se relacionan o no con su “giro ordinario”.

j) Criterio mixto

En virtud a las evidentes dificultades académicas para configurar una teoría clara sobre el

contrato administrativo, que permita dilucidar su elemento diferencial, la jurisprudencia, la doctrina y la legislación han procedido a combinar algunos de los criterios antes aludidos. Es así, que la jurisprudencia francesa en su momento estableció como “signos principales” del contrato administrativo: a) el criterio de las cláusulas exorbitantes, b) el criterio del servicio público, y c) el criterio jurisdiccional (Jeze, 1949).

En la doctrina argentina Marienhoff también integró en su concepción del contrato administrativo, el criterio teleológico y el de las cláusulas exorbitantes. Empero, Cassagne(2005), arguye que tal concepción “es básicamente de naturaleza finalista, a pesar de su combinación con el criterio de las cláusulas exorbitantes”(pág. 27).

Las divergentes tesis académicas, han obligado, inclusive, en países como España, a establecer en su legislación respectiva tanto los que se consideran contratos típicos o nominados de la administración, como algunas notas definitorias del contrato administrativo. Ariño(2007) advierte que en caracterización legal española “resuenan (...) las posiciones doctrinarias de antaño”.

De esta modo en la Ley de Contratos del Sector Público, vigente en España, se dispone en el Art. 19, numeral 1, literales a y b que: “[t]endrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública (Ley de Contratos del Sector Público (España), 2011):”

“a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (...)

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley”.

1.1.3.1 Antecedentes históricos y naturaleza

La utilización de la técnica contractual por parte de los poderes públicos no es un fenómeno inédito, sino que se ha manifestado a lo largo de la historia, basta poner como ejemplos la proliferación de los “contratos de vasallaje” durante la época medieval, mediante los cuales se “privatiza las relaciones de poder”, y los “contratos de concesión de conquista y colonización”, que la Corona española empleó, con la finalidad de asegurarse la participación en los beneficios que acarreaban tales actividades (Parada, 2012).

No obstante, se trata de un fenómeno oscilante, y que se encuentra subordinado entre otras razones a la fortaleza o debilidad de la Administración Pública, a la eficiencia o ineficiencia de la burocracia en su gestión, al modelo económico que predomine en los Estados, y en algunos casos a crisis económicas que afectan la cobertura de los servicios públicos básicos por parte de la Administración Pública.

En este sentido, países en los cuales sus Estados presentan una institucionalidad endeble, han tenido que inevitablemente recurrir a la colaboración del sector privado, inclusive en áreas que por su naturaleza deberían ser satisfechas por el sector público, es decir, un factor determinante de la contratación pública, representa la necesidad de solventar las debilidades de éste último. Así, durante el período del Estado liberal decimonónico, en razón del surgimiento de burocracias públicas eficientes se retrajo aquella necesidad (Parada, 2012).

Si bien desde un plano empírico, como arriba se mencionó, a la técnica convencional, se ha recurrido históricamente, la doctrina fue bastante reticente en aceptar la idea de un vínculo jurídico-obligatorio entre el soberano y el contratista, puesto que, era impensable que el primero viera debilitado su *ius imperii*, al momento en que contrata con el segundo. De este modo emergió la teoría de la doble personalidad del Estado, o sea, a decir de Cormenin citado por (Parada, 2012) “[e]n los contratos el Estado no trata por vía de Autoridad y poder público, contrata como un particular con otro particular” (pág. 227). Dicha teoría, ha sido abandonada por la doctrina contemporánea, que reconoce que no existe tal duplicidad de la personalidad estatal, y, que por tanto, cuando emite un acto administrativo o contrata, la Administración goza de personalidad pública.

Por otra parte, la carencia de una burocracia eficiente, capacitada y responsable, ha coadyuvado en el incremento vertiginoso de un sinnúmero de contratos instrumentales, relacionados con asesoría o consultoría externa. Lo cual patentiza que el crecimiento del aparato burocrático por un lado no es una garantía *per se*, de una mejor satisfacción de los servicios de la colectividad, y por otro que ciertas funciones que deberían ser cumplidas directamente por el cuerpo de servidores públicos, que conforman la burocracia, debido a su ineptitud ha obligado a que se celebren contratos, muchas veces, innecesarios de asesoría y consultoría.

Como se puntualizó, la oscilación de la contratación pública, pende también del modelo económico vigente en cada uno de los países. De suerte que, verbigracia, un modelo de corte neoliberal, incentiva un sinnúmero de privatizaciones, que provoca lo que Parada (2012) denomina como <<externalización de funciones y servicios>>(pág. 228). La privatización de diversos servicios básicos esenciales, como la salud, la educación, en su momento se respaldó bajo la concepción, de que el Estado es un pésimo administrador, lo cual si bien no puede, en ciertos casos, desconocerse, la respuesta de despojarse de una de sus principales responsabilidades estatales, constituye un flagrante abandono de su fin legitimador, que es el de garantizar los derechos de toda la ciudadanía, que comprenden no sólo los de naturaleza liberal sino también los derechos sociales.

Respecto a las crisis económicas que afectan la cobertura por parte de la Administración Pública, justamente en el Ecuador la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (2009), en el considerando cuarto expuso como argumento de su expedición:

“Que se torna ineludible entrar en un proceso de privatización y concesión de servicios, con la finalidad de atenuar las cargas económicas que soporta el Presupuesto General del Estado y con el propósito de contar con recursos financieros que permitan atender la más apremiantes demandas de los sectores sociales más postergados”

Pero si la utilización histórica de la técnica convencional, de acuerdo a lo afirmado, no es reciente, se debe aclarar que el desarrollo y dilucidación conceptual de la figura del contrato administrativo como tal, emergió de la clásica distinción realizada por la doctrina francesa, entre

actos de autoridad y actos de gestión. El desarrollo de ésta doctrina se remonta al periodo revolucionario y napoleónico, y preconiza que los contratos administrativos, son una especie de actos de gestión, en los cuales la Administración se ve despojada del *imperium*, y desciende “al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos” (García de Enterría, 2011, pág. 711).

Dicha doctrina postula, además, que si bien se someten las discrepancias que surgen respecto a aquéllos, a la jurisdicción contencioso-administrativa, esto se debe, más a razones de índole pragmática antes que a supuestos de orden conceptual, debiendo por ello aplicarse para la resolución de tales desavenencias las normas materiales de Derecho Civil. Al respecto García de Enterría(2011) expresa que

“A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia (...) serán muy conscientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil” (pág. 712)

La formulación dual de actos de autoridad-actos de gestión develaba la doble personalidad que se le dio al Estado por muchos años, esto es, éste en los actos autoridad actuaba como <<poder>> y en los actos de gestión como <<persona jurídica>>;eso sí, al desconocerse la doctrina de la personalidad jurídico-pública, se entendía que el Estado actuaba como persona jurídica privada.

Sin embargo, el punto de inflexión o “salto dogmático” en “el intento de substantivación jurídico-material de la figura” del contrato administrativo, a decir de García de Enterría (2011) se produce al desplazarse en Francia la teoría de los actos de autoridad-actos de gestión aludida, merced al impulso académico por parte de la Escuela realista o de Burdeos, encabezada por los ilustres juristas franceses Duguit y Jéze, de la teoría del servicio público. Ésta teoría inspiró un verdadero cambio jurisprudencial que se refleja el *arrêt Terrier de 6 de febrero 1903* citado por (García de Enterría, 2011)en donde, el Consejo de Estado francés formuló el siguiente postulado:

“(...) todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de

autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa” (pág. 713)

En consecuencia, el papel de la doctrina del servicio público, fue decisiva en la consolidación de la figura del contrato administrativo, destacándose como se refirió la labor doctrinaria de uno de los más conspicuos administrativistas franceses, Gaston Jéze quien en palabras de Vedel (1959) citado por (García de Enterría, 1963) es “el padre de la teoría de los contratos administrativos, que él ha sacado casi de la nada” (pág. 108).

Empero, la insuficiencia del criterio material de servicio público, por las razones expuestas en el acápite 1.1.1, literal f), provocó la necesidad de encontrar otro criterio que identifique a los contratos administrativos, generándose la doctrina de las cláusulas exorbitantes, que son cláusulas inusuales en el derecho civil, y que cuyo establecimiento en un contrato privado sería considerado ilícito.

En relación con las cláusulas exorbitantes, Cassagne(2002) manifiesta que no debe confundirse con el régimen exorbitante que comprende no sólo las prerrogativas excepcionales, con las que cuenta la Administración sino también ciertas garantías sustantivas y adjetivas que tiene el administrado (sustantivas: de la igualdad, el principio de legalidad, la garantía de razonabilidad o justicia, concepto amplio de legitimidad, la garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos; adjetivas: el informalismo a favor del administrado y el debido proceso adjetivo), mismas que derivan de un “orden jurídico general” (págs. 24-37); en contraste con las cláusulas exorbitantes que provienen de un pacto.

En este orden de ideas, Cassagne(2002) complementa a *contrario sensu* de Dromi(1998) “que no existen las llamadas cláusulas exorbitantes implícitas en los contratos administrativos” (pág. 23), por lo que en caso de establecerse contractualmente, alguna de las prerrogativas de la Administración, esto no sería más que un “exceso formal” (pág. 24). En consecuencia, lo que resulta implícito, es el régimen exorbitante que abarca tanto las prerrogativas de la Administración como las garantías del administrado, y no las cláusulas exorbitantes que emergen del acuerdo de las partes.

En este momento, surge una interrogante de capital importancia: qué es una prerrogativa. Cassagne(2002) manifiesta que constituye “[...] un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado”, que no forma parte de la relación jurídica, sino que se encuentra “en un plano superior” a ésta (pág. 19). Dentro de las prerrogativas enunciadas por Cassagne, se encuentran las siguientes:

- 1) La creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales.
- 2) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrados.
- 3) El principio de la ejecutoriedad.
- 4) Prerrogativas relacionadas con la ejecución de los contratos administrativos.
- 5) Prerrogativas procesales.

Precisamente, hoy en día, la jurisprudencia francesa contemporánea con el fin de superar las deficiencias del criterio del servicio público, lo combina con el criterio de las cláusulas exorbitantes. Sin embargo, la idea de servicio público, ha sido subrogada por la de <<interés público>>, que semánticamente no es tan restringida como la primera, pues como se dijo, existe la posibilidad que la gestión de los servicios públicos sea realizada por operadores privados.

1.1.3.2 Definición

Las múltiples polémicas doctrinarias expuestas precedentemente revelan un panorama desalentador, a fuer de la complejidad de definir los límites conceptuales de la categoría jurídica del contrato administrativo. Empero, el que los criterios de calificación de un contrato administrativo sean heterogéneos, no obsta que como se sugirió puedan combinarse, con el objetivo de superar las deficiencias que existen al momento de formular concepción o teoría adecuada del contrato administrativo.

De los criterios esbozados, ocupa un lugar central el de carácter teleológico, en razón, de que la condición de administratividad de los contratos que celebra la Administración Pública, y por ende de la existencia de un régimen jurídico peculiar y exorbitante del Derecho civil, deviene principalmente de la finalidad sustantiva o de interés público relevante, que aquélla persiga con su celebración.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCNP), se puede reconocer la adscripción del ordenamiento jurídico ecuatoriano a la tesis legal, esto es, la consideración de administrativo o no de un contrato, se encuentra supeditada a lo expresado por la ley. De ahí que en el artículo 60 de la normativa mencionada, señala que “[l]os contratos a los que se refiere esta Ley [la LOSNCNP] celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos”.

En cambio el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) también esboza una definición, respecto de los contratos administrativos; pero que se vincula con el criterio subjetivo. Así pues, el artículo 75 del ERJAFE ha definido el contrato en los siguientes términos:

“Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”

En la doctrina ecuatoriana, Morales Tobar (2010) sugiere que la naturaleza público administrativa de un contrato pende del criterio jurisdiccional. Al respecto el administrativista ecuatoriano dice:

“En mi particular visión, es trascendente mirar la jurisdicción a la que se somete los actos de potestad y por tanto de prerrogativa de la administración, puesto que si están sujetos a la jurisdicción civil, no pasaran de ser contratos privados, como es el caso de pago de cánones de arrendamiento, pero si se tratase de concesiones o ejecución de obra, la jurisdicción debe ser la del Tribunal Contencioso Administrativo (...), cuestión que dice de la naturaleza público administrativa que tiene un contrato de Estado (...)”

No obstante, se encuentran falencias en las definiciones de contrato administrativo, que ofrecen tanto la LOSNCNP y el ERJAFE, al adscribirse a la tesis legal y a la tesis subjetiva, respectivamente; en razón de carecer del elemento teleológico, que es fundamental al momento de definir un contrato administrativo. En el caso de la nota definitoria que a juicio de Morales es “trascendente”, en relación al contrato administrativo, se puede insistir en la crítica que se señaló, cuando se hizo referencia al criterio jurisdiccional, esto es, la jurisdicción aplicable no

es causa, sino “consecuencia de la disímil naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebra la Administración” (Cassagne, 2005, pág. 22). Por consiguiente, se puede decir con Cassagne(2005) que:

“(…) los contratos resultan administrativos, en razón de su objeto o fin, cuando su contenido pertenezca a la función administrativa materialmente considerada, criterio que, en definitiva, se ubica en una línea similar a la del servicio público de la doctrina y jurisprudencia francesas (en sentido amplio) o a la del giro o tráfico de la Administración. A su vez, el fin público relevante y asumido por el derecho objetivo es el que determina la pertenencia de un determinado objeto o bien a la función administrativa aunque la contratación no persiga una finalidad pública inmediata (v.gr., contratos de uso del dominio público)” (pág. 30).

Finalmente, si bien la apertura semántica de conceptos como “función administrativa” e “interés público relevante”, impide determinar con claridad su alcance, aquello no es obstáculo para que dichos conceptos sirvan de ejes referenciales, eso sí armonizándolos con los principios y normas que establecen los ordenamientos jurídicos nacionales, y en especial las Constituciones de cada país, en las cuales instituyen los postulados transversales que orientan la actividad de los Estados.

1.1.3.3 Características

a) Es un acto bilateral

La bilateralidad reside en la necesidad de la concurrencia de las voluntades de una entidad pública contratante y la de un particular. De este modo las partes contratantes se obligan recíprocamente. El contratista puede ser una “persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas”.

b) Régimen jurídico peculiar

Los contratos administrativos debido a la finalidad pública que le subyace presentan un régimen jurídico especial, que comprende, como se mencionó las prerrogativas del poder

público y las garantías de los administrados. No obstante, tal régimen no es unitario ni puro, pues “[e]n toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla del Derecho Administrativo y el Derecho Privado” (García de Enterría, 2011, pág. 733)

c) Formalismo

La contratación administrativa se encuentra revestida de un sinnúmero de formalidades, relacionados tanto con la forma como con sus procedimientos. Respecto de la forma, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública(2014), en su artículo 68, numeral 4 dispone como requisito de los contratos que regula ésta ley: “[l]a formalización del contrato (...)”. Las exigencias se atenuarán o intensificarán de acuerdo a la modalidad contractual o de la cuantía, pudiendo requerirse desde su otorgamiento mediante escritura pública a un simple documento escrito. La ejecución del contrato, no puede iniciarse sin la previa celebración o formalización de dichos instrumentos (Art. 69).

d) Carencia de libertad contractual

Por el lado de la Administración, la merma de la libertad contratación se patentiza, en virtud de que ésta se encuentra compelida a seguir, inevitablemente, los procedimientos de selección y contratación regulados por la ley correspondiente. El contratista también se encuentra constreñido tanto por la ley como por la existencia de los conocidos *pliegos*, que son documentos precontractuales, en los cuales se definen las condiciones que la administración le impone observar a aquél, “lo que hace –a decir de Gordillo- que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión” (Gordillo, 2013, pág. 29).

e) Desigualdad jurídica de las partes

Debido al interés público, que se ha venido insistiendo, contienen los contratos administrativos, la Administración tiene una serie de facultades regulatorias del contrato, ya sea para adaptarlo a las necesidades públicas, ejecutarlo cuando se presenta algún incumplimiento o moral del contratista, o dejarlo sin efecto unilateralmente, en razón de su incumplimiento o porque los intereses de la colectividad lo exigen. Otro de las prerrogativas que inciden en la desigualdad contractual se vincula con el “privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva”, que le permite,

previo al conocimiento jurisdiccional

“(…) decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas(…) El co-contratante debe obedecer y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico”(Gordillo, 2013, pág. 31).

En definitiva, la dilucidación conceptual del contrato administrativo permite identificar algunos de los caracteres que lo singularizan, y que fundamentalmente son los siguientes: a) es un acto jurídico bilateral, en el cual participa por un lado una entidad contratante y por otro un particular; b) tienen un régimen jurídico peculiar no unitario, es decir, de acuerdo a la finalidad pública, se puede intensificar o atenuar la aplicación del Derecho administrativo, y en ciertos casos el Derecho privado puede cumplir un función supletoria; c) es formal, pues, la legislación de contratación pública establecen un sinnúmero de requisitos o exigencias que deben observarse previo a su ejecución, verbigracia, su otorgamiento mediante escritura pública; d) existe una restricción de la libertad contractual, no sólo de la Administración, la cual está sujeta a rígidos procedimientos de selección y contratación, sino también del contratista, a quien en los pliegos se le establecen ciertas condiciones, a las cuales inevitablemente debe someterse si pretenda contratar con el Estado; y, e) se presenta una desigualdad jurídica, en razón de que la Administración se encuentra investida de una serie de prerrogativas.

1.1.3.4 Clases de contratos administrativos

Debido a una realidad dinámica y cambiante, es complejo establecer una taxonomía taxativa de contratos administrativos. No obstante, existen ciertas categorías contractuales que las legislaciones han venido tipificando y la doctrina ha ido perfilando sus caracteres, facilitando así, su consolidación e identificación. Se pueden destacar los siguientes:

1.1.3.4.1 Contrato de obra pública

En este contrato la entidad contratante acuerda con el contratista, la realización o ejecución de un bien que ostente la naturaleza inmueble, a saber: carreteras, puertos, canales, presas,

edificios, aeropuertos, etc. Es un contrato típico y uno de los más importantes para la Administración Pública, puesto que le permite contar con obras de infraestructura para satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad.

1.1.3.4.2 Contrato de suministro

Este contrato tiene por finalidad adquirir o arrendar bienes muebles, que incluye al arrendamiento mercantil con opción de compra. El artículo 6, numeral 5 de la LOSNCP señala que “cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes”. La diferencia del contrato de suministro con el de obra pública reside en su objeto, pues éste último recae sobre bienes inmuebles.

1.1.3.4.3 Contrato de concesión de obra pública

Tienen por objeto encomendar a un contratista particular la construcción, reparación, restauración de un bien nacional de uso público, a riesgo y ventura de éste. El contratista-concesionario recibe como contraprestación una retribución económica (precio o tarifa), por un plazo determinado, que puede provenir de la explotación de la obra construida por aquél, con el fin de amortizar el capital utilizado y demás gastos. En todo caso, la Administración tiene el deber de fiscalizar la obra, con el fin de que se cumplan los requerimientos pactados, pudiendo disponer la terminación de la concesión por razones sobrevinientes de interés público.

1.1.3.4.4 Contrato de consultoría y asistencia técnica

Tienen por objeto evaluar o elaborar estudios, informes, planes y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Incluye, asimismo, la dirección, supervisión, control de proyectos ex ante y ex post, así como, servicios de asesoría y asistencia de naturaleza técnica.

1.1.3.4.5 Contrato de servicios

Esta figura contractual puede ser complementaria de los antes descritos, y se asocia generalmente a actividades de mantenimiento de bienes o equipos, como por ejemplo equipos médicos.

La presencia de contratos típicos o nominadas en el ámbito administrativo, no debe sugerir que se agotan en éstos, pues como se mencionó, la realidad es tan dinámica, que impide establecer de una vez y para siempre, una taxonomía acabada de los contratos administrativos. Así pues, aquí nuevamente el criterio de interés público nos sirve como pauta para distinguir un contrato administrativo de uno que no lo es.

1.2 Subdivisión de contratos

1.2.1 Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador

En el considerando primero de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) se justifica la necesidad de la creación de tal Sistema, por razones de articulación y armonización institucional. El artículo 7 de dicha Ley lo define como “(...) el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes”. Lo que se persigue con este sistema, es, por un lado dotar a la contratación pública de “procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicos”, y por otro, permitir una amplia e inclusiva participación en aquéllos por parte de las personas naturales y jurídicas.

1.2.1.1 Clases y montos de contrataciones

Los procedimientos de contratación se encuentran regulados en el título III de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y difieren de acuerdo a los bienes o servicios requeridos por una entidad contratante, o a la cuantía del contrato. Tal normativa reconoce distintos procedimientos: a) las compras por catálogo, b) la subasta inversa (procedimientos dinámicos); c) la licitación, d) la cotización, e) de menor cuantía, f) ínfima cuantía, y, g) procedimientos especiales.

1.2.1.1.1 Las compras por catálogo

Proceden respecto de bienes y servicios normalizados, esto es, aquellos “cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados”. Para el efecto el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) selecciona los proveedores, cuyos bienes y

servicios serán ofertados en el catálogo electrónico para su contratación directa, aplicando los convenios marco. Las entidades contratantes se encuentran obligadas a consultar dicho catálogo previo a adquirir algún bien o servicio, y sólo si no encuentra catalogado lo requerido, “podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios” (Art. 46).

1.2.1.1.2 La subasta inversa

Procede, asimismo, para la adquisición de bienes y servicios normalizados, pero que no constan en el catálogo electrónico creado por el SERCOP y publicado en el Portal de Compras Públicas. En éste procedimiento “los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado” (Art. 47). Es decir, la entidad contratante “fija un tipo de licitación y a aquel que ofrezca realizar el objeto del contrato por un precio menor automáticamente se le adjudica” (Martín Mateo, pág. 381). En caso de existir una sola oferta técnica calificada, se prescinde de la puja mencionada, pero en su lugar se realizará una sesión de negociación entre la entidad contratante y el oferente, a fin de mejorar la oferta presentada por el proveedor.

1.2.1.1.3 La licitación

“Es un procedimiento administrativo por el cual la Administración [entidades contratantes] invita a los interesados a que, sujetándose a las bases, formulen propuestas, de las cuales se selecciona y acepta la más ventajosa” (Poblete Vinaixa, 2008). En el Ecuador se utiliza en las siguientes situaciones (Art. 48):

- 1) Cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos *supra* explicados, o cuando aplicados, se hubieren declarado desiertos; “siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 48.1).
- 2) Cuando se trate de contratos de adquisición de bienes o servicios no normalizados, a excepción de los de consultoría -que cuentan con un régimen de contratación

especial (Arts. 37-42)-. El requisito del presupuesto referencial es similar al arriba señalado.

- 3) Cuando se trate de contratos de obra pública, siempre que “su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar 0,00003 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”.

1.2.1.1.4 La cotización

Es un procedimiento mediante el cual se “invita a presentar ofertas a por lo menos cinco proveedores registrados en el RUP escogidos por sorteo”; sin embargo, esto no obsta a que pueda participar otra persona natural o jurídica que tenga interés, siempre y cuando, se encuentre registrada en el RUP. Se aplica en los siguientes casos:

- 1) Cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos, o cuando aplicados, se hubieren declarado desiertos; “siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 50.1).
- 2) Cuando se trate de contratos de adquisición de bienes o servicios no normalizados, a excepción de los de consultoría -que cuentan con un régimen de contratación especial (Arts. 37-42)-; cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 50.3).
- 3) Cuando se trate de contratos de obra pública, siempre que “su presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 50.2).

1.2.1.1.5 El sistema de menor cuantía

Permite la contratación directa o la adjudicación de un contrato mediante un sorteo entre los

proveedores interesados y que se encuentren registrados en el RUP. Se aplica:

- 1) Cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos, o cuando aplicados, se hubieren declarado desiertos; “siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 51.3). En el presente caso, se puede contratar directamente
- 2) Cuando se trate de contratos de adquisición de bienes y servicios no normalizados, a excepción de los de consultoría, siempre que “presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 51.1). En el presente caso, se puede contratar directamente. De igual modo que el caso anterior, procede la contratación directa.
- 3) Cuando se trate de contratos de obra pública, “cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art.51.2). En este caso, la adjudicación del contrato se efectúa mediante sorteo público entre los interesados, para lo cual los proveedores deben estar registrado en el RUP (Registro Único de Proveedores).

1.2.1.1.6 El sistema de ínfima cuantía

Permite la contratación directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, si necesidad de que éste, se encuentre habilitado en el RUP, y procede:

- 1) Para los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, a excepción de los de consultoría “cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 52.1.1).
- 2) Para los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, a excepción de los de consultoría, “que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”. (Art. 52.1.2).

- 3) Para los contratos de obra “que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente, cuyo presupuesto referencial sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico” (Art. 52.1.3)

1.2.1.1.7 Procedimientos especiales

Además de los procedimientos señalados, existen algunos que tienen características especiales, como la contratación integral por precio fijo, las contrataciones en situaciones de emergencia, contrataciones para la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles.

1.2.2 Estudio conceptual de subdivisión de contratos

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) con el propósito de evitar la discrecionalidad y disipación de los recursos públicos por parte de las entidades contratantes, establece los principios y normas a los cuales éstas últimas deben supeditarse durante los procedimientos de contratación concernientes a: la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras públicas y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría (Art.1).

No obstante, en ocasiones, tales principios y normas resultan infringidos por las entidades contratantes, al momento de subdividir el objeto de un contrato. Es decir, dichas entidades fraccionan la prestación que éstas obtienen, que como es sabido determina la cuantía de un contrato, misma que como se apreció al momento de referirnos a los procedimientos contemplados por la ley, constituye un criterio delimitador del procedimiento de contratación que deben observar todas las entidades contratantes.

Lo que se busca, generalmente, mediante la subdivisión del contrato, es que los contratos resultantes no superen los montos exigidos por el procedimiento de licitación, y así poder acceder a un cauce procedimental más simplificado, como la contratación directa, carente de las complejidades del primero. En suma, con dicha figura se persigue eludir los procedimientos

de selección subjetiva y los demás requisitos que establece la ley, pretiriendo de este modo los principios transversales que inspiran la contratación pública.

En efecto, los principios de la contratación pública se ven vulnerados al momento de celebrarse directamente una serie de contratos, que presentan unidad de su objeto, y que debido a la suma de sus cuantías imponían a la entidad contratante a llevar adelante un procedimiento de licitación.

En base a lo expuesto se puede esbozar la siguiente definición de la subdivisión de contratos: Se trata de una conducta fraudulenta y/o de un vicio administrativo que consiste en el fraccionamiento artificial de la unidad natural del objeto contractual a fin de soslayar los procedimientos de contratación correspondientes de acuerdo a su cuantía.

1.2.2.1 Prohibición de subdividir contratos

La figura de la subdivisión del contrato se encuentra expresamente prohibida por la vigente LOSNCP. En efecto, en el segundo inciso de la segunda disposición general de dicha normativa, se especifica que: “El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Sin embargo, tal prohibición no es de carácter absoluto, pues en el último inciso de la misma disposición mencionada, se reconoce un supuesto en el cual si bien existe subdivisión de contratos, no se configura un fraccionamiento indebido. Así, se expresa que:

“Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo tal que garantice la unidad del proyecto”.

En este orden de ideas, se puede aseverar que la subdivisión de contratos no siempre es ilícita, por lo que a fin de determinar si lo es, resulta necesario constatar, si las prestaciones que se precisan contratar, tienen propiedades peculiares o disímiles entre sí, que impiden

realizar un solo proceso de selección; pues, en caso de no existir una vinculación prestacional, “corresponderá, en principio, efectuar tantos procesos de selección como bienes requieran contratarse” (Morante Guerrero, 2013, pág. 2).

Por consiguiente, es complejo, determinar en abstracto si existe o no subdivisión de contratos. No obstante, es responsabilidad de cada entidad contratante, de acuerdo a la especificidad de la prestación, definir si hay vinculaciones entre los objetos de contratación, que la obliguen a realizar un procedimiento de selección único, o procedimientos de selección múltiple. Tal valoración, la entidad contratante debe efectuarla, en lo posible, durante el desarrollo y formulación del Plan Anual de Contratación, que según el artículo 22, inciso segundo, de la LOSNCP debe ser publicarlo obligatoriamente en su página Web “(...) dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año (...)”.

Empero, es razonable que muchas veces, con posterioridad se presenten contingencias o requerimientos que no pudieron preverse completamente en la planificación institucional anual original, siendo forzoso la realización de revisiones o reformas que en los mismos términos anteriores, deben ser publicadas. La importancia de dicha planificación radica, en que sirve de presupuesto de análisis, para establecer si existe o no subdivisión. Pero como se afirmó, la subdivisión no es criterio suficiente de su ilegalidad. De ahí que sea necesario señalar el supuesto de hecho generador que incide en la configuración de subdivisión o fraccionamiento indebido.

1.2.2.2 Hecho generador de la subdivisión de contratos

Uno de los criterios básicos para establecer la existencia o no de la subdivisión de contratos en un caso específico, es el de *unidad operativa o funcional*. Éste concepto se relaciona con la inescindibilidad que existe entre diversos objetos contractuales, en razón de que, de su vinculación depende “el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato” (Consejo de Sindicatura, 2012). Si, a pesar de existir tal vinculación, se disgrega el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto, se está frente a una subdivisión de contratos.

1.2.2.3 Efectos de la subdivisión de contratos

La figura de la subdivisión de contratos presenta efectos de índole objetiva y subjetiva.

1.2.2.3.1 Efectos objetivos

La subdivisión indebida de los contratos vulnera claramente algunos de los principios que inspiran la contratación pública, y que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública reconoce en el artículo 4, a saber: de legalidad, trato justo, igualdad, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, participación nacional. Además, el artículo 5 establece que tales principios gozan de una eficacia hermenéutica respecto de los procedimientos y los contratos sometidos a LOSNCP.

Por otro lado al existir prohibición expresa de subdividir los contratos, de conformidad de la segunda disposición general de la LOSNCP, faculta a “la máxima autoridad de la entidad contratante a declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista”. También la Ley señala que:

“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” (Art. 64)

Sin embargo, en ocasiones, la subdivisión de los contratos se realiza con la connivencia de la máxima autoridad de la entidad contratante, manteniéndose incólumes, los contratos a pesar de las irregularidades.

Pero existe otra salida. El numeral 3 del artículo 65, dispone como una causal de nulidad de los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas”. La subdivisión contractual, al eludir los procedimientos que corresponden al objeto y la cuantía del contrato, prescinde de las formalidades que deben observarse al contratar, por lo que se encuadra en la causal señalada.

En tal escenario la ciudadanía y las instituciones de control juegan un papel trascendental. Es así, que la denuncia sobre contratos con vicios de nulidad, puede ser presentada por “cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato (...)”

1.2.2.3.2 Efectos subjetivos

A más de los efectos objetivos, la segunda disposición general de la LOSNCP precisa que, en caso de determinarse un perjuicio al Estado o la entidad contratante, la Contraloría General del Estado tiene la prerrogativa de remover del cargo a los funcionarios o empleados que tomaron la decisión de subdividir indebidamente los contratos, y de establecer, de ser el caso, responsabilidades civiles culposas o indicios de responsabilidad penal.

Por consiguiente, la subdivisión de contratos acarrea consecuencias objetivas y subjetivas. La objetiva se encuentra relacionada con la nulidad de los contratos celebrados por la entidad contratante, en la cual juegan un papel fundamental la ciudadanía en su denuncia, y el Procurador en la prosecución de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual es competente en estos casos. Por otro lado, la subjetiva afecta al servidor, funcionario o empleado que tomó la decisión de subdividir, al cual la Contraloría General del Estado, puede remover de su cargo, y de ser el caso determinar responsabilidades civiles, o indicios de responsabilidad penal.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LA SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Responsabilidad de los servidores públicos

2.1.1 Actuación de los servidores públicos

La administración pública para la efectivización de sus fines requiere inevitablemente de un conjunto de servidores públicos, esto es, de una burocracia. Del comportamiento o conducta de aquéllos depende la satisfacción de necesidades, que por su importancia requiere de una competencia, responsabilidad y eficiencia acreditada.

De ahí que en el Ecuador el cauce de ingreso al servicio público, sea generalmente, el concurso de méritos y oposición. Sin embargo, a pesar de su formulación expresa, incluso en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el artículo 228, no ha sido óbice suficiente para evitar las funestas prácticas de favoritismos y discrecionalidades.

La inobservancia de la norma constitucional, que claramente advierte que “[e]l ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley (...)”, puede provocar un acrecentamiento del aparato burocrático más en cantidad que calidad, lo cual se traduce, de cierta manera, en una gestión ineficiente e inadecuada de los servicios a la colectividad.

No obstante, el servidor público se encuentra a actuar de forma ética y profesional, si no quiere incurrir en responsabilidades que provienen de sus acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. A continuación se estudiará, precisamente, las responsabilidades funcionariales.

2.2 Clases de responsabilidad de los servidores públicos

El primer inciso del artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (Constitución), señala que “[n]inguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones (...)”. Se expresa en plural el vocablo <<responsabilidades>>, pues se reconoce la triple dimensión que posee esta categoría jurídica, esto es: civil, penal y administrativo. En consecuencia, un funcionario puede ser sancionado disciplinariamente, con una multa o destitución; civilmente, con un sanción de carácter indemnizatorio; y, penalmente, si su

conducta se encuadra en los delitos contra la eficiencia de la administración pública (peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión), con una sanción privativa de libertad.

La definición de servidoras y servidores públicos se encuentra establecida tanto en el primer inciso del artículo 229 de la Constitución como en la Ley Orgánica del Servicio Público (2010). Al respecto en el artículo 4 de ésta última, se considera que son “(...) todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”. De conformidad con el artículo 225 de la Constitución de 2008, el sector público comprende:

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

La Constitución en el artículo 221.2 y el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que ésta es el órgano encargado de “[d]eterminar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspecto y gestiones sujetas a su control (...)”

2.2.1 La responsabilidad administrativa

Esta responsabilidad deviene de la actuación u omisión administrativa de los servidores públicos, en virtud de transgresiones a normas específicas y características de la función pública. Se traduce, generalmente, en la destitución y/o multa del servidor público que cometió la falta. La sanción dependerá, entre otros criterios: de la gravedad de la falta, de la acción u omisión, de la cuantía de los recursos comprometidos, y de la reiteración en la falta. Lo cual deberá ser debidamente analizado por la Contraloría, respetando las garantías del debido proceso al servidor público.

No obstante, en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se establecen una serie de causales por las cuales incurrirían en responsabilidad administrativa culposa no sólo los servidores públicos, sino también autoridades y dignatarios, de las cuales se pueden destacar las siguientes: abuso de su cargo, exigir dinero o dádivas para cumplir sus funciones, no proporcionar información de manera oportuna a los auditores gubernamentales o a otras entidades de control y fiscalización, permitir la violación de la ley, entre otras.

Una vez impuesta la o las sanciones de destitución y/o multa, mediante resolución de la Contraloría General del Estado, la correspondiente autoridad nominadora de la entidad estatal, al cual se encuentre sometido el servidor público sancionado, para lo si su imposición proviene de un examen de auditoría, no es necesario “la instauración de un sumario administrativo”. En caso de que la autoridad nominadora no ejecuta la decisión de la Contraloría, sea el sujeto pasivo de la sanción o se encuentre involucrado una persona de derecho privado o terceros, la misma la puede ejecutar directamente la misma Contraloría. A nivel administrativo la decisión de la Contraloría es irrecurrible, pero se mantiene abierta la posibilidad de que sea impugnada ante jurisdicción contencioso-administrativa.

2.2.2 La responsabilidad civil

Proviene de la actuación u omisión dolosa o culposa del servidor público, que lesiona los bienes y derechos de un tercero. Cuando el perjuicio se produce al patrimonio del erario público, se está frente a una responsabilidad patrimonial. Ivanega subraya que el criterio diferenciador de la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial, reside en el “sujeto lesionado”, en la primera es un tercero “ajeno a la administración”, y en la segunda es la administración(Ivanega, 2007, pág. 168).

En el Ecuador, de conformidad con el artículo 212, numeral 2 de la Constitución, la institución encargada de determinar, mediante resolución, la responsabilidad civil culposa de autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores públicos, es la Contraloría General del Estado. Para el efecto dicho organismo se vale de los resultados de la auditoria gubernamental, que analiza, entre otras cosas, si se produjeron perjuicios en el desempeño de sus funciones. Una vez que se determina mediante resolución la responsabilidad civil, y ésta se ejecutoría, la Contraloría

tiene la facultad de solicitar al juez competente que dictamine medidas cautelares civiles en contra del sujeto responsable, “a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos”(Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2009).

Como se sabe en la apreciación del carácter doloso o culposo, el elemento definitorio es la intención o no de dañar. En el caso de responsabilidad civil culposa, si bien no se presenta la intención, y responde más bien a razones de impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia, no desaparece la obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico producido por el servidor público o un tercero frente a las instituciones estatales afectadas. En este caso, la culpa debe ser probada por quien la alega (carga de la prueba).

El artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado define como tercero a “(...) la persona natural o jurídica privadas, que, por su acción u omisión, ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de su vinculación con los actos administrativos de los servidores públicos”.

2.2.2.1 La glosa y la orden reintegro

La glosa y la orden de reintegro son formas de establecer el perjuicio económico causado al Estado o a sus instituciones, y se encuentran reguladas en el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En el caso de la glosa de responsabilidad civil culposa, ésta se notifica a las personas implicadas, “concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes”, fenecido éste plazo, la Contraloría General del Estado debe emitir su resolución.

Cuando se produce un pago indebido, el perjuicio se establece a través de órdenes de reintegro. La legislación ecuatoriana señala que “[s]e tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo

parcialmente”. La orden de reintegro la expide la Contraloría General del Estado, y la notifica a los sujetos responsables, a éstos se les concede un “plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro”. No obstante, dichos sujetos dentro del plazo aludido pueden solicitar a la Contraloría General del Estado, “la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan” .

En un plazo de treinta días de solicitada la reconsideración la Contraloría General del Estado, debe pronunciarse mediante resolución, misma que es definitiva, pero que bien puede impugnarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez ejecutoriada ya sea la resolución en el ámbito administrativo o la sentencia en el ámbito jurisdiccional, si no se realiza el reintegro respectivo, la Contraloría “dispondrá la emisión del título de crédito al organismo competente o lo hará por sí misma”, mediante la jurisdicción coactiva.

2.2.3 La responsabilidad penal

El sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado se encuentra bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, la cual según el artículo 271 de la Constitución “(...) es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales (...)”. Tal sistema se encuentra compuesto de un *control interno* que lo efectúan las mismas instituciones del sector público y las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos; y un *control externo*, cuya competencia reside en la Contraloría General del Estado y otras entidades de control “en el ámbito de sus competencias”.

El control externo que realiza la Contraloría General del Estado, lo ejerce a través de la auditoría gubernamental. En base a los resultados que se desprende de ésta, y que se contiene en actas o informes, dicho organismo tiene la potestad exclusiva de determinar indicios de responsabilidad penal.

Una vez que se establecen indicios de responsabilidad penal, por las conductas a las que se refiere el Código Orgánico Integral Penal, y que se relacionan principalmente con los siguientes figuras penales que son típicas de los servidores públicos como: el peculado, el enriquecimiento ilícito, el cohecho y la concusión, calificados generalmente como *delitos contra*

la administración pública; se procede del siguiente modo.

En primer lugar el auditor Jefe de Equipo que intervino en el correspondiente examen de auditoría, “previo visto bueno del supervisor”, hace conocer el informe ya sea al Contralor General o a uno de sus delegados, quienes después de aprobarlo lo remiten a la Fiscalía General del Estado, la cual ejerce la acción penal pertinente. En caso de ser procedente el Fiscal resuelve el inicio de la instrucción y solicita al juez las medidas cautelares que considere oportunas. De conformidad con el inciso segundo del artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las actuaciones que establecen indicios de responsabilidad penal son inimpugnables.

Está por demás decir, que además de los delitos característicos del servidor público, existen otros de índole común, que acarrean su responsabilidad penal, y que deviene de los delitos en los cuales podría incurrir cualquiera de los ciudadanos (i.e. violación, homicidio, etc.). Pero a continuación se precisará, solamente, algunas de las figuras delictivas más trascendentes a nivel funcional, y que el Código Orgánico Integral, designa como *delitos contra la eficiencia de la administración pública*.

2.2.3.1 Peculado

Hay que decir que el peculado en el Ecuador no se circunscribe a una determinada conducta, ni lo cometen solamente las y los servidores públicos. En efecto, en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal se fijan, al menos, cinco conductas que configuran el delito de peculado, que como se verá comprende también como sujetos activos a personas particulares.

- a) Las y los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad en alguna de las instituciones del Estado, que en beneficio propio o de terceros: abusen, se apropien, distraigan, o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas de títulos, así como de documentos en su poder en razón de su cargo, son sancionados con una pena privativa de libertad que va de 10 a 13 años.
- b) Las y los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad en

alguna de las instituciones del Estado, que en beneficio propio o de terceros utilicen a trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público y/o bienes del sector público, cuando represente lucro o incremento patrimonial en los sujetos mencionados, son sancionados con una pena privativa de libertad de 5 a 7 años (PECULADO DE USO).

- c) Las y los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad en alguna de las instituciones del Estado, que en beneficio propio o de terceros se aprovechen de: estudios, proyectos, informes, resoluciones y demás documentos; calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido, son sancionados con una pena privativa de libertad de 5-7 años.
- d) Los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados, miembros o vocales de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o de entidades de economía popular y solidaria, que abusando de las funciones propias de sus cargos: dispongan fraudulentamente, se apropien, o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero, son sancionados con una pena privativa de libertad de 10 a 13 años.
- e) Cualquier persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, incluyéndose a los beneficiarios y quienes presten su nombre para beneficio propio o de un tercero en tal ilícito, son sancionados con una pena privativa de libertad de 7-10 años.

Además de la sanción privativa de libertad que reciben quienes cometen el delito de peculado, el Código Orgánico Integral Penal, en el último inciso del artículo 278, expresa que las y los sentenciados por las conductas antes descritas “quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera”

Finalmente, la Constitución de la República del Ecuador, en el inciso segundo del artículo 233, establece que el delito de peculado en el Ecuador es imprescriptible tanto en la acción como en la pena. En relación con aspectos adjetivos de tal delito, se debe señalar, que el informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción, y que ésta se iniciará y continuará “incluso en ausencia de las personas acusadas”.

2.2.3.2 Enriquecimiento ilícito

El enriquecimiento ilícito es otro de los tipos penales que el Código Orgánico Integral Penal, como se advirtió, califica como *delito contra la eficiencia de la administración pública*. Esta figura delictiva se encuentra tipificada en el artículo 279 de dicho Código. Los sujetos activos son “las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad pública en alguna de las instituciones estatales”. La conducta sancionada es la obtención “para sí o para terceros de un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función”.

En el mencionado artículo, además, se señala que el enriquecimiento ilícito se configura “no solo cuando el patrimonio” de los sujetos activos “se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones”. La pena privativa de libertad depende del monto del ilícito:

- a) Cuando supera los cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena es de 7-10 años.
- b) Cuando supera los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, pero no sobrepasa los cuatrocientos salarios; la pena es de 5-7 años.
- c) Cuando no supera los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena es de 3-5 años.

El enriquecimiento ilícito comparte las características aludidas respecto del peculado, esto es, a) el informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, constituye un presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, b) es imprescriptible tanto en la acción como en la pena; y, c) se puede perseguir su sanción,

inclusive en ausencia del acusado.

2.2.3.3 Cohecho

En relación a este tipo penal, hay que decir, en primer lugar que castiga la corrupción del servidor público, resguardando así la administración pública frente a la venalidad de éste último. Se trata de un <<delito de convergencia>>, pues no puede configurarse el cohecho pasivo sin la existencia del cohecho activo, esto es, se presenta por un lado un servidor público que recibe o acepta, por sí o por interpuesta persona un “beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero”, y por otro un particular o un servidor público que da u ofrece tal beneficio.

El Código Orgánico Integral Penal establece una gradualidad de la pena de acuerdo a la actuación del servidor público. Así, si éste recibe o acepta dinero o cualquier otra dádiva, pero no ejecuta el acto ya sea de “hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones”, la pena privativa de libertad impuesta al servidor público va de uno a tres años. En caso, de que ejecute tal acto o no realice el acto debido, la pena se incrementa de 3 a 5 años. Finalmente, si el cohecho se vincula con el cometimiento de otro delito, la pena puede ir de 5 a 7 años.

Pero, el Código Orgánico Integral Penal no sólo prevé tales sanciones al servidor, sino también al tercero que participó en la configuración del cohecho. A éste último se lo castiga “con las mismas penas señaladas para los servidores públicos”. De igual modo que el peculado y el enriquecimiento ilícito, es imprescriptible.

2.2.3.4 Concusión

El delito de concusión tiene como medio el abuso de poder, y como fin la exacción ilegal de un beneficio material. Al igual que en el delito de cohecho *supra* descrito, es imprescriptible y se lesiona el bien jurídico administración pública, sin embargo se distingue debido a que en el cohecho el tercero consiente espontáneamente en la entrega del beneficio económico, mientras que en la concusión, media el miedo al poder público.

Sin embargo, el servidor público puede utilizar artificios sutiles o violentos para la consecución

de gratificaciones indebidas: en la primera situación la pena privativa de libertad es de 3 a 5 años; en el segundo escenario, es decir, cuando intervengan amenazas o violencias, la pena aumenta de 5 a 7 años. Empero como advierte Donna(2001)

“El hecho, sin embargo, aparece difícil de distinguir en la práctica, donde el punto es si el particular es un corruptor que merece ser castigado, o es una víctima de la maldad ajena, dado que el empleado venal no pide, sino que da a entender que recibiría; no amenaza, pero hace que teman su poder”(pág. 339)

2.3 Caso de subdivisión de contratos administrativos con determinación de responsabilidades en el Ecuador

Como se analizó, existen distintos procedimientos de contratación, que difieren en sus exigencias de acuerdo al objeto del contrato y a la cuantía de éste, siendo criterio referencial un coeficiente determinado, que se lo multiplica por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (LOSNCP). Así se presentan casos en los cuales, por su cuantía se permite contratar directamente con el proveedor, sin necesidad de observar las severas formalidades que se establecen, verbigracia, en un proceso licitatorio.

De esta manera, la entidad contratante puede valerse de los procedimientos de contratación de menor e ínfima cuantía, siempre que se cumplan los requisitos y se encuadren en los casos que se establecen en los artículos 51 y 52.1. La diferenciación procedimental realizada por la LOSNCP respecto a la contratación pública, responde a razones de eficiencia y agilidad, que en algunas circunstancias justifican un procedimiento más simplificado, en virtud de la reducida cuantía del objeto contractual o también por situaciones de emergencia.

Sin embargo, bajo la censurable alocución latina *inventa lege, inventa fraude*: 'hecha la ley, hecha la trampa', tales modalidades de contratación de manera permanente han sido desvirtuados por las entidades contratantes, al ser empleadas inadecuadamente, y con un propósito premeditado de eludir procedimientos pre-contractuales que forzosamente deberían observarse. Así, muchas veces, se decretan sin motivación suficiente estados de emergencia, o se subdividen contratos para sortear la licitación.

Es importante mencionar que a fin de optimizar la fiscalización de la subdivisión indebida de contratos, las entidades contratantes deben remitir de manera trimestral al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), “un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas” (Art. 52.1); y, en caso de que detecte alguna irregularidad al respecto debe poner en conocimiento de los organismos de control, para que ésta inicien las acciones correspondientes. Es decir, tiene la obligación de informar tanto a la Procuraduría como a la Contraloría General del Estado (Art. 5).

A la Procuraduría en virtud de que de conformidad con el artículo 237, numeral 4 de la Constitución le corresponde “[c]ontrolar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”, y así examinar si procede o no una demanda de nulidad de los contratos fraccionados. Así, la Procuraduría se vincula con la concreción del efecto objetivo (nulidad) de la subdivisión de contratos.

Por otro lado a la Contraloría se le debe informar, en razón de que, como se sabe, ésta se encarga de estudiar la viabilidad jurídica de la determinación de las responsabilidades administrativa, civil culposa o indicios de responsabilidad penal por las infracciones en las que pudieron haber incurrido los servidores públicos implicados en el ilícito. De ahí que se concentre en el efecto subjetivo (responsabilidad funcional) que deriva de la subdivisión de contratos.

De acuerdo, a las circunstancias del caso concreto la Contraloría evalúa si existe responsabilidad o no de determinado/s servidor/es público/s. Y de acuerdo a la gravedad fija la sanción correspondiente, que como se advirtió, puede ir desde una multa hasta una destitución, y si existen indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de comunicar a la Fiscalía General del Estado para los fines pertinentes.

Según el artículo 9, numeral 3, de la LOSNCP uno de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública es “[g]arantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”. Además, el artículo 4 de la misma Ley, dispone expresamente que para su aplicación y la “de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

Precisamente para que tales principios se concreten la ley impone una serie de requisitos y procedimientos que limitan la discrecionalidad de las entidades contratantes, con el fin de contribuir a una selección objetiva de la mejor oferta (principio de selección objetiva), que satisfaga el objeto del contrato que aquéllas persigan con su suscripción. De ahí que ocupe un lugar central dentro de los diversos procedimientos, el de licitación; pues, la contratación directa, resulta más proclive a sacrificar algunos de los principios referidos, debido a ciertos favorecimientos particulares ilegítimos, que desconocen los principios de igualdad e imparcialidad.

En consecuencia, cuando se subdivide contratos, con el fin de que ninguno de ellos supere el monto de la cuantía, que insoslayablemente constreñiría a llevar adelante un procedimiento licitatorio, se vulnera los principios de contratación pública que la misma Ley reconoce expresamente. Amén de que como se mencionó al estudiar en el capítulo I, dicha conducta se encuentra expresamente prohibida por la LOSNCP.

En este orden de ideas, la jurisprudencia comparada proporciona algunos criterios, que ayudan en la identificación de tal ilícito. La Corte Suprema de Colombia precisa que la subdivisión de contratos se presenta: “en los eventos en los cuales la administración para eludir el procedimiento de licitación pública, divide disimuladamente el objeto del contrato con el ánimo de favorecer a los contratistas”. Asimismo, menciona que:

“En su demostración, deben confluír las circunstancias siguientes: i) Que sea posible pregonar la unidad de objeto en relación con el contrato cuya legalidad se cuestiona y, de ser así, ii) determinar cuáles fueron las circunstancias que condujeron a la administración a celebrar varios contratos, pues solo de esta manera se puede inferir si el actuar se cimentó en criterios razonables de interés público, o si por contraste, los motivos fueron simulados y orientados a soslayar las normas de contratación pública” (Corte Suprema de Justicia, 2010).

En consecuencia, es difícil establecer de manera abstracta, si existe o no subdivisión de contratos; por lo que resulta imprescindible un análisis casuístico, que permita determinar si tal subdivisión responde más bien a fines de planificación, de guisa que no se ve afectada la

coordinación ni la unidad funcional del objeto contractual. Caso contrario, la jurisdicción-contencioso administrativa, se encuentra obligada a declarar la nulidad absoluta de los contratos.

2.3.1 Caso Carrión

Debido a que, como se sugirió, en abstracto es complejo determinar si se dio o no subdivisión de contratos, a continuación se analizará un caso que por su trascendencia puede ayudar en la comprensión de ésta figura, y coadyuvar así en la precisión conceptual del planteamiento medular de la presente tesis, esto es, que la subdivisión de los contratos, dependiendo de las circunstancias, puede llegar a constituir una fuente de responsabilidad, que puede ser de carácter administrativo, civil culposa, o incluso penal. La exposición mediática del Caso del ex Ministro de Deporte Raúl Carrión, pudiera insinuar que se trata de un caso aislado y novedoso, sin embargo, se trata de una modalidad reiteradamente empleada por diversas entidades contratantes, por años, que ven en ella una forma bastante sofisticada de esquivar las formalidades y rigideces de los procedimientos de contratación, y violar de este modo los principios de planeación, transparencia y de selección objetiva.

2.3.1.1 Ausencia de planificación

Luego del examen especial de ingeniería que se efectuó a los contratos suscritos por el Ministerio del Deporte y la Secretaría General de Cultura Física, Deportes y Recreación, en los años 2006, 2007 y 2008, a través de los *Informes de Indicios de Responsabilidad Penal*: DIAPA-0046-2008 (DIRES-1282-2008), DIAPA-0003-2009, DIAPA-0011-2009 y DIAPA-0012-2009, se concluyó que existen indicios de responsabilidad penal por el presunto delito de peculado; en particular por el tercer artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal, que sanciona a los servidores de los organismos y entidades del sector público y a toda persona encargada de un servicio público, que

“(…) se hubieren aprovechado económicamente en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados, o de circulación restringida, que estén o hubiesen estado en su

conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido”.

En el Informe DIAPA-0003-2009 (Contraloría General del Estado, 2009), se estableció que para la ejecución de obras en el Complejo Deportivo, ubicado en la población de Carpuela, entre las provincias de Imbabura y Carchi, se suscribieron 28 contratos, con diferentes contratistas. En doce de ellos se comprobó que se recurrió a la figura de la subdivisión de contratos, la cual se encontraba explícitamente prohibida en el artículo 64 de la derogada Ley de Contratación Pública, y que se replica, casi en los mismos términos en la segunda disposición general de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En dicho informe se determinó, además, que para la ejecución del proyecto, no se desarrolló una planificación adecuada, que prevea la construcción de la obra en etapas específicas y diferenciadas, ni tampoco contaba con datos económicos y financieros que permitan establecer los valores reales y totales de la ejecución del proyecto. En efecto, uno de los principios transversales en el ámbito de la contratación pública, es el de planeación; en razón, de que como se expresa en el segundo considerando de la LOSNCP, la ausencia de planificación deriva “en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”.

En este sentido, es imprescindible que las entidades contratantes previo a la suscripción de un contrato, elabore un estudio técnico-jurídico profundo con la finalidad de establecer la necesidad de la obra y la conveniencia de la contratación. La ausencia de planeación afecta no sólo a la fase precontractual, sino también a la fase de ejecución, pues al preterir las entidades contratantes la realización *ex ante* de estudios serios de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación, dificultan *ex post*, contrarrestar ciertos hechos supervinientes que, en ocasiones, obligan a reformular las cantidades de obra y las condiciones técnicas primigenias, provocando aumentos en los costos del proyecto y en situaciones más graves la misma paralización de obras, por un déficit presupuestario.

Así pues, a todas las contrataciones que realice el Estado por medios de sus entidades, debe preceder una planeación rigurosa, evitando así la improvisación y discrecionalidad por parte de aquéllas y de sus servidores. Para lo cual se debe tener como eje referencial el interés público

relevante y las perentorias e impostergables necesidades colectivas de los ciudadanos; pues, no se olvide que, precisamente, lo que justifica la contratación pública es la satisfacción y efectivización de los derechos reconocidos por la Constitución. En consonancia con lo expresado, la norma suprema, en numeral 1 del artículo 3, especifica que uno de los deberes primordiales del Estado es “[g]arantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

En definitiva, la planeación obedece a objetivos básicos, que son entre otros: evitar el desvío y/o despilfarro de los recursos públicos, verificar la disponibilidad presupuestaria, comprobar la viabilidad del proyecto e identificar las obras o servicios que gozan de prioridad en una comunidad en base a las necesidades colectivas urgentes. Solo de esta forma los principios y derechos que establece la Constitución, pueden concretizarse y evitar así que queden plasmados simplemente en su texto. El paradigma de *Estado constitucional de derechos y justicia*, es un deber ser (ideal), que para ser (realizarse), requiere indefectiblemente de la actuación responsable y transparente de todas las autoridades y servidores públicos.

2.3.1.2 Elusión de los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (4 de agosto de 2008), la legislación de la materia preveía en el artículo 4, como procedimientos comunes de contratación pública para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra y la prestación de servicios a la *licitación* y al *concurso público de ofertas*, cuya procedencia se subordinaba a la cuantía del objeto contractual.

Es así que el procedimiento de contratación por licitación, procedía cuando la cuantía superaba el valor que resultaba “de multiplicar el coeficiente 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”; y, el concurso público de ofertas cuando el valor superaba la cuantía que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el mismo monto indicado. Si no se adecuaban a tales montos, las entidades contratantes estaban exentas de llevar a cabo ambos procedimientos.

En el 2008 la cuantía referencial que impelía a efectuar un proceso licitatorio era de seiscientos

treinta y dos mil setecientos dieciocho dólares con dieciséis centavos de Estados Unidos de América (US. \$ 632.718.16); y, en el caso del concurso público de ofertas, era de trescientos dieciséis mil trescientos cincuenta y nueve dólares con ocho centavos de los Estados Unidos de América (US. \$ 316.359.08). No obstante, hábilmente, a pesar de la vinculación objetiva de los distintos contratos relacionados con la infraestructura del Complejo Deportivo de Carpuela, se procedió a su subdividirlos, con el objetivo, de que, así cada uno se mantenga debajo de las cuantías exigidas por la licitación y el concurso público de ofertas, eludiendo así, las diversas formalidades que éstos procedimientos exigen.

En efecto, el artículo 60 de la Ley de Contratación Pública, entonces vigente, establecía que previo a la celebración de los contratos adjudicados a través de las modalidades de licitación o concurso público de ofertas, se requerían los informes tanto del Contralor como del Procurador General del Estado. En adición a eso el artículo 61 disponía que los contratos debían otorgarse mediante escritura pública. Todas estas formalidades han sido preteridas al subdividir los contratos, en los cuales, inclusive, se introdujeron cláusulas que incrementaban el valor de los mismos en un 10% por razones de contingencias.

Sólo para citar un ejemplo, para la construcción de una pista atlética, cuyo valor ascendía a un millón de quinientos cincuenta y tres mil seiscientos treinta y ocho dólares, con ochenta y tres centavos de los Estados Unidos de América (US. \$ 1'553.638,83), y que por su cuantía imponía la realización de un proceso licitatorio, se suscribieron, de forma alarmante, cuatro contratos, a pesar de la unidad e interdependencia de los objetos que les subyacían: 1) para la construcción de la pista atlética, por un valor de US. \$ 315.079,48; 2) para pruebas de campo y canchas de fútbol, por un valor de US. \$ 283.294,64; 3) graderíos, cerramiento interior de la pista atlética y cancha de fútbol, por un valor de 244.742,97; 4) provisión e instalación de material sintético en la pista atlética, por un valor de US\$ 710.521,74 (Contraloría General del Estado, 2009).

Todas estas irregularidades patentizan una deficiente planificación, un manejo inescrupuloso de los recursos públicos, y una actitud deliberada de sortear los procedimientos de licitación o de concurso público de ofertas, y contratar de forma directa. De los contratos suscritos se puede desprender que cada uno de sus componente forman un todo (unidad de objeto); y que, por consiguiente, debió tramitarse como un solo contrato, y previo a un procedimiento de licitación pública.

La jurisprudencia comparada, puede servir de auxilio interpretativo en el Ecuador, para precisar los límites semánticos de la <<unidad de objeto>>. A este respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, en relación a dicho concepto precisa que

“(…) se reputa natural [la unidad de objeto] cuando para el cumplimiento de uno de sus elementos se requiere necesariamente el cumplimiento del otro, es decir, que sólo a través de la sumatoria de cada uno de ellos, se obtiene el *producto final* deseado con la contratación; en consecuencia, incumplimiento de cualquiera de ellos arruina la posibilidad de satisfacer la necesidad identificada para contratar, por cuanto son interdependientes”

2.3.1.3 Conculcación del principio de selección objetiva

La inobservancia del procedimiento de licitación, que como se observó legalmente procedía, debido a la cuantía original del contrato, esto es, sin la subdivisión indebida que realizó el Ministerio de Deportes, denotan una flagrante conculcación del principio de selección objetiva. Dicho principio se vincula con el escogimiento libre de consideraciones que respondan a favores o a factores de afecto o de interés; es decir, en la selección deben preponderar cuestiones de carácter técnico, para lo cual se debe ponderar los criterios y condiciones establecidos en los pliegos.

Por ello, en los pliegos deben establecerse parámetros y reglas claras, precisas, objetivas e imparciales, con la finalidad de evitar la discrecionalidad por parte de las entidades contratantes, y facilitar las evaluaciones entre las distintas ofertas presentadas, para de este modo determinar el contratista más idóneo. En definitiva, el objeto del principio de selección objetiva es que los oferentes, gocen de ciertas garantías durante los procedimientos de contratación pública, asociadas, sobre todo, a la imparcialidad e igualdad de oportunidades.

2.3.1.4 Infracción de los principios de libre concurrencia y publicidad

Pero en el Caso Carrión la vulneración de principios no se delimita a los de planeación y objetividad, preliminarmente expuestos; pues además de ellos, con la subdivisión de contratos

se infringen dos principios más, de capital importancia, en la esfera de la contratación pública, y que son: el de libre concurrencia y el de publicidad.

El principio de libre concurrencia se apoya en la idea de que frente a la convocatoria dentro de los procedimientos de selección de contratistas, se presenten o concurran el mayor número de participantes, con la finalidad de que éstos formulen distintas propuestas en un ambiente de competencia, que los obligue a proponer precios competitivos, que le permita a la entidad contratante escoger la más ventajosa en términos no sólo económicos sino de eficiencia y cumplimiento.

Por tal motivo, la entidad contratante al momento del escogimiento del contratista debe evaluar, además del precio la observancia por parte de los postores de las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los pliegos. El principio de libre concurrencia se ve sacrificado, cuando como resultado de la subdivisión se contrata de forma directa, en razón del impedimento de potenciales postores que permitiría lograr mejores condiciones para la ejecución del objeto contractual; pues, bajo tal figura se busca encubrir la selección discrecional de un contratista o de un grupo reducido de ellos.

En cuanto al principio de publicidad se puede decir que su quebrantamiento se fundamenta en la restricción a la accesibilidad y libre conocimiento de la convocatoria que realiza la entidad contratante a fin de satisfacer un objeto contractual determinado. En efecto la contratación directa que se busca a través de la subdivisión de contratos, impide la presentación de un número importante de postores (personas naturales y jurídicas) en los procesos de selección. De esta manera se veda su derecho potencial de participación, que le garantizaría un proceso de escogimiento abierto y transparente.

2.3.1.5 Nulidad de los contratos

Por las razones *supra* esbozadas se puede apreciar que el Ministro de Deportes, suscribió una serie de contratos, no obstante la manifiesta unidad de objeto, lo cual lo obligaba a celebrar un contrato unitario, que debido a la cuantía era menester, que previo a su adjudicación mediara un procedimiento de licitación. De este modo se omitieron distintos requisitos y formalidades de validez, que la ley expresamente exigía, como los informes respectivos de la Contraloría y

Procuraduría. Justamente el literal b) de artículo 58 de la Ley de Contratación entonces vigente, estableció como causal de nulidad de contrato el caso de que: “(...) no se hubieren solicitado los informes requeridos por la ley”. Además, es evidente que se vulneraron algunos de los principios cardinales y transversales de la contratación pública, como son los siguientes: a) planeación, b) selección objetiva, c) libre concurrencia y d) publicidad.

2.3.1.6 Responsabilidades

La Ley de Contratación vigente hasta antes del 4 de agosto de 2008, en el título V, capítulo III, artículo 64 -al igual que la actual-, prohibía expresamente la subdivisión de contratos. La consecuencia administrativa de la transgresión de tal disposición era “la remoción del cargo de los funcionarios que tomaren tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar”.

El artículo 8 de la precitada Ley, disponía que en cada ministerio debía constituirse un Comité de Contrataciones, integrado por el Ministerio o su delegado, quien lo presidía, el Director de Asesoría Jurídica, y por tres técnicos, de éstos últimos, dos eran nominados por la entidad y el otro por el colegio profesional “a cuyo ámbito de actividad corresponda la mayor participación en el proyecto, de acuerdo con el valor estimado de la contratación”. Tales miembros eran personal y pecuniariamente responsables por sus acciones u omisiones (art. 31).

Por las irregularidades descritas anteriormente, en base al informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, la Fiscalía General acusó a los implicados en la subdivisión de contratos del Ministerio de Deportes entre el 2006 y 2008 en Morona Santiago e Imbabura. Así, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, sancionó por el delito de peculado al ex Ministro de Deportes, Raúl Carrión y uno de sus colaboradores Patricio Sánchez, con tres meses de prisión. También fue condenado uno de sus asesores, Fernando Moreno, con un año de prisión.

CAPÍTULO III

INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1 Encuesta

3.1.1 Análisis preliminar

La encuesta fue efectuada a servidores públicos que laboran en Ministerios de Estado que integran la Función Ejecutiva; en particular en áreas, departamentos, unidades y/o direcciones a cargo de las compras públicas. La razón de delimitar la encuesta a aquéllos servidores radica en que justamente son éstos quienes están a cargo de la ejecución de los procedimientos de contratación pública. -

Con el objetivo de obtener datos fidedignos que ilustren adecuadamente la realidad de la contratación pública en dichos Ministerios, se procedió a plantear la presente encuesta, la cual está orientada a cubrir los tópicos más relevantes del trabajo de investigación. Al respecto, la encuesta se la aplicó a un universo de 400 servidores públicos encargados de los departamentos de contratación de las dependencias ministeriales, a partir de la cual se obtuvo una muestra de 100 de ellos.

En suma, la finalidad de la encuesta es establecer un marco referencial acerca de la comprensión que tienen los servidores públicos respecto de: la figura de la subdivisión de contratos, ciertos elementos conceptuales que se relacionan con ésta, los principios cardinales de contratación pública, entre otros.

3.1.2 Población y muestra de la investigación

La realización de esta investigación se llevó a cabo en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha a 400 funcionarios, dato obtenido en el Ministerio del Trabajo. Los datos son aproximados, puesto que existen movimientos en los cargos periódicamente. Los estratos que se seleccionaron fueron los siguientes:

COMPOSICIÓN	POBLACIÓN
Funcionarios que laboran en Ministerios de Estado que integran la Función Ejecutiva; en particular en áreas, departamentos, unidades y/o direcciones a cargo de las compras públicas	400
TOTAL	400

Muestra

N

$$\text{FORMULA: } n = \frac{N}{(E)^2 (N-1) + 1}$$

N = Tamaño de la Muestra

N = Población o Universo

E = Margen de Error (0.1)

Cálculo de la Muestra

$$n = \frac{400}{(0.09)^2 (400-1) + 1}$$

$$n = \frac{400}{0,0087 (399) + 1}$$

$$N = \frac{400}{7.98}$$

$$n = 100$$

3.1.3 Preguntas de la encuesta

Marque con una X según su criterio.

1. ¿Conoce usted las consecuencias administrativas que acarrea la subdivisión indebida de contratos para los servidores públicos?

Sí No

2. ¿Cuáles cree usted que son las razones que fundamentan la prohibición expresa de subdividir los contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

- A.- Evitar que se eluda la licitación
- B.- Velar por el principio de libre concurrencia
- C.- Velar por el principio de publicidad
- D.- Velar por el principio de selección objetiva
- E.- Todas las anteriores

3. ¿Considera que es clara la regulación de la subdivisión de contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Sí No No sabe

4. ¿Piensa que es eficiente la coordinación interinstitucional entre el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Contraloría, Procuraduría y la Fiscalía General del Estado; a fin fiscalizar, sancionar, investigar casos de subdivisión de contratos?

Sí No

5. ¿Considera que una vez determinada la configuración de una subdivisión se pueden anular los contratos subdivididos?

Sí No No sabe

6. De acuerdo a su criterio ¿Cuáles son los principios cardinales y transversales de la contratación pública?

A.- Principio de libre concurrencia

B.- Principio de planeación

C.- Principio de trato justo

D.- Principio de objetividad

E.- A y C

F.- Todos los anteriores

7. ¿Ha recibido usted capacitación acerca de la subdivisión de contratos?

Sí No

8. ¿Considera que el Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública debería establecer con precisión algunos supuestos de configuración y exclusión de subdivisión de contratos?

S No No sabe

9. ¿Conoce el caso de algún servidor público que haya sido sancionado por la subdivisión de contratos?

Sí No

10. ¿Por qué considerara usted que las entidades contratantes acuden con mayor regularidad a la subdivisión de contratos?

A.- Razones de eficiencia

B.- Razones fraudulentas o elusivas

C.- Otras razones

3.1.4 Procesamiento de datos

La información que se desprende de la investigación de campo fue procesada mediante la utilización de las técnicas de la estadística descriptiva. Los procesos practicados fueron los siguientes:

- Tabulación de datos ítem por ítem (pregunta por pregunta).
- Realización de tablas o cuadros estadísticos porcentuales por cada uno de los ítems.
- Elaboración de gráficos que ilustren los resultados cuantitativos señalados en las tablas.

3.1.5. Análisis e interpretación de datos

A continuación se determina de manera gráfica y estadística los resultados que se desprendieron de la investigación de campo planteada.

Pregunta 1: ¿Conoce usted las consecuencias administrativas que acarrea la subdivisión indebida de contratos para los servidores públicos?

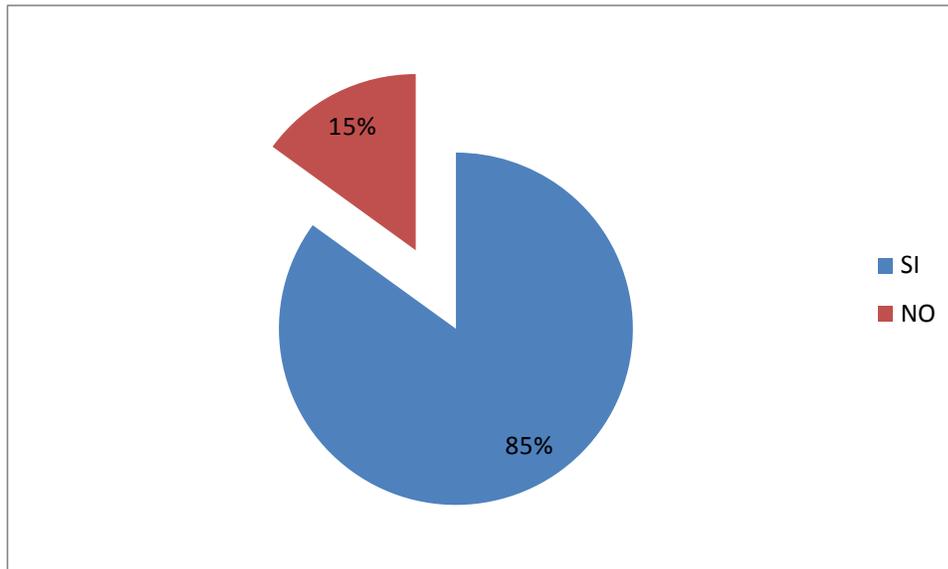
Esta pregunta arrojó los siguientes resultados

Tabla 1.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SÍ	85	85%
2	NO	15	15%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 1.1 Pregunta 1



Análisis

En la presente pregunta el 85% respondió que SÍ está al tanto de las consecuencias administrativas que devienen de la configuración de la subdivisión indebida de contratos, mientras que un 15% consideró que NO sabían sus efectos.

De los resultados señalados se puede evidenciar, que a pesar del conocimiento de los efectos disciplinarios, que tiene la subdivisión de contratos, esto es, la remoción del servidor público implicado en la toma de decisión de éste ilícito, se trata de un acto bastante frecuente, lo cual es factible que se deba a la poca efectivización de la medida sancionatoria, que coadyuve a generar en los servidores públicos un efecto de carácter disuasivo en su cometimiento.

Pregunta 2: ¿Cuáles cree usted que son las razones que fundamentan la prohibición expresa de subdividir los contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

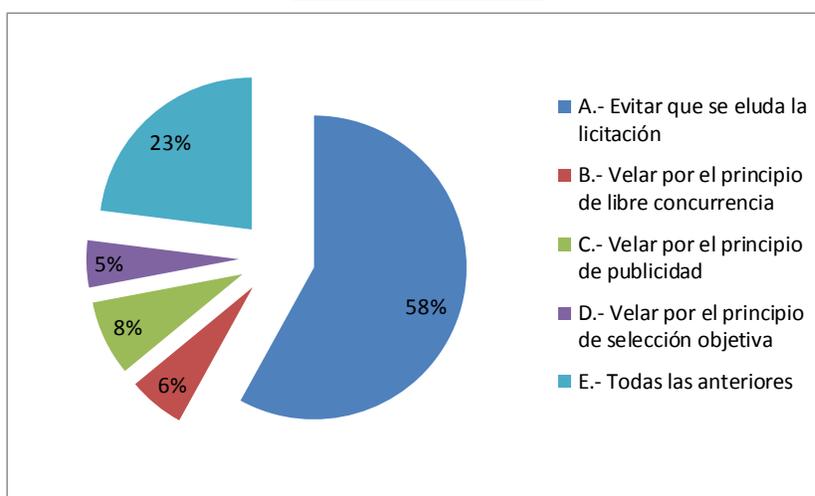
Tabla 2.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	A.- Evitar que se eluda la licitación	58	58%
2	B.- Velar por el principio de libre concurrencia	6	6%
3	C.- Velar por el principio de publicidad	8	8%
4	D.- Velar por el principio de selección objetiva	5	5%
5	E.- Todas las anteriores	23	23%
TOTAL		100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales

AUTOR: El Investigador

Gráfico 2.1 Pregunta 2



Análisis

En esta pregunta el 58% consideró que una de las razones primordiales que sustentan la prohibición expresa de subdividir los contratos se vincula con el objetivo de evitar que al subdividir los contratos en cuantías menores, se pueda eludir el procedimiento de licitación. Por otro lado el 6% asocia la disposición con la idea de garantizar el principio de libre concurrencia; el 8% con el principio de publicidad; 5% con el principio de selección objetiva; y, finalmente un 23% respondió que todas las anteriores respuestas subyacen al vado explícito de la subdivisión contractual.

De los resultados mencionados, un amplio porcentaje se adhirió a que la razón primordial de la prohibición expresa de la subdivisión de contratos, es evitar la elusión del procedimiento de licitación; sin embargo, si bien tal justificación es correcta, los bajos porcentajes respecto de los principios de contratación pública denotan, que no se sabe a fondo, que además de tal motivo, existen postulados básicos sustantivos que motivan al legislador a prohibir aquél ilícito contractual.

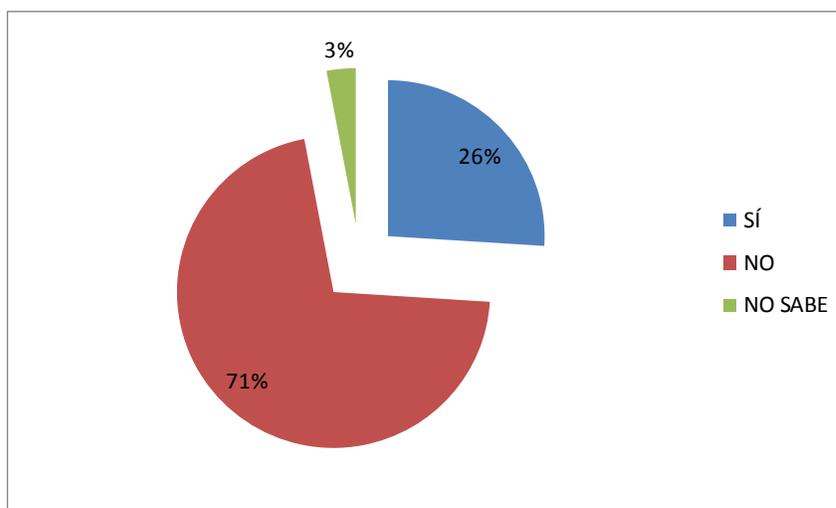
Pregunta 3: ¿Considera que es clara la regulación de la subdivisión de contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Tabla 3.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SÍ	26	26%
2	NO	71	71%
3	NO SABE	3	3%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 3.1 Pregunta 3



Análisis

El 71% de los servidores públicos encuestados contestó que NO existe claridad en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en relación con la regulación de la subdivisión de contratos. Un 26% consideró que SÍ, y un 3% que NO SABE.

De las respuestas a ésta pregunta se desprende que un importante porcentaje (71%) de los encuestados opinó que el desarrollo legislativo de la figura de subdivisión de contratos es poco claro, lo cual se justifica; pues, además, que existe un déficit regulatorio, existen criterios como la *unidad natural de objeto [unidad de proyecto]* o el *criterio de funcionalidad u operatividad*, a los que la ley hace alusión, pero que son ininteligibles, si no se acude a la doctrina o jurisprudencia comparada de contratación pública que los ha estudiado y dilucidado conceptualmente.

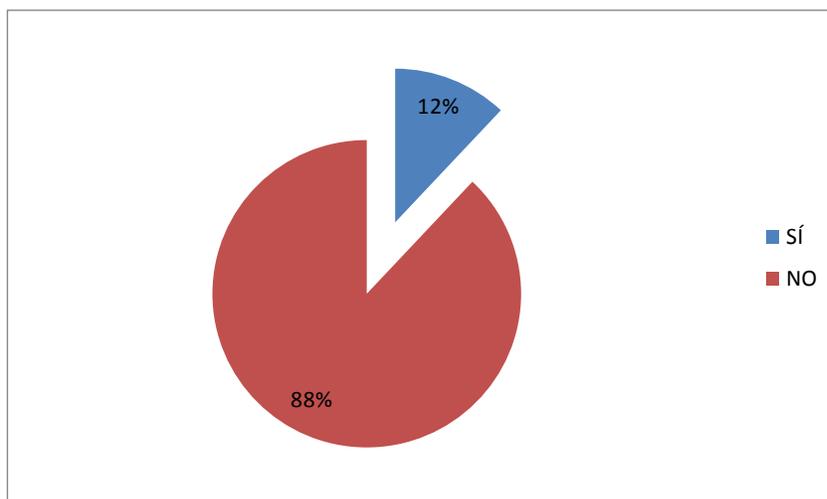
Pregunta 4: ¿Piensa que es eficiente la coordinación interinstitucional entre el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Contraloría, Procuraduría y la Fiscalía General del Estado; a fin fiscalizar, sancionar, investigar casos de subdivisión de contratos?

Tabla 4.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SÍ	12	12%
2	NO	88	88%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 4.1 Pregunta 4



Análisis

La tendencia mostró que el 88% de los funcionarios públicos de las unidades de compras públicas de las entidades ministeriales, piensan que NO existe una adecuada y eficiente coordinación entre los organismos de control, de sanción, y de investigación aludidos. El 12% consideró que SÍ existe tal coordinación interinstitucional.

Es evidente que el ingente porcentaje que consideró que existe una deficiente coordinación, corrobora una percepción de un trabajo desarticulado y separado entre el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Contraloría, Procuraduría y Fiscalía General del Estado; tal escenario impide que la respuesta frente a la subdivisión de contratos sea más apropiada, eficiente y efectiva.

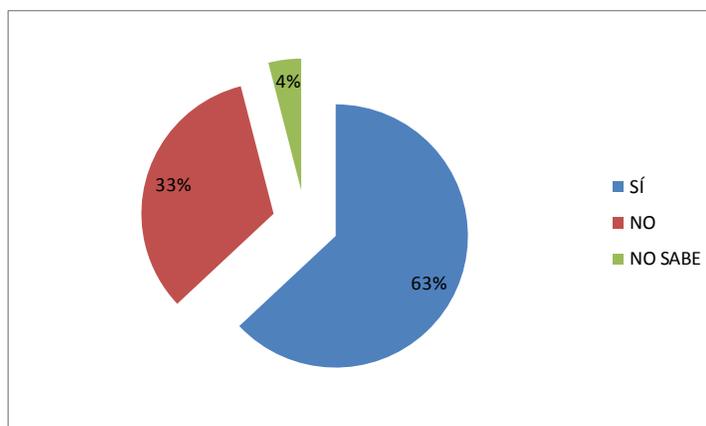
Pregunta 5: ¿Considera que una vez determinada la configuración de una subdivisión se pueden anular los contratos subdivididos?

Tabla 5.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SÍ	63	63%
2	NO	33	33%
3	NO SABE	4	4%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 5.1 Pregunta 5



Análisis

En esta pregunta el 63% contestó que SÍ se pueden anular los contratos subdivididos ilegalmente; mientras que el 33% dijo que NO, y el 4% que NO SABE.

A pesar que más del sesenta por ciento consideró que sí se pueden anular los contratos subdivididos, resulta llamativo que una cifra importante del 33% haya respondido que no. Lo cual puede deberse a que la disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se establece la subdivisión de contratos no se mencionó el efecto objetivo que ésta acarrea, es decir, simplemente se establece el efecto subjetivo, que es la remoción de los servidores públicos.

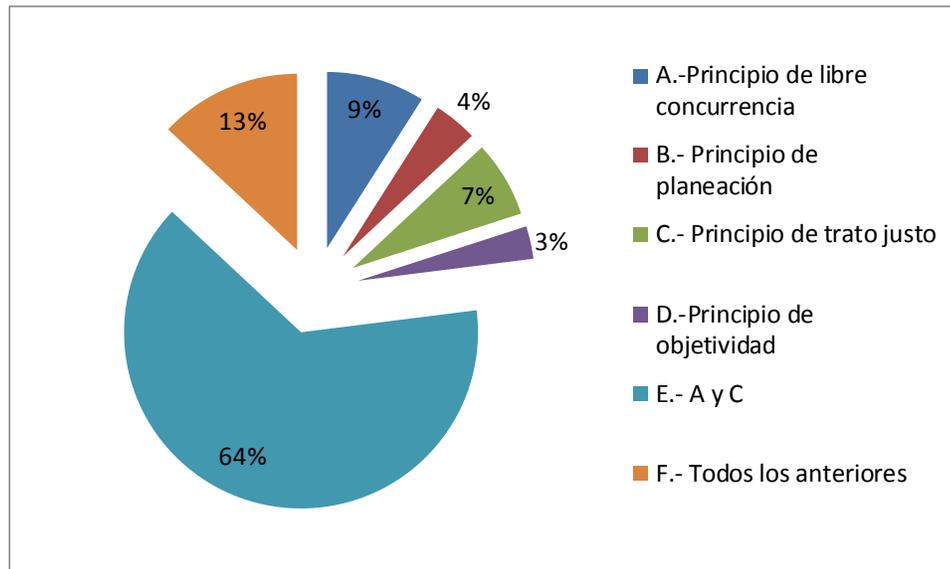
Pregunta 6: De acuerdo a su criterio ¿Cuáles son los principios cardinales y transversales de la contratación pública?

Tabla 6.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	A.-Principio de libre concurrencia	9	9%
2	B.- Principio de planeación	4	4%
3	C.- Principio de trato justo	7	7%
4	D.-Principio de objetividad	3	3%
5	E.- A y C	64	64%
6	F.- Todos los anteriores	13	13%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 6.1 Pregunta 6



Análisis

El 64% manifestó que los principios cardinales de la contratación pública son conjuntamente los principios de libre competencia y de trato justo. El 4% el de planeación; el 7% el de trato justo; el 3% el de objetividad; y, el 13% señaló que todos los principios mencionados rigen la contratación pública.

Se puede cotejar la respuesta a ésta pregunta con la anterior, pues la mayoría se adhiere a que los principios transversales y cardinales son los de libre competencia y de trato justo, es decir, los que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece de modo expreso; no obstante, el poco conocimiento que se tiene de los principios de planeación y de objetividad, responde a que si bien han sido ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia comparada, el ordenamiento jurídico ecuatoriano aún no los acogido en la normativa de contratación pública.

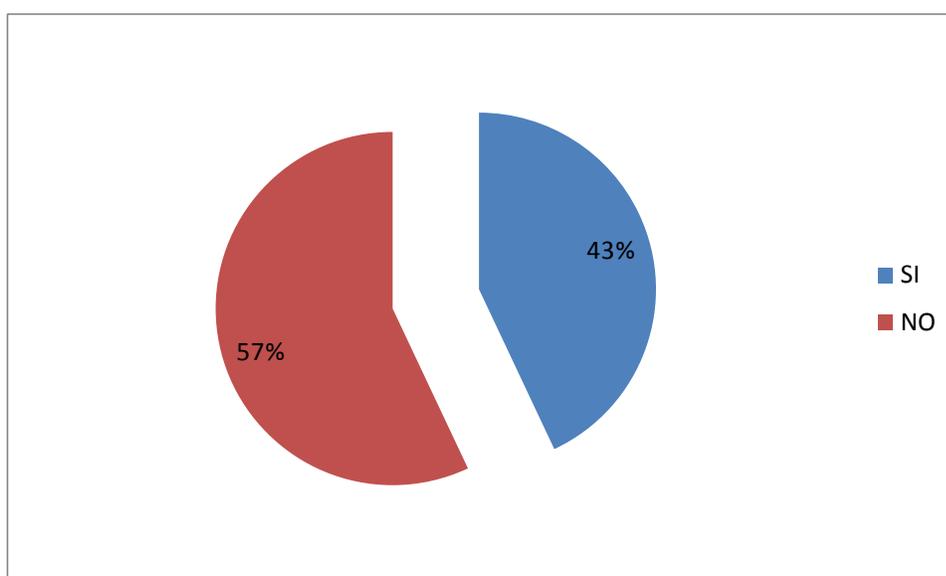
Pregunta 7: ¿Ha recibido usted capacitación acerca de la subdivisión de contratos?

Tabla 7.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SI	43	43%
2	NO	57	67%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 7.1 Pregunta 7



Análisis

El 57% de los encuestados contestó que NO ha recibido capacitación específica sobre la subdivisión de contratos, y el 43% que SI.

Si bien las entidades ministeriales han procurado brindar capacitación a sus servidores públicos, existe un significativo porcentaje que respondió que no recibió una capacitación específica sobre la subdivisión de contratos, es decir que recibieron cursos y/o seminarios bastante generales, pero sin llegar a profundizar en la figura de la subdivisión de contratos, en sus efectos de su cometimiento, en los conceptos que se asocian con ella, entre otros.

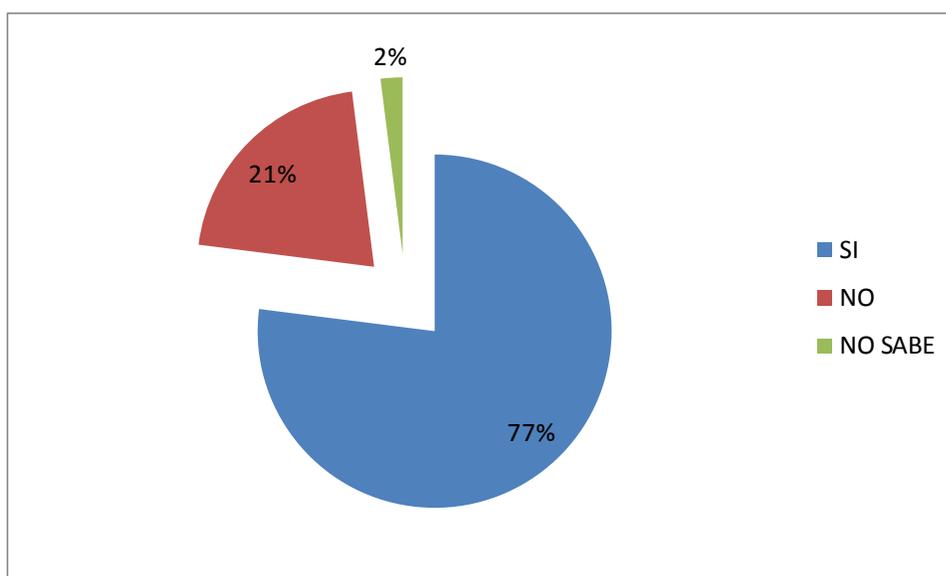
Pregunta 8: ¿Considera que el Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública debería establecer con precisión algunos supuestos de configuración y exclusión de subdivisión de contratos?

Tabla 8.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SI	77	77%
2	NO	21	21%
3	NO SABE	2	2%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 8.1 Pregunta 8



Análisis

El 77% consideró que SI se debería establecer en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ciertos supuestos de configuración y exclusión de la subdivisión de contratos. El 21% indicó que No, y el 2% que NO SABE.

El abrumador porcentaje a favor del establecimiento de supuestos de configuración y exclusión de subdivisión de contratos, refleja la complejidad de interpretación y aplicación en casos concretos, respecto a cuándo se presenta o no subdivisión de contratos; ya que como se vio existen situaciones en las cuáles éste ilícito contractual no se produce. De ahí que se sugiera

que existan al menos disposiciones orientadoras y un poco más detalladas que les aclare a los servidores públicos, sí la subdivisión del objeto contractual puede justificarse por razones de planeación, presupuestarias, de eficiencia, logísticas, entre otras.

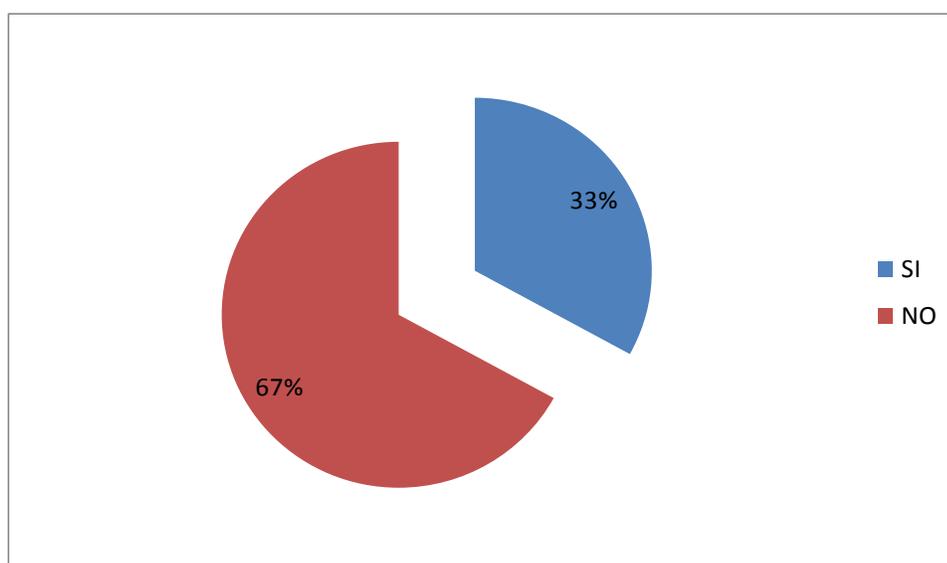
Pregunta 9: ¿Conoce el caso de algún servidor público que haya sido sancionado por la subdivisión de contratos?

Tabla 9.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	SÍ	33	33%
2	NO	67	67%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 9.1 Pregunta 9



FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Análisis

El 67% de los encuestados sostuvo que NO conoce el caso de algún servidor público sancionado por la subdivisión de contratos. Por otra parte el 33% que SÍ.

Una cosa es que se conozcan casos de subdivisión de contratos, y otra de funcionarios que efectivamente hayan sido sancionados por cometer fraudulentamente tal acto. De ahí, que el 67% haya respondido que NO, lo cual sugiere la necesidad insoslayable de un fortalecimiento a nivel de coordinación interinstitucional, que evite que queden en la impunidad casos de subdivisión de contratos, mediante los cuales se perjudica al Estado, y por ende, a los ciudadanos que contribuyen, con sus impuestos, en el sostenimiento financiero de éste.

Pregunta 10: ¿Por qué considerara usted que las entidades contratantes acuden con mayor regularidad a la subdivisión de contratos?

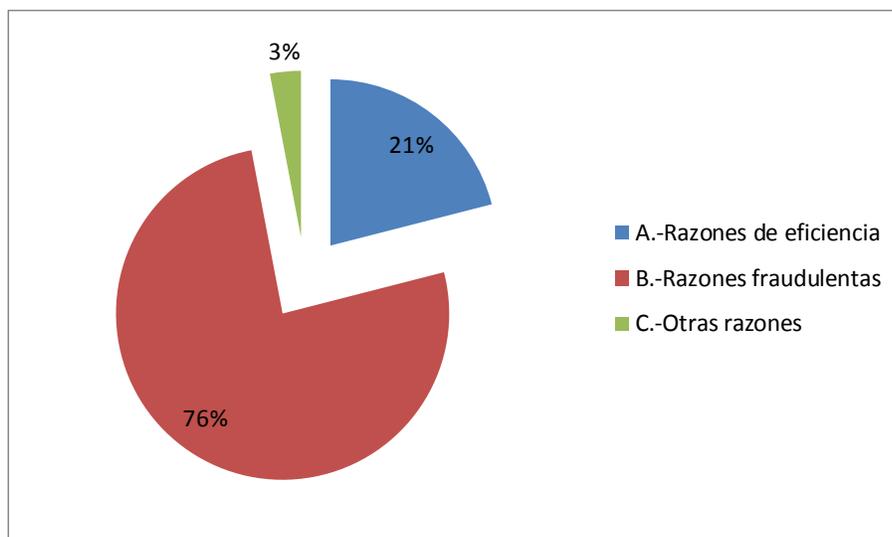
- A.- Razones de eficiencia
- B.- Razones fraudulentas o elusivas
- C.- Otras razones

Tabla 10.1

NÚMERO	RESPUESTA	CANTIDAD	PORCENTAJE
1	A.-Razones de eficiencia	21	21%
2	B.-Razones fraudulentas	76	43%
43	C.-Otras razones	3	3%
	TOTAL	100	100%

FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Gráfico 10.1 Pregunta 10



FUENTE: Servidores Públicos Ministerio de Relaciones Laborales
AUTOR: El Investigador

Análisis

El 76% de los servidores públicos encuestados sugirió que son razones fraudulentas y/o elusivas, las que predominan con mayor frecuencia en la utilización de la subdivisión de contratos. El 21% dijo que son por razones de eficiencia, y el 3% por otro tipo de razones.

Es palmario que la recurrencia a la subdivisión de contratos en contadas ocasiones responde a factores razonables de eficiencia, los motivos que prevalecen son de carácter fraudulento y/o elusivo, esto es, se busca deliberadamente, fraccionar un contrato que por su naturaleza debería ser procesado de manera unitaria, en diversos de cuantías menores, con el objetivo de obviar procedimientos de contratación más exigentes.

3.1.6. Análisis de resultados

Un análisis integral de los datos obtenidos mediante la técnica de investigación de campo - modalidad encuesta-, permite apreciar que no existe un conocimiento a profundidad sobre la subdivisión de contratos por parte de los servidores públicos de las unidades de compras públicas de las dependencias ministeriales. Las consecuencias administrativas o disciplinarias del cometimiento de aquél ilícito son conocidas por gran parte de los servidores públicos, pero eso no obsta que se acuda frecuentemente a ésta figura con fines principalmente elusivos; lo cual se debe como se advirtió a la poca efectivización de la medida sancionatoria, que es la remoción de los que decidieron subdividir un contrato.

Además, se puede apreciar que si bien existe un gran porcentaje que conexiona la prohibición expresa de la subdivisión a evitar que se eluda la licitación, se olvida que existen principios sustantivos que rigen la contratación pública, y que de acuerdo a la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación deben ser observados en todos los procedimientos.

Para finalizar, de acuerdo con los resultados de la encuesta, tanto a nivel legal como reglamentario se requieren reformas que permitan dilucidar ciertos elementos de la subdivisión de contratos, así como determinar algunos supuestos que guíen orienten en su interpretación y aplicación a todos los servidores públicos.

3.2 Entrevista

La entrevista estuvo dirigida a tres profesionales del derecho, especialistas en el sector de contratación pública. Con ésta se buscó, fundamentalmente, aclarar conceptos, categorías, principios e instituciones que se relacionan no sólo con la subdivisión de contratos como tal, sino también con la contratación pública de manera general. Además, se les solicitó que dieran algunas sugerencias para evitar que se produzca la subdivisión de contratos.

A continuación se presenta un cuadro detallado de las preguntas que se realizaron, y de las respuestas de cada uno de los entrevistados.

3.2.1 Preguntas de la entrevista

PREGUNTAS	ENTREVISTA 1 Christian Paúl Iglesias Ramírez	ENTREVISTA 2 Raquel Montero Mier	ENTREVISTA 3 Diana Jaramillo Jaramillo
	<i>Ex Jefe Departamental de Compras Públicas y Contrataciones en la Defensoría Pública General del Estado</i> Especialista en Contratación Pública	<i>Coordinadora de Normativas en Ministerio de Industrias y Productividad</i> Especialista en Contratación Pública	<i>Jefa de Provisiones de Administración Escolar- Ministerio de Educación</i> Especialista en Contratación Pública
Cómo definiría la subdivisión de contratos	Podría definirse como una división artificial de un contrato en varios de cuantías menores, con la finalidad de prescindir de los procedimientos que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de acuerdo a valor de un contrato.	Se puede extraer una definición de la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que al hacer referencia a la subdivisión señala que no se puede subdividir el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en dicha Ley.	Siguiendo al administrativista peruano Morón Urbina diría que se trata de “una acción fraudulenta de un funcionario público, consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación o prestación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”
Qué principios se ven	Al evitarse mediante esa división artificial los	De igual manera la Ley establece una serie de	Con la subdivisión de contratos, como dije se

<p>sacrificados al subdividir el objeto de un contrato, y evitar así los procedimientos que según la cuantía corresponderían seguir</p>	<p>procedimientos de contratación pertinentes se dejan de lado algunos principios que caracterizan a la contratación pública como el de concurrencia, el de trato justo, el de igualdad, entre otros.</p>	<p>principios que deben regir la contratación del Estado, de los cuales considero que se inobservan principalmente: el de concurrencia, transparencia, publicidad.</p>	<p>desconoce la “unidad física o jurídica” de un contrato, y al aparentar una cuantía menor, se evita la licitación, que obliga a convocar de manera abierta y pública a potenciales postores para que participen en el proceso de selección. Así se sacrifican los principios de publicidad y concurrencia.</p>
<p>Toda subdivisión de contratos se encuentra sancionada jurídicamente o no</p>	<p>No, pues existen casos en los cuales no se presenta la subdivisión, pero lo complicado es determinarlo de manera abstracta, de ahí que se deba analizar la planificación institucional de la entidad contratante, para determinar la configuración de tal ilícito.</p>	<p>No, pero lamentablemente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no es muy clara, pues señala que no se presenta subdivisión “cuando, al planificar la ejecución de proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas” siempre que entre éstas exista funcionalidad y estén coordinadas. El problema es que no existe un desarrollo reglamentario ni jurisprudencial que precise eso de <<funcionalidad>> y <<coordinación>>.</p>	<p>En realidad no, ya que se puede diferenciar una subdivisión jurídicamente sancionada y otra subdivisión amparada por el ordenamiento jurídico. En este sentido se tiene que valorar si aquella responde a un objeto simplemente elusivo de los procedimientos, o a cuestiones logísticas o de eficiencia.</p>
<p>Qué sugeriría para evitar que recurran los servidores públicos de las entidades contratantes a la subdivisión de contratos</p>	<p>Creo que una capacitación adecuada de los servidores públicos que trabajen en el área de contratación de las entidades contratantes podría ayudar en ese sentido.</p>	<p>Pienso que una regulación más detallada ya sea en la ley, en el reglamento, y también mediante jurisprudencia, respecto de cuándo se configura o no la subdivisión de contratos, podría orientar de una mejor manera a los servidores públicos al permitirles distinguir si su conducta se encuadra o no, en la figura de la subdivisión.</p>	<p>Existen sugerencias de diversa índole. A nivel instructivo, la capacitación de los funcionarios sería una recomendación. A nivel institucional, que se efectiven las sanciones para que los servidores perciban que existen responsabilidades por dicha acción fraudulenta. Y finalmente a nivel normativo un desarrollo adecuado y más preciso.</p>

FUENTE: Profesionales Especialistas en Contratación Pública

AUTOR: El Investigador

3.2.2 Análisis de resultados de las entrevistas realizadas

Los especialistas en contratación pública entrevistados brindaron valiosa información. Respecto de la primera pregunta formulada, se encuentran definiciones de la subdivisión de contratos de carácter doctrinal y legal. Así, por ejemplo, por un lado la abogada Montero analizó semánticamente tal figura sustentándose en la Ley Orgánica de Contratación Pública; y por

otro la abogada Jaramillo, se apoyó en un concepto doctrinario propuesto por el jurista peruano Morón Urbina.

Empero, existió un punto de encuentro entre las definiciones esbozadas por los entrevistados, que es el fin elusivo que persigue la subdivisión de contratos de los procedimientos que según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, resultan pertinentes de acuerdo a la naturaleza del objeto contractual, pero primordialmente por la cuantía que éste último tiene.

Es evidente que la definición de la abogada Jaramillo, es más integral, pues contiene el elemento subjetivo, que es la acción fraudulenta de un servidor público; el elemento objetivo, que es el desconocimiento de la unidad natural del objeto contractual; y, el elemento teleológico, que es eludir los procedimientos que procederían según la ley, y valerse de otros más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y/o participativos.

En relación con la segunda pregunta, los tres especialistas señalaron algunos de los principios que se vulneran cuando se hace uso de la subdivisión de contratos. La coincidencia principal fue que se vulnera el principio de libre concurrencia, pues al contratarse de manera directa, se evita que distintos postores en un ambiente verdaderamente competitivo puedan formular sus propuestas. De igual manera las abogadas Montero y Jaramillo, indicaron que el principio de publicidad resulta sacrificado por la subdivisión, lo cual como se manifestó en el trabajo de investigación, responde a las restricciones que se presentan, cuando las convocatorias no se efectúan o se realizan a un número reducido de potenciales contratistas. De esta manera se excluye a otros proveedores potenciales, que justifica la aseveración que ofreció el abogado Iglesias, respecto a que también se infringe el principio de trato justo e igualdad.

En cuanto a la tercera interrogante, los tres entrevistados sugirieron que hay que diferenciar una subdivisión indebida, ilícita o prohibida por la ley, de otra que no lo es. Sobre la subdivisión, si se quiere, legal, Montero aseveró que puede justificarse por razones de planificación, y remite a la LOSNCP, sobre los criterios de funcionalidad y coordinación que deben primar en el análisis de los objetos contractuales subdivididos; sin embargo, afirmó que existe poca claridad sobre tales criterios. De igual manera Jaramillo afirmó que por cuestiones logísticas o de eficiencia puede subdividirse un contrato.

Por otro lado, el abogado Iglesias arguyó que es complicado establecer la subdivisión de contratos de manera abstracta; por lo que es necesario analizar cada caso y las circunstancias que lo acompañan, para lo cual es necesario examinar la planificación institucional de la entidad contratante.

Finalmente, Iglesias sugirió que una capacitación podría atenuar la recurrencia a la subdivisión de contratos. Montero se enfocó en la normativa de Contratación Pública, por lo que considera necesario algunas reformas de la LOSNCP y de su Reglamento, a fin de detallar con mayor precisión los casos de subdivisión contractual. Jaramillo fue más allá, pues dijo que se requieren cambios no sólo a nivel instructivo y normativo, sino también institucional.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

4.1 Conclusiones

1. El desequilibrio contractual se presenta no sólo en el caso de los contratos administrativos, en razón de las prerrogativas que tiene la Administración Pública, sino también en la esfera privado-comercial, debido a la emergencia de ingentes empresas, que valiéndose de su fortaleza organizativa y económica, también afectan de manera alarmante al principio de autonomía e igualdad contractual, sobre todo, en mediante los conocidos contratos de adhesión, que en la realidad son de imposición a los usuarios y consumidores.
2. El fenómeno socializador de los Estados descrito en el trabajo, se asocia a su vez con el proceso de democratización, el cual proscribió el sufragio censitario, que dividía a la población entre ciudadanos de primera y segunda clase. La participación en pie de igualdad de todas las personas, obligó a que la intervención estatal se vincule con la mejora y protección no sólo de los derechos de los propietarios sino también de los excluidos y discriminados, quienes al ser mayoría, obligan a los dignatarios a comprometerse y/o satisfacer también sus necesidades, si pretenden ser elegidos o reelegidos en un cargo popular.
3. El Estado tiene el deber de satisfacer las ingentes y diversas necesidades colectivas, empero, aquél no puede hacerlo por sí solo, siendo, consiguientemente, forzoso que la colaboración del sector privado se haga presente, y así, mediante la contratación pública, permita por un lado dinamizar la economía local y nacional, y fomentar el empleo en el sector privado; y por otro consiga el Estado concretizar los fines que establecen los diversos instrumentos normativos, y mejorar la eficacia de su gestión.
4. A nivel doctrinario existen posiciones que identifican y/o asimilan los contratos de la administración pública con los contratos administrativos; negando así que puedan existir contratos de índole privada celebrados por Administración. Sin embargo, la posibilidad que puedan presentarse contratos de ésta última calidad, no implica una adscripción a la tesis de la doble personalidad del Estado, sino más bien que existen situaciones contractuales, en las cuales se intensifica la regulación del derecho público, y en otras del derecho privado.

5. Los poderes públicos han recurrido a la figura de la técnica contractual, de manera oscilante, a lo largo de la historia. Su oscilación pende del vigor o enervación de la Administración Pública. De esta manera, Estados con una institucionalidad débil y burocracias ineficientes, se ven compelidos a contratar con particulares, en ámbitos que por su naturaleza deberían ser directamente ejecutados por aquéllos.
6. Existen falencias en la definición de contrato administrativo, que ofrece la legislación ecuatoriana mediante la LOSNCP y el ERJAFE, puesto que se desconoce como una de sus notas definitorias a la importancia del fin público relevante, y simplemente se fundamentan las definiciones establecidas en dichos instrumentos normativos en los criterios legal y subjetivo, respectivamente.
7. No existe conocimiento profundo por parte de ciertos servidores públicos respecto de la figura de la subdivisión de contratos, no sólo en cuanto a su definición sino también a las responsabilidades que acarrea su configuración, lo cual genera que en múltiples ocasiones aquéllos se valgan deliberada y fraudulentamente de tal figura, con la finalidad de eludir el procedimiento que correspondería legalmente, es decir, fraccionan la unidad natural del objeto contractual.
8. En la identificación de casos de subdivisión de contratos cumplen un significativo rol fiscalizador los siguientes organismos: el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), la Contraloría General del Estado (CGE) y la Procuraduría General del Estado (PGE). El SERCOP, debido a que recibe informes trimestrales de las entidades contratantes respecto de las contrataciones realizadas por ínfima cuantía, lo cual le permite detectar si se han producido irregularidades, en caso de existir las, debe poner en conocimiento de la CGE y de la PGE: a la primera para que analice la viabilidad jurídica de la determinación de responsabilidades administrativa, civil culposa o indicios de responsabilidad penal; y a la segunda para que examine si los contratos suscritos tienen algún vicio de nulidad, que le obligue a interponer la correspondiente demanda.

4.2 Recomendaciones

1. Es forzoso comprender que el desequilibrio contractual que se presenta en el ámbito de los contratos administrativos, se debe a razones de interés público que los subyacen a éstos, y que se contraponen al interés particular que, generalmente persigue el contratista. Sin embargo, no se debería interpretar las prerrogativas que tiene la administración, como un escudo protector para vulnerar las garantías de los contratistas.
2. La socialización de los Estados, ha influido en que su intervención se acreciente considerablemente, empero, las autoridades gubernamentales no deberían interpretar que la participación estatal para satisfacer necesidades básicas de los ciudadanos, justifica una invasión ilegítima en la esfera de derechos fundamentales, que por su naturaleza son innegociables, y que, por tanto se imponen a los caprichos y arbitrariedades del poder. Además, las autoridades de origen popular o democrático, no deberían utilizar demagógicamente los instrumentos de gestión gubernamental, pues esto denota que su compromiso público no es fidedigno, sino simplemente una forma de alcanzar o conservar ciertos espacios de poder.
3. Los procedimientos de selección y contratación de los contratistas que permiten la participación de los agentes privados deberían caracterizarse no sólo por su agilidad, sino por su absoluta transparencia, caso contrario, se produciría un desincentivo en el sector privado, al percibir que aquéllos procedimientos no gozan de las garantías de objetividad y publicidad. De ahí que el papel del SERCOP sea fundamental, cumpliendo fielmente con uno de sus objetivos prioritarios, que es del garantizar la transparencia e impedir que predomine la discrecionalidad por parte de las entidades contratantes en la selección de los contratistas.
4. La conveniencia de la tesis gradual de los contratos de la Administración Pública, deviene de la necesidad de evitar el riesgo de identificar todos los contratos de la Administración Pública como administrativos, en virtud de que como se sabe, en éstos últimos es mayor la afectación del principio de igualdad jurídica que en el de los contratos de índole privada. En consecuencia, de acuerdo a la preponderancia del

derecho público o del derecho privado, se podrían reconocer: a) contratos administrativos, b) contratos interadministrativos, y c) contratos parcialmente regidos por el derecho privado.

5. Es necesario que el crecimiento del aparato burocrático, se asocie no sólo con parámetros de cantidad, sino, sobre todo, de calidad y aptitud; a fin de evitar que se forme una burocracia ineficiente, lo cual incentivaría, aún más, la recurrente <<externalización de funciones y servicios>> en sectores que por sus características resultan innecesarios.
6. Con el objetivo de superar las falencias en la definición de contrato administrativo, que ofrece la legislación ecuatoriana, en la LOSNCP, y en el ERJAFE, es necesario profundizar en la importancia, que presenta el elemento teleológico, en su concepción y delimitación; y reconocer que el fin público relevante es uno de los criterios transversales del contrato administrativo.
7. Se debe capacitar profunda y correctamente a los distintos servidores públicos, pero sobre todo, a los que se encuentran a cargo de los departamentos de contratación de las entidades públicas, acerca de la figura de la subdivisión de contratos, haciendo énfasis en lo siguiente: a) cuándo se produce un fraccionamiento indebido del objeto contractual; b) por qué es necesaria una correcta y rigurosa planificación a nivel de contratación pública; c) qué es la unidad natural del objeto contractual; d) cuáles son los efectos objetivos (nulidad) y subjetivos (responsabilidad funcional) que acarrea su configuración; e) cuáles son los principios que inspiran la contratación pública.
8. Es recomendable que exista una coordinación efectiva y armoniosa entre las entidades encargadas de fiscalizar, sancionar, investigar, casos de subdivisión de contratos; esto es, entre el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, y la Fiscalía General del Estado deben existir fluidos canales de intercambio de información, que permitan una actuación interinstitucional más eficiente.

4.3 Propuestas

La normativa básica en materia de contratación pública, en el Ecuador, está incorporada tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) como en su Reglamento, vigentes desde el 4 de agosto de 2008 y el 12 de mayo de 2009, respectivamente. El principal objeto de dicha normativa es instituir los principios y normas referentes a la regulación de los procedimientos de contratación realizados por las entidades contratantes, mismas que se encuentran explicitadas en el Art. 1 de la LOSNCPP.

El régimen de contratación pública sugerido, que comprende la LOSNCPP y su Reglamento, presenta insuficiencias a nivel principal, legal y reglamentario, que repercute en un déficit regulatorio de la categoría de la subdivisión de contratos. En este sentido, es preciso explorar algunas propuestas, a fin de dar una respuesta en términos jurídicos más adecuada y eficiente frente a tal ilícito.

A nivel principal, es necesario que en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, se reconozca expresamente, además de los principios señalados, dos que también gozan de transversalidad en materia de contratación pública, como lo son: el de objetividad y el de planeación en todas las etapas contractuales, esto es, preparatorias y ejecutorias. Así, mediante una reforma legislativa deberían ser agregados éstos últimos.

“Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, **objetividad, planeación,** trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

A nivel legal, la LOSNCPP es bastante escueta al momento de referirse a la subdivisión de contratos. Únicamente se establecen escasas disposiciones al respecto, en los últimos incisos del artículo 52.1, que trata sobre los contratos de ínfima cuantía, y en las disposiciones generales, exactamente en la segunda de ellas. Dicho tratamiento normativo sugiere no sólo un descuido de carácter legislativo sino también cierta infravaloración a una figura tan trascendente y recurrente en el ámbito de la contratación pública.

Lo antes descrito se ve reflejado, inclusive en su ubicación dentro del cuerpo normativo, que es de carácter secundario, al establecerla como una disposición general más, y no como un capítulo independiente del título IV de la LOSNCP, que debería denominarse DE LAS PROHIBICIONES, tal como lo establecía la derogada Ley de Contratación Pública, pero con ciertas modificaciones lingüísticas y estructurales. Así pues, se debería reformar el capítulo IV del título señalado, reubicando a la figura de la subcontratación y redefiniéndolo en los siguientes términos:

CAPÍTULO IV DE LAS PROHIBICIONES

Art. 78. Cesión de Contratos.- Se prohíbe al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

Art. 78.1 Subdivisión de Contratos.- Se prohíbe subdividir el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto en cuantías menores con el objeto de eximirse de los procedimientos de contratación que corresponden según esta Ley.

De configurarse un perjuicio al Estado, en virtud de la subdivisión de contratos, la Contraloría General removerá de los cargos los funcionarios o empleados que tomaron tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional.

No se considerará que existe tal subdivisión cuando del análisis de la planificación institucional se desprenda que se previeron dos o más etapas específicas y diferenciadas, entre las cuales existe una debida funcionalidad y coordinación, de modo tal que garantice la unidad del proyecto.

Art. 78.2 Contratación indirecta.- Se prohíbe que las entidades contraten por medio de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra.

Finalmente, a nivel reglamentario, el problema se traduce en que ni siquiera se hace mención de la figura de la subdivisión de contratos. Bien podría formularse ciertas precisiones y aclaraciones adicionales a la LOSNCP, o prever supuestos de exclusión o de configuración, esto es, situaciones en las cuales el fraccionamiento debe ser sancionado jurídicamente o no, como lo hacen algunas legislaciones. *Ad exemplum* se podría adoptar con las adecuaciones normativas y lingüísticas correspondientes, algunos de los supuestos de exclusión de la ilicitud de la subdivisión de contratos, que la normativa peruana establece en el artículo 20 del Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado(2013), y que a continuación se transcribe:

“No se considerará fraccionamiento [subdivisión de contratos] cuando:

1. Estando acreditada la necesidad en la etapa de planificación, la Entidad [contratante] restringió la cantidad a contratar por no disponer a dicha fecha la disponibilidad presupuestal correspondiente, situación que varía durante la ejecución del Plan Anual de Contrataciones al contarse con mayores créditos presupuestarios no previstos, provenientes de, entre otros, transferencias de partidas, créditos suplementarios y recursos públicos captados o percibidos directamente por la Entidad.
2. Con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con Expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.
3. Se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso que concurren procesos de selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos de regímenes especiales.
4. La contratación se efectúe a través del Catálogo de Convenios Marco.
5. Se requiera propiciar la participación de las microempresas y pequeñas empresas, en aquellos sectores donde exista oferta competitiva, siempre que

sus bienes, servicios y obras sean de la calidad necesaria para que la Entidad se asegure el cumplimiento oportuno y los costos sean razonables en función a las condiciones del mercado”.

Los supuestos de exclusión señalados se justifican por razones de orden presupuestario, extraordinario (causas imprevisibles), de participación inclusiva e incentivo de las microempresas y pequeñas empresas, entre otras. Ciertamente es complicado establecer, como se indicó en el trabajo, *a priori* y de manera abstracta todas las situaciones de exclusión o configuración de tal ilícito contractual; sin embargo, no está por demás señalar ciertos supuestos referenciales que orienten a las autoridades en su aplicación y determinación, pues la subdivisión puede sustentarse no sólo en factores elusivos o fraudulentos, sino también en factores logísticos, presupuestarios o de eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 79-102.
- Brewer Carías, A. (1992). *Contratos administrativos*. Caracas: EJV.
- Cassagne, J. C. (2002). Caracterización jurídica de la actuación administración pública y de la actividad de los órganos legislativo y judicial. En J. C. Cassagne, *Derecho administrativo* (págs. 11-37). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (2005). La contratación pública. En J. C. Cassagne, *El contrato administrativo* (págs. 13-51). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Consejo de Sindicatura. (10 de Mayo de 2012). *Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana*. Recuperado el 16 de Junio de 2014, de http://www.sindicom.gva.es/web/wdweb.nsf/documento/manual_de_fiscalizacion
- Delpiazzo, C. (2005). Contratos de la administración. En C. Delpiazzo, *Derecho administrativo uruguayo* (págs. 203-240). México, D.F.: Porrúa.
- Delpiazzo, C. (2005). Principales contratos de la administración. En C. Delpiazzo, *Derecho administrativo uruguayo* (págs. 281-318). México, D.F.: Porrúa.
- Donna, E. (2001). Exacciones ilegales. En E. Donna, *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. III, págs. 331-362). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Dromi, R. (1998). Contrato administrativo: principios. En R. Dromi, *Tratado de derecho administrativo* (págs. 291-369). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, 99-130.
- García de Enterría, E. (2011). Los contratos de la administración y, en especial, los contratos administrativos. En E. García de Enterría, & T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (pág. 712). Navarra: Aranzadi, SA.
- Gordillo, A. (2013). Clasificación de los contratos administrativos. En A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (págs. 1-43). Buenos Aires: F.D.A.
- Ivanega, M. (2007). Las responsabilidades de los funcionarios públicos. En I. Damsky, M. López Olvera, & L. c. Rodríguez Rodríguez, *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (págs. 155-187). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Jeze, G. (1949). La colaboración voluntaria de los particulares en el funcionamiento de los servicios públicos. En G. Jeze, *Principios generales del derecho administrativo* (págs. 311-344). Buenos Aires: Depalma.
- Martín Mateo, R. (2006). Régimen contractual de la administración. En R. Martín Mateo, & J. J. Díez Sánchez, *Manual de derecho administrativo* (págs. 371-396). Navarra: Aranzadi.
- Meilán Gil, J. L. (2004). Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 505-518.
- Morales Tobar, M. (2010). *La actividad convencional de la administración pública en el Ecuador*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Morante Guerrero, L. E. (Septiembre de 2013). *¿Cómo identificar el fraccionamiento en un proceso de contratación estatal?* Recuperado el 13 de Junio de 2014, de Actualidad Empresarial: http://www.aempresarial.com/servicios/revista/59_50_GWTYAPOXERBALSHY_SNKFBCZSKEKVHIWOEPMFFBCJTEKEWRDPEN.pdf
- Parada, R. (2012). La contratación de los entes públicos. Cuestiones Generales. En R. Parada, *Derecho Administrativo I* (págs. 225-244). Madrid: Marcial Pons.
- Poblete Vinaixa, J. (2008). Contratos administrativos. En J. Poblete Vinaixa, *Actos y contratos administrativos* (págs. 77-92). Santiago: LexisNexis.

Normativa y jurisprudencia

- Informe de Indicios de Responsabilidad Penal, DIAPA-0003-2009 (Contraloría General del Estado 2009).
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (2009).
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2009).
- Corte Suprema de Justicia, 30933 (26 de Mayo de 2010).
- Ley Orgánica de Servicio Público (2010).
- Ley de Contratos del Sector Público (España) (2011).
- Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado (Perú) (2013).
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2014).

ANEXOS

FORMATO DE ENCUESTA APLICADA

INVESTIGACIÓN DE CAMPO – DESARROLLO DE TESIS – DERECHO ADMINISTRATIVO: “LA SUBDIVISIÓN DE LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL ECUADOR”

Marque con una X según su criterio.

1. ¿Conoce usted las consecuencias administrativas que acarrea la subdivisión indebida de contratos para los servidores públicos?

Sí No

2. ¿Cuáles cree usted que son las razones que fundamentan la prohibición expresa de subdividir los contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

- A.- Evitar que se eluda la licitación
- B.- Velar por el principio de libre concurrencia
- C.- Velar por el principio de publicidad
- D.- Velar por el principio de selección objetiva
- E.- Todas las anteriores

3. ¿Considera que es clara la regulación de la subdivisión de contratos que se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Sí No No sabe

4. ¿Piensa que es eficiente la coordinación interinstitucional entre el Servicio Nacional de Contratación Pública, la Contraloría, Procuraduría y la Fiscalía General del Estado; a fin fiscalizar, sancionar, investigar casos de subdivisión de contratos?

Sí No

5. ¿Considera que una vez determinada la configuración de una subdivisión se pueden anular los contratos subdivididos?

Sí No No sabe

6. De acuerdo a su criterio ¿Cuáles son los principios cardinales y transversales de la contratación pública?

A.- Principio de libre competencia

B.- Principio de planeación

C.- Principio de trato justo

D.- Principio de objetividad

E.- A y C

F.- Todos los anteriores

7. ¿Ha recibido usted capacitación acerca de la subdivisión de contratos?

Sí No

8. ¿Considera que el Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública debería establecer con precisión algunos supuestos de configuración y exclusión de subdivisión de contratos?

Sí No No sabe

9. ¿Conoce el caso de algún servidor público que haya sido sancionado por la subdivisión de contratos?

Sí No

10. ¿Por qué considerara usted que las entidades contratantes acuden con mayor regularidad a la subdivisión de contratos?

A.- Razones de eficiencia

B.- Razones fraudulentas o elusivas

C.- Otras razones

FORMATO DE LA ENTREVISTA APLICADA

INVESTIGACION DE CAMPO – DESARROLLO DE TESIS – DERECHO ADMINISTRATIVO: “LA SUBDIVISIÓN DE LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL ECUADOR”

PREGUNTAS	ENTREVISTA 1 Christian Paúl Iglesias Ramírez <i>Ex Jefe Departamental de Compras Públicas y Contrataciones en la Defensoría Pública General del Estado</i> Especialista en Contratación Pública	ENTREVISTA 2 Raquel Montero Mier <i>Coordinadora de Normativas en Ministerio de Industrias y Productividad</i> Especialista en Contratación Pública	ENTREVISTA 3 Diana Jaramillo Jaramillo <i>Jefa de Provisiones de Administración Escolar- Ministerio de Educación</i> Especialista en Contratación Pública
Cómo definiría la subdivisión de contratos	Podría definirse como una división artificial de un contrato en varios de cuantías menores, con la finalidad de prescindir de los procedimientos que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de acuerdo a valor de un contrato.	Se puede extraer una definición de la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que al hacer referencia a la subdivisión señala que no se puede subdividir el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en dicha Ley.	Siguiendo al administrativista peruano Morón Urbina diría que se trata de “una acción fraudulenta de un funcionario público, consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación o prestación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores”
Qué principios se ven sacrificados al subdividir el objeto de un contrato, y evitar así los procedimientos que según la cuantía corresponderían seguir	Al evitarse mediante esa división artificial los procedimientos de contratación pertinentes se dejan de lado algunos principios que caracterizan a la contratación pública como el de concurrencia, el de trato justo, el de igualdad, entre otros.	De igual manera la Ley establece una serie de principios que deben regir la contratación del Estado, de los cuales considero que se inobservan principalmente: el de concurrencia, transparencia, publicidad.	Con la subdivisión de contratos, como dije se desconoce la “unidad física o jurídica” de un contrato, y al aparentar una cuantía menor, se evita la licitación, que obliga a convocar de manera abierta y pública a potenciales postores para que participen en el proceso de selección. Así se sacrifican los principios de publicidad y concurrencia.
Toda subdivisión de contratos se encuentra sancionada jurídicamente o	No, pues existen casos en los cuales no se presenta la subdivisión, pero lo complicado es determinarlo de manera abstracta, de	No, pero lamentablemente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no es muy clara, pues señala que no se	En realidad no, ya que se puede diferenciar una subdivisión jurídicamente sancionada y otra subdivisión amparada por el ordenamiento jurídico. En

no	ahí que se deba analizar la planificación institucional de la entidad contratante, para determinar la configuración de tal ilícito.	presenta subdivisión “cuando, al planificar la ejecución de proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas” siempre que entre éstas exista funcionalidad y estén coordinadas. El problema es que no existe un desarrollo reglamentario ni jurisprudencial que precise eso de <<funcionalidad>> y <<coordinación>>.	este sentido se tiene que valorar si aquella responde a un objeto simplemente elusivo de los procedimientos, o a cuestiones logísticas o de eficiencia.
Qué sugeriría para evitar que recurran los servidores públicos de las entidades contratantes a la subdivisión de contratos	Creo que una capacitación adecuada de los servidores públicos que trabajen en el área de contratación de las entidades contratantes podría ayudar en ese sentido.	Pienso que una regulación más detallada ya sea en la ley, en el reglamento, y también mediante jurisprudencia, respecto de cuándo se configura o no la subdivisión de contratos, podría orientar de una mejor manera a los servidores públicos al permitirles distinguir si su conducta se encuadra o no, en la figura de la subdivisión.	Existen sugerencias de diversa índole. A nivel instructivo, la capacitación de los funcionarios sería una recomendación. A nivel institucional, que se efectivicen las sanciones para que los servidores perciban que existen responsabilidades por dicha acción fraudulenta. Y finalmente a nivel normativo un desarrollo adecuado y más preciso.

FUENTE: Profesionales Especialistas en Contratación Pública

AUTOR: El Investigador