



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El administrador del contrato en la ejecución de los contratos públicos.
Propuesta de reforma parcial al Reglamento Sustitutivo de la Ley Orgánica
del Sistema Nacional de Contratación Pública.**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Alverca Abad, Verónica Doraliza

DIRECTOR: Montesinos Guarnizo Otto Garmalbin Mg.Sc

CENTRO UNIVERSITARIO AMBATO
2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Montesinos Guarnizo Otto Garmalbin Mg. Sc.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: **“El administrador del contrato en la ejecución de los contratos públicos. Propuesta de reforma parcial al Reglamento Sustitutivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”**, realizado por Verónica Doraliza Alverca Abad; ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, abril 2015

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Alverca Abad Verónica Doraliza, declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: **“El administrador del contrato en la ejecución de los contratos públicos. Propuesta de reforma parcial al Reglamento Sustitutivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”**, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Montesinos Guarnizo Otto Garmalbin Mg. Sc, director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

Autora: Alverca Abad Verónica Doraliza

Cédula: 1801742659

DEDICATORIA

Dios les pague, a mi esposo Patricio Núñez Barona, a mis hijos Diego, Bryan y Alejandra Núñez Alverca, familia querida, en quienes siempre he tenido y encuentro amor, comprensión y por sobretodo apoyo porque han permitido que con mis estudios les robe el tiempo de ellos.

Verónica Doraliza Alverca Abad

AGRADECIMIENTO

GRACIAS, UNA PALABRA TAN PEQUEÑA PERO CON UN GRAN SIGNIFICADO Y, QUE EN ESTOS TIEMPOS NO SE PRONUNCIA TAN A MENUDO..."

Emitir un mensaje de agradecimiento, que personalmente lo considero como un reconocimiento a quienes de una u otra forma han aportado para este logro importante; a Dios quien dirige mi vida, a la Familia sostén de mi camino, a la Universidad Técnica Particular de Loja por darme la oportunidad de profundizar mis conocimientos en el ámbito del Derecho Administrativo; al Dr. Otto Montesinos Mg. Sc., distinguido Catedrático y Director de mi trabajo de investigación y a todos los docentes de tan distinguida Universidad.

Verónica Doraliza Alverca Abad

ÍNDICE DE CONTENIDOS

**“El administrador del contrato en la ejecución de los contratos públicos.
Propuesta de reforma parcial al Reglamento Sustitutivo de la Ley Orgánica del
Sistema Nacional de Contratación Pública”**

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3

CAPITULO I

LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. La Administración pública en el Ecuador	6
1.2. Antecedentes	6
1.3. Las Etapas de la Administración Pública ecuatoriana siglo XX.....	10
1.4. Alcance de la administración pública	24
1.5. El administrador del contrato en la legislación ecuatoriana	27

1.6. La responsabilidad administrativa, civil y penal del administrador del contrato.....	34
1.7. Quién aplica la multa en los contratos públicos?	42

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD

2.1 Sujetos de la contratación estatal	47
2.2. Finalidad de la contratación pública	48
2.3. Capacidad de contratación de los sujetos.....	49
2.4. Partes en el contrato público	50
2.5. La Entidad Pública	53
2.6. Funcionario competente	54
2.7. Justificación del régimen de responsabilidad	58
2.8. Régimen legal de responsabilidad de los funcionarios públicos	60
2.9. Responsabilidad de los servidores públicos como jefes o representantes legales de la entidad estatal	62

CAPITULO III

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. Principio de transparencia	80
3.1.1 La publicidad como manifestación del principio de transparencia	87
3.2. Principio de economía	93
3.3. Principio de responsabilidad	99
3.4. El deber de selección objetiva	102

CAPITULO IV

INTERESES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1. La entidad administrativa que contrata	107
4.2. El proveedor que contrata	109
4.3. El destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato	112
4.4. El Sector Público en general	112
4.5. El Sector Privado en general	113
4.6. Las Entidades Estatales responsables del Sistema de Contratación	115
4.7. La Sociedad	115
4.8. La Comunidad Internacional	116

CAPITULO V

5.1. Propuesta de Reforma parcial al Reglamento Sustitutivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	121
---	-----

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones	125
6.2. Recomendaciones	127
6.3. Trabajo de campo	129

6.4. Bibliografía	130
6.5. Anexos	133

RESUMEN

La figura del administrador del contrato es una innovación en la legislación de la contratación pública ecuatoriana, por lo que el presente trabajo pretende esencialmente examinar el alcance de las facultades otorgadas por la ley de contratación pública a este personaje designado, ya que él velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.

El trabajo investigativo, aporta al Estado y sociedad una propuesta de reforma parcial al Reglamento sustitutivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con lo que se pretende delimitar la actuación del Administrador/a del contrato, puesto que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética, honestidad y justicia, cuyo último fin es la protección de los recursos e intereses de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

PALABRAS CLAVES:

Administrador
Reglamento
Reforma
Facultades
Límites
Responsabilidad
Recursos públicos
Bienes públicos.

ABSTRACT

The contract administrator's profile is an innovation in the law of the Ecuadorian public procurement. Therefore, the current work essentially examines the extent of the powers conferred by law on public procurement to this administrator. This administrator will watch over the full and timely compliance with any and all obligations under the contract.

The research work brings to the state and society a proposed partial reform to substitute Regulation of the Organic Law of the National System of Public Procurement, which is to define the performance of the Administrator of the contract as public workers will be responsible for their actions and anti-judicial and indemnify the damages caused by reason of these omissions. The actions of public workers shall be chaired by the rules on the administration of foreign goods and the mandates and principles governing an adjusted behavioral ethics, honesty and justice. The ultimate goal is the protection of the resources and interests of the entity, the contractor and third parties who may be affected by the performance of the contract.

DESCRIPTORS:

Administrator
Regulation
Reform
Colleges
Limit
Responsibility
Public resources
Public goods.

INTRODUCCION

La actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 395, del cuatro de Agosto del año dos mil ocho, así como su Reglamento, contemplan en sus artículos 70, 80 y 121 respectivamente, la **Administración del Contrato**, de la responsabilidad civil, penal y administrativa del Administrador del Contrato.

Esta figura del administrador del contrato es una innovación en la legislación de contratación pública ecuatoriana, por lo que el presente trabajo pretende esencialmente examinar el alcance de las facultades otorgadas por la ley de contratación pública al administrador designado que es quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.

Es de trascendencia el presente estudio porque el Administrador del Contrato tiene un rol importante en la ejecución y cumplimiento del contrato celebrado por la entidad pública, por la responsabilidad otorgada a éste personaje, responsabilidad que se puede transformar en administrativa, civil y hasta penal.

Con tal propósito se plantea dos problemas en la legislación al indicar que la entidad contratante designará un Administrador del contrato, se sobreentiende que la entidad designará un sinnúmero de servidores con esta responsabilidad si se trata de designar para cada uno de los contratos y el otro problema es la no delimitación de las facultades otorgadas a esta persona.

Por lo que en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se debió haber referido con mayor profundidad a este actor de la ejecución del contrato, es decir reglar toda la actividad de manera más precisa y no de forma general y escueta como se lo ha hecho.

El trabajo investigativo, aporta al Estado y sociedad una propuesta de reforma parcial al Reglamento sustitutivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con lo que se pretende delimitar la actuación del Administrador/a del contrato, puesto que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

La Constitución de la República del Ecuador Art. 233, dispone que ninguna o ningún servidor/a estará exento de la responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

En este principio están involucrados no solo los servidores públicos sino también los contratistas y terceras personas que hayan intervenido en la contratación pública en las diferentes etapas del proceso precontractual, contractual y pos contractual, por lo que están obligados a cumplir con los fines del estado, aplicando una correcta ejecución de lo contratado.

Todo lo mencionado anteriormente quiere decir, que los servidores públicos, los ecuatorianos, más aún el Administrador del Contrato, están en la obligación de exigirle al contratista el cumplimiento del objeto contractual, plazos y más cláusulas contractuales, toda vez que la ley le otorga mecanismos jurídicos para hacer cumplir las obligaciones, como la modificación, pecuniaria como las multas, terminación e interpretación unilateral del contrato, con lo que se estaría velando por los recursos públicos que son recursos del pueblo.

CAPITULO I

LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. La Administración pública en el Ecuador

En el presente trabajo se desarrolla una visión global del desenvolvimiento jurídico de la Administración Pública ecuatoriana a lo largo del siglo XX, con un breve antecedente sobre la herencia administrativa española y la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XIX. Sobre este tema apenas se encuentran estudios propiamente de Derecho Administrativo. En cambio, existen enfoques interesantes desde la perspectiva del Derecho Constitucional ecuatoriano y de la Historia del Ecuador, los cuales han sido aprovechados en lo procedente. Además de un vistazo de conjunto se han desarrollado secciones con el desarrollo de los temas más importantes de la administración pública ecuatoriana a la luz de la doctrina contemporánea.

1.2. Antecedentes

La herencia administrativa española y la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XIX

La Constitución ecuatoriana de 1830 contempla dentro del “Poder Ejecutivo”, para asistir al Jefe de Estado, un “Ministerio de Estado” a cargo de un Ministro Secretario encargado de dos secciones: gobierno interior y exterior y hacienda; y el Consejo de Estado, con funciones consultivas. Las unidades de Guerra y Marina están a cargo del Jefe de Estado Mayor General. Un Decreto de 1831 separa “provisionalmente” “el ministerio de hacienda del interior y exterior”. La siguiente Constitución, de 1935, fija en tres el número de los ministros secretarios de Estado: Interior y Relaciones Exteriores, Hacienda, y Guerra y Marina. A finales de siglo, la Ley Fundamental de 1897 dispone que habrá “hasta cinco Ministros Secretarios de Estado”, remitiéndose a la ley para la determinación de los “ramos y las funciones correspondientes a cada uno de los ministerios”.

El Consejo de Estado, a veces denominado “Consejo de Gobierno” en las constituciones ecuatorianas, es una institución consultiva que se reconoce desde la primera Constitución del Ecuador, persiste hasta bien entrado el siglo XX.

El “Congreso Constituyente” de 1830 que estableció el “Estado del Ecuador” y dictó su primera Ley Fundamental se remite a la legislación colombiana de 1825 para la organización administrativa. Afirma que “siendo pocas las variaciones que ha hecho en lo concerniente al régimen, o gobierno interior de las provincias de su distrito, y habiendo manifestado la experiencia que las innovaciones y la multiplicidad de leyes reglamentarias solo causan confusión, inquietud y disgusto a los pueblos”¹; razón por la cual decide aplicar “literalmente” la Ley colombiana de 1825, que había regido hasta entonces en este departamento, que hoy es Ecuador. Esta Ley sobre organización y régimen político y económico de los departamentos y provincias establece como autoridades administrativas a los intendentes para los departamentos, gobernadores para las provincias, los intendentes son gobernadores de las provincias en que tienen su residencia, los jefes políticos municipales, los alcaldes municipales y parroquiales, jefes políticos municipales, juntas de sanidad, municipalidades y juntas parroquiales, juntas de provincia. Su último capítulo se dedica por entero a la tipificación y sanciones a las incorrecciones de los “empleados públicos”.

La primera ley propiamente ecuatoriana sobre el tema, de 1843, mantiene los gobernadores y designa a corregidores y tenientes parroquiales para los cantones y parroquias; así como establece un “concejo provincial” para asistir a los gobernadores.

Cabe señalar que esta organización administrativa se recorta con igual perfil que la española de aquella época. En efecto, a fines del siglo XIX la Administración Pública española se componía de los siguientes ministerios: Estado, Gracia y justicia, Guerra, Hacienda, Marina, Gobernación, Fomento y Ultramar.

El Consejo de Estado tenía un papel consultivo y las provincias estaban regidas por gobernadores. En los ministerios se encontraban subsecretarios, directores generales y oficinas centrales ².

¹ LÓPEZ CALVO, JOSÉ. (1996). *Organización y Funcionamiento del Gobierno*. Madrid, p. 91.

² POSADA, ADOLFO. (1897). *Tratado de Derecho Administrativo*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, p. 57

Particular atención se presta a la hacienda pública, fuente de los ingresos estatales, tanto durante la Colonia como en la República. La Constitución de 1830 atribuye a una “contaduría general” atribuciones para revisar las cuentas de las contadurías departamentales, conforme la ley especial de la materia. La Ley Orgánica de Hacienda de 1830 establece tesorerías departamentales y una junta de hacienda. Asimismo, según el mandato constitucional conforma la Contaduría General y las contadurías departamentales. Las sanciones impuestas a las contadurías departamentales son conocidas por el Ministerio de Hacienda ³. La Contaduría General paso a denominarse Tribunal de Cuentas en la Ley Orgánica de Hacienda de 1843.

En España, la Contaduría mayor del Reino se organiza desde 1437, llamándose Tribunal de Cuentas del Reino desde 1851. Para fines del siglo XIX se le reconoce la categoría de los tribunales “supremos” y se “lo define como la autoridad superior a quien compete el examen y juicio de las cuentas del Estado, ejerciendo jurisdicción especial y privativa para perseguir las *responsabilidades* que se derivan de las mismas (pagos indebidos, malversaciones, desfalcos). Sus fallos son ejecutorios”.

Desde la primera Constitución ecuatoriana, de 1830, se atribuye al Congreso la competencia para “decretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas” (Art. 26, 1°).

Por ley de 1837 se autoriza el Ejecutivo para celebrar contratos con particulares “para la construcción, reparo y mejora de caminos”, que considera el pago al contratista con los peajes y pontazgos que produzca el uso de esta vía. Para las construcciones por cuenta del gobierno se dispone la contratación de un ingeniero, hasta terminar la obra.

³ DE PAREDES Santa María. *Ob. cit.* p. 699.

También establece “las bases” para la celebración del contrato, procedimiento que incluye la impresión y circulación de carteles en los lugares más públicos. Las propuestas recibidas debían publicarse en la imprenta “con el objeto de solicitar mejoradores”.

A los veinte días, de no existir una mejor oferta, “se someterá al Consejo de Gobierno”⁴.

⁴ LEY AUTORIZANDO AL PODER EJECUTIVO para que pueda celebrar contratos particulares para la construcción, reparo y mejora de caminos, 20 de marzo de 1839. Primer Registro Auténtico Nacional pp. 510-512

1.3. Las etapas de la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX

La diferenciación de Gobierno y Administración Pública

Existen variadas concepciones de la Administración Pública. De hecho, una tendencia que se perfila siguiendo la legislación y la doctrina española, es de considerar la existencia más bien de “administraciones públicas”, cada una de ellas con su propia personalidad jurídica. Estas administraciones públicas están principalmente constituidas en ese país, además del gobierno central, por los gobiernos autónomos y por los municipios, se hace referencia a la Administración Pública como el aparato institucional del Gobierno central establecido para la ejecución de las políticas públicas.

Para Giannini, más que un poder ejecutivo, existe un poder gubernativo, mientras que la administración estatal misma se puede considerar como el aparato del poder gubernativo. Por otra parte, si se toma el concepto de poder gubernativo en sentido estricto, es necesario reconocer la existencia de un poder administrativo subordinado⁵.

Además, hay que anotar el desarrollo y existencia concomitantes de burocracias profesionales y de instituciones burocráticas presentes desde Egipto, Roma, la Iglesia Católica desde el siglo XIII, China, los Estados europeos modernos, además de las grandes empresas capitalistas⁶. La principal característica de estas burocracias, es la distinción existente entre esta institucionalidad de naturaleza permanente y los Gobiernos mismos, por naturaleza accidental y variable.

La administración española en América, que inicialmente ocupó en los virreinos y cargos más importantes a miembros de la nobleza española, a lo largo del tiempo fue confiando tales posiciones a burócratas profesionales, que iban ascendiendo en la carrera administrativa en diferentes ubicaciones geográficas de los dominios españoles.

Esta diferenciación de la doctrina, entre Gobierno y Administración, cobra fuerza legal con la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común” española, de 1992.

⁵GIANNINI. *Ob. cit.* V. I. p. 74.

⁶WEBER. “Bureaucracy” En: *Ob. cit.* p. 204

En efecto, se lee en la exposición de motivos: “Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno”. Mas, a pesar de lo ilustrativo de la diferenciación, hay que concordar con José López Calvo en que “en la práctica resulta difícil mantener la relevancia jurídica de la distinción funcional entre lo político y lo administrativo”⁷.

No obstante lo dicho, para entrar en el tema de la Administración Pública ecuatoriana, esto no resultaba claro para la doctrina de fines del siglo XIX, que forzosamente debía influir en el ordenamiento local. Santa María de Paredes, en su influyente “Curso de Derecho Administrativo” (Madrid, 1898), afirma que “...podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres *Poder ejecutivo y Poder administrativo* sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa”⁸.

Adolfo Posada, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración en 1897: “... no (hay que) confundir la *Administración* con el *Poder Ejecutivo* ni con su fin”. Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo XX: “... la *acción protectora* –injerencia social– del Estado”. Aclara que “...el Poder Ejecutivo tiene *su aspecto administrativo*”⁹ (además de la administración misma).

En todo caso, la principal influencia del esquema de la Administración Pública ecuatoriana es la que hereda de la Colonia y la que estuvo en vigencia durante su pertenencia a la República de Colombia, hasta el surgimiento del “Estado del Ecuador”, en 1830. Pero un verdadero intento de desarrollar una burocracia profesional no se inicia en el Ecuador hasta entrado el siglo XX.

⁷ LÓPEZ CALVO, José (1996). *Organización y Funcionamiento del Gobierno*. Madrid. p. 91.

⁸ DE PAREDES, Santa María. *Ob. cit.* p. 50.

⁹ POSADA, ADOLFO(1897). *Tratado de Derecho Administrativo*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid. p

La Administración Pública ecuatoriana a inicios del siglo XX

El siglo XX ecuatoriano parte de la Revolución Liberal de 1895. A pesar de que la primera Constitución Liberal, de 1897, apenas se diferencia de las anteriores, sí anticipa la orientación antirreligiosa de la Ley Fundamental de 1905 al suprimir, por primera vez, el nombre de Dios del preámbulo constitucional; pero no sabe plasmar, no obstante el alto nivel intelectual de sus integrantes, la filosofía y principios liberales¹⁰. Es decir, el Ecuador entra en el siglo XX básicamente con las mismas instituciones administrativas de las últimas décadas del XIX.

Las principales fuentes de la normativa de la Administración Pública ecuatoriana de inicios del siglo XX continúan siendo: la Constitución de la República, la Ley de Hacienda y la Ley de Régimen Administrativo, sustituidas por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) a mediados de los setenta y, por el “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”, a fines del siglo XX¹¹, inspirado este último en la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas de España. En los temas de función pública, presupuestarios y contractuales, que constaban originalmente en las sucesivas leyes orgánicas de hacienda, más adelante se crean las leyes de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Presupuestos del Sector Público y de Contratación Pública.

Así, las instituciones político-administrativas que se encuentran vigentes en 1900 son la Presidencia de la República y “hasta cinco” ministros de Estado, constantes en la Constitución de 1897 y con funcionarios expresamente determinados en la Ley de Régimen Administrativo Interior, entre los cuales se cuentan cuatro ministros secretarios de Estado: Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, y Guerra y Marina¹², de 1898.

¹⁰ LARREA HOLGUÍN, JUAN I. (1998) “La Primera Constitución Liberal, de 1897”, en: *Religión y Derecho*. División Editorial Poligráfica. Guayaquil. p. 40.

¹¹ LEY DE RÉGIMEN ADMINISTRATIVO, La Procuraduría General del Estado considera que se esta Ley se encuentra vigente. Of. PGE N° 07028 de 08-03-2004. RO 363, 24 de junio de 2004.

¹² COLECCIÓN DE LEYES Y DECRETOS, (1898), expedidos por los congresos ordinarios y extraordinarios de 1898. Edición oficial hecha por el archivero del Poder Legislativo. Imprenta Nacional. Quito,. pp. 72-98.

No obstante, en 1900, se reforma esta Ley autorizando al Ejecutivo “aumentar el número de los Ministros Secretarios de Estado, hasta el término que fija la Constitución”¹³. Esta potestad de creación de ministerios con prescindencia del Congreso no se encuentra atribuida al Ejecutivo en la siguiente Ley de Régimen Político Administrativo de la República, ni en la codificación de la Ley de Régimen Administrativo de 1960, y no reaparece hasta la Constitución Política de 1979. El texto de la reforma y codificación constitucional de 1998, dice al respecto: “El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República” (Art. 176). En la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República de 1930, los ministros de Estado son seis: Gobierno y Previsión Social, Relaciones Exteriores, Educación Pública, Obras Públicas, Agricultura y Fomento, Hacienda y Crédito Público, y Guerra, Marina y Aviación¹⁴.

En la actualidad existen quince ministerios de Estado, a lo que pueden añadirse las dependencias con nivel ministerial Secretaría General de la Administración, Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE)¹⁵, el CODEPMOC¹⁶ y el CODAE¹⁷.

Los gobernadores de provincia a comienzos de siglo, conforme la tradición del siglo XIX, desempeñan un papel destacado, por la autonomía de sus acciones, el mando militar que ostentan y relación jerárquica sobre todas las oficinas públicas de su ámbito territorial. Además, la dificultad de comunicaciones le atribuía necesariamente una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus vastas atribuciones. Esto se manifiesta en la extensión con que se tratan sus competencias en las sucesivas leyes de Régimen Administrativo Interior.

¹³ LEY REFORMATIVA DE LA LEY DE RÉGIMEN ADMINISTRATIVA INTERIOR, (1901), del 20 de octubre de 1900. RO 1247. Decretos y Leyes sancionados en el año 1900. Publicación anual del Archivo del Poder Legislativo. Imprenta Nacional. Quito. pp. 127-129.

¹⁴ LEY DE RÉGIMEN POLÍTICO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA, (1933) de 9 de diciembre de 1930. Anuario de Legislación Ecuatoriana. Volumen 23, primera parte. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo.

Imprenta y encuadernación nacionales. Quito. p. 17. Art. 6.

¹⁵ Créase el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) adscrito a la Presidencia de la República, con sede en Quito. RO 86, 11 de diciembre de 1998.

¹⁶ Suplemento RO N° 301, 6 de abril de 2001. DE 1394. Créase el Consejo de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral (CODEPMOC).

¹⁷ Créase adscrito a la Presidencia de la República el Consejo de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE como organismo de derecho público, descentralizado y participativo, cuya sede principal será la ciudad de Quito. RO N° 1, 21 de Abril del 2005.

La evolución de las competencias públicas a lo largo del siglo XX

Las funciones públicas que la teoría política de su época atribuía al Poder Ejecutivo eran en extremo restringidas, si se compara la latitud de los campos que hoy abarca la Administración Pública. En el caso ecuatoriano, durante el siglo XIX las actividades del Ejecutivo se contrajeron al afianzamiento militar, en medio de constantes levantamientos, asonadas y amenazas de invasión extranjera, con una mínima Administración Pública propiamente dicha. Las obras y edificios públicos y el apoyo a la “instrucción” representan los principales esfuerzos de los presidentes del siglo XIX. En todas estas actividades tenían gran injerencia el Congreso y el Consejo de Estado. La terminación de la obra del ferrocarril Quito-Guayaquil, a comienzos del siglo XX es emblemática del Estado ecuatoriano moderno, que no encuentran su parangón hasta la segunda mitad de la centuria con obras como las del oleoducto transecuatoriano, la Refinería Estatal de Esmeraldas o la represa del Paute, las obras de ingeniería hidráulica de la Cuenca del Guayas y la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP).

Un principio de formación de cuadros burocráticos se esboza dentro de la administración pública propiamente dicha como resultado de la pugna establecida por el régimen liberal con la Iglesia: el Gobierno asume la educación pública y el manejo de las obras de asistencia social, incluyendo los cementerios, hasta entonces a cargo del clero:

Los afanes de secularización llevaron a absorber por parte del Estado las obras de beneficencia, antes servidas casi exclusivamente por comunidades religiosas, y para esta estatización se procedió paralelamente a la confiscación, sin indemnización, de los bienes de dichas comunidades. Se formó así (1908) el patrimonio estatal de la Asistencia Pública, pero en nada se mejoró el servicio a los ciudadanos; más bien, ese enorme patrimonio territorial siguió siendo mal administrado, y las rentas que antes sostenían casas de salud, orfanatorios, etc., se perdieron en el mantenimiento de una creciente burocracia¹⁸.

Por otra parte, observa este jurista:

¹⁸LARREA HOLGUÍN, JUAN I. (1982), “El espíritu jurídico de la República (de 1895 a nuestros días)”. En: *Historia del Ecuador*. Salvat. Quito. V. 7, pp. 113-114.

Fue también período de establecimiento de estancos. El de aguardientes, que se había suprimido en 1830, renace en 1913 y se establecieron los de tabacos y fósforos en 1904, lo mismo que el de la sal.

“La legislación militar fue abundantísima, pero intrascendente en sus reformas casi infinitas. Otro tanto podríamos decir del ramo fiscal, en el que se multiplican los impuestos locales y con destino preciso para ciertas obras de interés reducido.”

Asimismo se observa una nueva dispersión de órganos administrativos y de asignación de tributos, lo cual es una tendencia cíclica de la Administración Pública ecuatoriana de dispersión y centralización sucesiva de entes y recursos. No se puede llamar a esta creación de juntas administradoras de obras propiamente una descentralización en cuanto esta última supone una estrecha concertación con los poderes centrales en la ejecución de las políticas públicas nacionales. Esto no era posible considerando la ausencia misma de tales conceptos como diseño e implementación de políticas públicas, planificación, normativa y regulación y por la dificultad de las comunicaciones. Sobre tal dispersión comenta el autor que se cita:

Proliferaron las juntas, Comités, Institutos, Consejos, Centros, Ligas, Oficinas, Programas, Cámaras, etc., y demás formas de dispersión administrativa, con sus consecuencias de crecimiento desmedido de la burocracia, de poco control y muchos abusos.

A fines del primer cuarto del siglo, se destaca un incipiente surgimiento de actividades reguladoras del Estado a partir de la denominada revolución juliana en 1925, con la creación del Banco Central, la Superintendencia de Bancos, la Contraloría General del Estado. Estas dos últimas entidades, llamadas organismos de control por la Constitución de 1998, han proliferado a fines del siglo en áreas como la eléctrica y las telecomunicaciones, donde parte de las funciones de los nuevos organismos se superponen.

La revolución juliana marca el inicio de una transformación del enfoque de la Administración Pública en la política no solo monetaria, sino también financiera y económica del país. El Estado asume un creciente control sobre aspectos que hasta la fecha se encontraban fuera de la órbita gubernamental. Esta supervisión requiere de una institucionalidad y de una burocracia especializada. Las políticas públicas dan impulso a la obra pública del Ejecutivo en beneficio de la colectividad, pero así mismo,

inevitablemente, fueron influidas por intereses particulares, como han señalado en forma unánime los historiadores.

Según Pareja Diezcanseco:

“Además, del gobierno de Ayora débese recordar la política de vialidad, la canalización y pavimentación de Guayaquil, la Ley de Asistencia Pública, la Ley de Sanidad, la de Timbres, de Monedas, Orgánica y Arancelaria de Aduanas, de Hacienda, Jubilación, Montepío Civil, Impuesto a las Herencias, Contrato individual de Trabajo, duración máxima de la jornada, descanso semanal, reglamentación del trabajo de mujeres y de protección a la maternidad, desahucio del trabajo, responsabilidad por accidentes...

Esto es, sin duda, bastante hacer.

Como consecuencia del estudio que la misión Kemmerer hiciera de la situación monetaria, se acordó dar al sucre una paridad reajustada a la realidad. La devaluación a cinco sucres por dólar produjo al gobierno una ingente utilidad, que se invirtió en obras públicas, pero desgraciadamente también en exceso de burocracia. Fue ésta una de las faltas de la administración Ayora: el excesivo gasto fiscal, agravado por nuevas tributaciones. Volvióse a tomar por los caminos de la inflación, en este caso debido a una errónea política de enriquecimiento gubernativo que conllevaba el empobrecimiento general, por el crecimiento del gasto público y el alza de precios”¹⁹.

Para Agustín Cueva, a propósito del tema burocrático,

Era evidente que las capas medias concebían su “revolución” ante todo como un “acto de justicia” para consigo mismas, y no sólo en la esfera militar. Hasta antes de la transformación “juliana” los empleos habían escaseado, mas ahora “se crearon cargos sin función, o con funciones subdivididas, para mucha gente. Se triplicaron o cuadruplicaron los sueldos de la alta burocracia. Y al olor de tan rico presupuesto no tardaron, hasta muchos de los díscolos de la víspera, en allanarse a la situación tras los cargos de la nueva banca, de los nuevos organismos administrativos y de la diplomacia”²⁰.

¹⁹ PAREJA DIEZCANSECO, ALFREDO. (1982) “Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas”. En: *Historia del Ecuador*. V. 7. Salvat. Quito. p. 66.

²⁰ CUEVA, AGUSTÍN. (1983). “El Ecuador de 1925 a 1960”. En: *Nueva Historia del Ecuador*. Corporación Editora Nacional-Grijalvo. Quito. V. 10, p. 95.

Sobre los cambios en el enfoque del papel del gobierno y la Administración Pública, manifiesta este sociólogo,

“...Y es que, a partir de 1926, concretamente, la “revolución” había conseguido consolidarse como simple movimiento modernizador del estado ecuatoriano. En esta perspectiva fueron suprimidos los llamados “estancos” particulares (monopolios locales o regionales), se centralizaron las rentas públicas, se crearon el Banco Central y la Superintendencia de Bancos.

La Asamblea de 1929 sentó, además algunos principios progresistas para la época, como el de la función social de la propiedad y la representación de las minorías políticas; estableció el hábeas corpus y reconoció derechos para los hijos ilegítimos. En este período, se instituyó también la Caja de Pensiones para empleados públicos, se dictó una legislación laboral sobre contratos, jornada máxima, desahucio, trabajo de mujeres y menores y se crearon las Inspectorías de Trabajo, medidas que, en algo, beneficiaron por lo menos a los obreros de los sectores más modernos de la economía nacional que, en realidad, no eran muchos”²¹.

“Más nada de esto implicó un cambio estructural de envergadura, que modificara sustancialmente la condición de las grandes masas populares. En el mismo año 1929, es decir, al tiempo en que se expedía una constitución de principios progresistas, el gobierno no vacilaba en reprimir sangrientamente los levantamientos indígenas de Columbe y Colta. La modernización del estado ecuatoriano, como se ve, «tenía límites de clase sumamente claros»²².

La planificación surge a mediados de siglo como complemento al papel de fomento que se asigna al Estado, en el estímulo y orientación de las actividades productivas y la orientación de las inversiones estatales y del gasto público, a cargo de la Junta Nacional de Planificación, después Consejo Nacional de Planificación (CONADE).

²¹ IBIDEM

²² IBIDEM

La creación desde aquella época de algunos ministerios existentes en la actualidad responde a la necesidad de administrar “leyes de fomento” que ofrecen estímulos principalmente tributarios, pero también de diferente naturaleza, además de los créditos subsidiados, orientados a sectores y áreas productivas selectas; que son todas estas políticas abandonadas por sus resultados magros durante el cuarto de siglo del tiempo de su vigencia aproximada. La reforma y codificación constitucional de 1998 encarga estas funciones de planificación a un organismo técnico de la Presidencia de la República.

El papel del Estado como motor del desarrollo, concepción generalizada en la región a mediados del siglo y acogida entusiastamente por los bancos internacionales de desarrollo, involucra al Estado en actividades productivas a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta, en los más variados campos económicos, incluyendo hidrocarburos y electrificación, comercialización y almacenamiento de alimentos básicos, hoteles turísticos y la empresa pesquera, así como la forestación, a partir de los años 60 y 70. La creación de unidades administrativas y ministerios sucesivamente encargados de la ejecución de programas de desarrollo y asistencia local es una tendencia propiciada por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, que se inicia en los años 80 y se intensifica con el aumento de la crisis y el empobrecimiento generalizado de la población, especialmente la del campo (los suprimidos SEDRI y DRI y los vigentes programas del Ministerio de Bienestar Social, así como el Desayuno escolar, instituciones como el FISE y el Fondo de Solidaridad, el Bono Solidario, bono de vivienda, PRODEPINE, etc.). El fin de siglo en Ecuador tiene como características relevantes un gran impulso político y legal hacia la privatización, el resurgimiento de la antigua figura de la concesión para delegar servicios públicos y la descentralización, que se tradujeron en magros resultados durante la década de los noventa, puesto que ningún gran servicio público o importante actividad estatal se concesionó o se privatizó hasta la fecha, ni tampoco la descentralización se ha producido, aunque referencias abundantes a la misma aparecen en la Constitución de 1998 y en leyes variadas. En cambio, sí fueron liquidados negocios estatales que siempre produjeron grandes pérdidas y fueron motivo de escándalos en sucesivas administraciones y que en todo caso nunca produjeron los excedentes previstos, comenzando por la empresa de abonos del Estado, incluyendo la empresa de alcoholes y la Empresa Pesquera Nacional, Ecuatoriana de Aviación, así como las de comercialización y almacenamiento ENPROVIT y ENAC, entre las principales. La súbita estatización de un alto porcentaje la banca ecuatoriana de fin de siglo no fue el fruto de una política estatal, pero sí la

consecuencia de políticas y leyes fiscales, financieras y monetarias legislativas y ejecutivas combinadas con fenómenos económicos coyunturales como la caída de los precios y volúmenes de exportaciones privadas y petroleras y la destrucción de la infraestructura productiva ocasionada por el fenómeno de El Niño.

Las nuevas tendencias que se vislumbran en Sudamérica a comienzos del siglo XXI apuntan a un retorno de la intervención estatal, reversión de privatizaciones y vuelta a la administración directa de los servicios públicos por parte del Estado.

Por último, se perfila un nuevo paradigma en las actividades públicas y privadas orientadas hacia un desarrollo que no solo signifique crecimiento económico, sino también que aproveche racionalmente los recursos y sea equitativamente distribuido: es el concepto de desarrollo sustentable y conservación del medio ambiente, plasmado en la declaratoria constitucional del derecho a un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (Art. 23, 6. Constitución de 1998). En todas las leyes de los noventa, relacionadas con los servicios públicos y el aprovechamiento de los recursos naturales se contempla el requerimiento del estudio de impacto ambiental, consagrado en la Ley de Gestión Ambiental²³. Esta tendencia se afirma con la inclusión de tipificaciones penales por infracciones a tales principios²⁴.

El Ecuador en más de siglo y medio de historia turbulenta, ha alcanzado un progreso material y cultural de relativa importancia, lo que se ha evidenciado en la legislación social para el sector público.

En 1923 se crea la Caja de Pensiones, para dar protección social en particular a los empleados públicos.

En 1928 se promulgó la Ley Orgánica de Hacienda, para regular sus nombramientos, salarios, responsabilidad, etc. de los servidores públicos.

En 1959 se publica la Ley de Carrera Administrativa que establece: la estabilidad de funcionarios públicos; su capacitación técnica; y su sistema de selección.

²³ LEY DE GESTIÓN AMBIENTAL. RO 245 del 30 de julio de 1999. L. 99-37.

²⁴ LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL. RO 2 del 25 de enero de 2000. L. 99-49.

En 1968, la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa establece: un sistema de administración del personal, basado en el mérito; igual oportunidad, sin discriminación para todos los ecuatorianos; y una carrera en la administración pública.

Posteriormente esta Ley ha sido reformada mediante otras leyes y decretos; llegando a los años 90; cuando el Estado inicia un proceso integral de transformación con su modernización.

Actualmente en los diferentes organismos públicos del estado existen cerca de 500.000 empleados públicos, de los cuales la mayoría son profesionales de nivel superior, que ejercen funciones directrices, de supervisión y de planificación.

Un estado moderno no puede existir si no dispone de una administración pública también moderna. Esta Administración Moderna por otro lado, tampoco puede existir si no es conducida por funcionarios públicos altamente capacitados y actualizados en las dos funciones básicas de un Estado: suministrar servicios y ejercer control de las personas y de la propiedad.

En casi todas las universidades del país se han establecido programas a nivel de licenciatura o de ingeniería como se hacen llamar; programas de capacitación en administración de empresas. La mayoría se han preocupado en formar gerentes para la empresa privada; pero la UTPL si ha visto la necesidad de capacitar en administración pública a los funcionarios que ejercen actividades de dirección, decisión y planificación; y que se desempeñan como jefes de: obras públicas, salud, finanzas, educación, etc.

Esto es hasta cierto punto irónico, que el Ecuador sea el único país de América que sus universidades no tengan programas formales y continuos sobre administración pública.

Normas que regulan el Derecho Administrativo en el Ecuador

En cuanto a normas de organización, el Derecho administrativo establece los órganos e instituciones a través de los que actúan la Administración Pública, desde los servicios centrales, los órganos desconcentrados, descentralizados y organismos autónomos dependientes de otras instituciones y, en su caso, los Consejos de

Ministros, los Ministerios, Secretarías Generales, Direcciones generales, Subsecretarías, órganos representativos de las entidades que componen la Administración local, de empresas públicas, entre otros que no sean los mismos.

La mayoría de estos órganos tienen como característica común, la competencia para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares (imperium). En lo que respecta a las normas de funcionamiento, es preciso señalar que el Derecho Administrativo sólo regula aquellas actuaciones de la Administración Pública en las que los órganos administrativos actúan investidos de potestades públicas, es decir, están revestidos de (imperium)

Derecho administrativo y el Estado

Se llega al concepto de derecho administrativo a través del concepto de Estado. El advenimiento del Estado de Derecho fue el resultado de la convergencia de ciertas circunstancias, entre las que se destacan las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), la emancipación americana (1776) y las teorías políticas enunciadas por Montesquieu (división de poderes) y Rousseau (la ley como expresión de la voluntad general).

“Estado de Derecho: forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la Administración a la ley.”

En el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una Administración sometida al Derecho y, aunque está habilitada para dictar reglas generales, éstas están subordinadas a la ley.

Estado

Es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente. Es un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder.

Según Raneletti el poder de imperium del Estado, también llamado poder público o poder étático, es uno y único. La división de poderes no es sino la distribución del poder étático entre distintos centro o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, de determinada función, todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos estatales. Pero los que están separados o divididos son esos centros, no el poder.

Derecho administrativo

El Derecho Público es el derecho aplicable a todas las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado entra en juego.

El Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público Interno (éste es público porque no existe lucro, e interno porque es diferente del internacional) y está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del Poder Ejecutivo y la actividad materialmente administrativa del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y de los entes públicos no estatales.

La tarea del derecho administrativo es arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando la realización de los intereses comunitarios.

Características del Derecho Administrativo

El derecho administrativo se caracteriza por ser:

1. **Contralor:** A partir de la reforma de 1994 se han creado órganos que sólo tienen funciones de control, tales como la Contraloría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, etc. Otros organismos ejercen funciones de control, por delegación del poder estatal; estos organismos tienen poder de policía, que es una función administrativa.

2. **Común:** Es un derecho que, al igual que el derecho civil, es común a todas las actividades (municipales, tributarias, etc.) y sus principios son aplicables a todas esas materias.
3. **Autónomo:** Es una rama autónoma del Derecho, tiene sus propios principios generales, se autoabastece; es decir es un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.
4. **Local:** Es un derecho de naturaleza local porque tiene que ver con la organización política en nuestro país; es decir que habrá un derecho administrativo provincial y un derecho administrativo nacional.

En doctrina se sabe que la constitución es el fundamento jurídico dentro del cual se halla vertido el derecho público, cuyos principios desarrolla la ley, de donde, examinaremos el por qué la constitución se toma con mayor razón, en máxima fuente del derecho administrativo, para ello analizaremos los aspectos en función jurídica administrativa, el espíritu constitucional y el nacimiento del derecho administrativo.

Espíritu constitucional y el nacimiento del derecho administrativo, a lo largo de una profunda interpretación doctrinaria de la constitución del Estado, se ha llegado a la conclusión en todos los tiempos que es el marco jurídico superior indispensable para el asentamiento político y convivencia de la sociedad. Por lo tanto las demás leyes no constituyen sino su reglamento de aplicación. Cada una de las disposiciones de la constitución determina precisamente la esfera de acción de las funciones públicas que son generadoras del derecho.

De tanto valor y trascendencia reviste, pues el contenido total de la constitución, con sobrada razón, se transparenta su divina juricidad dentro de su propio contexto.

Las normas secundarias y las de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, los decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que de cualquier modo estuvieren en contradicción con la constitución o alteren sus prescripciones.

Dentro del estudio de la evolución del derecho administrativo en general, una vez más se reafirma en la tesis que la constitución de un Estado es el núcleo de donde arranca el todo el derecho y más aún del derecho administrativo. Por ejemplo en el Ecuador, cada una de las disposiciones consagradas en nuestra constitución singularmente en sus principios o garantías en favor de las personas constituye el núcleo de donde ha nacido o producido todo nuestro derecho administrativo, plasmado a lo largo de su legislación.

También podemos ver y demostrar como ejemplo que en Ecuador, la legislación sobre los derechos a la educación, a la libertad de asociación, a la seguridad social, a la promoción popular, a la familia, a la condición de los extranjeros, a la propiedad, el sistema tributario, al control general del Estado, al control del orden jurídico, han tenido su origen racional en las correspondientes normas constitucionales.

Por tales motivos el conocimiento y práctica de nuestro derecho administrativo, jamás puede apartarse de la constitución de un Estado, que constituye un antecedente inequívoco, innegable. La constitución del Estado fija los principios, y el derecho administrativo sienta las normas de aplicación.

1.4 ALCANCE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Administración es Conducción, es Gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos. La ciencia de administración es el conjunto de reglas para administrar los negocios e instituciones; y más particularmente para emplear los medios y recursos en la obtención de los fines de un estado, empresa, etc.

La palabra administración está compuesta por los prefijos latinos: AD = Más; MINUS = Menos; TRATOS = Tratado, Materia o Ciencia.

Esto quiere decir: La Ciencia, la Materia, la cosa que trata del más y el menos o sea el orden, la disciplina; uno es más y otro es menos; unos disponen, otros obedecen y hacen las cosas. Este es el principio fundamental que estableció a fines del siglo XVIII Adam Smith; quien dividió el trabajo en dos categorías: supervisión o planificación y operativo o ejecución.

Las normas administrativas; consisten de todos aquellos principios, normas, reglamentos y leyes; que proporciona el marco legal adecuado para lo que es la gestión, conducción; o sea la administración de un organismo público o privado.

La Administración Pública; es por lo tanto, el sistema administrativo de un estado, de una ciudad, de una comuna o centro poblado; y que existe principalmente para dos cosas:

1. Prestar servicios públicos a la comunidad a quien se debe; y
2. Ejercitar controles públicos a las personas y la propiedad dentro de su dominio.

Con estos objetivos las normas y leyes que regulan la administración pública deben:

- ❖ Establecer las agencias administrativas adecuadas; otorgándoles ciertos poderes, describiendo el alcance y límite de los mismos.
- ❖ Proveer de los medios para hacer cumplir las decisiones administrativa hechas en el ejercicio de estos poderes; y
- ❖ Proporcionarles un sistema que brinde seguridad contra acciones administrativas arbitrarias, discriminatorias o no autorizadas.

Los poderes o autoridades administrativas establecidas por las normas modernas son de cuatro tipos:

- El Normativo: poder que tiene la capacidad de generar las normas generales o regulaciones.
- El de Patente: poder que puede otorgar el uso, renovación y revocar licencias o permisos para ejercer actividades.
- El Investigativo: poder que obtiene la testificación para producir información y datos para producir una regulación efectiva; y
- El Ejecutivo: poder que emite ordenes administrativas para que sean ejecutadas por la comunidad.²⁵

²⁵ TOBAR, Hugo. (junio 1995), Informativo ESPAE.

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional

Surge del análisis, estudio, transformación y aplicación de la ley suprema; pues es ésta la que determina la estructura de los entes públicos y establece las reglas en materia de derechos humanos, que habrán de ser acatadas y respetadas en la actuación de la administración pública, además la constitución contiene otras normas relativas a cuestiones administrativas, por ello, se ha dicho que el derecho administrativo, es derecho constitucional APLICADO.

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Civil

En derecho administrativo en ocasiones es necesario recurrir a normas e instituciones jurídicas que pertenecen al derecho civil, para resolver necesidades que a la administración pública les son indispensables atender. Ej.: Adquirir bienes por medio de la expropiación.

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Penal

Este proporciona al derecho administrativo formas delictivas, así como un régimen de sanciones y una organización en servicios penitenciarios.

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Financiero

Es una rama importante en el derecho Administrativo, que ha mantenido su autonomía en cuanto a que ese derecho determina relaciones muy estrechas, principalmente en el derecho Tributario o Fiscal.

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Municipal

Es el que concreta las leyes, códigos, reglamentos que amparan los municipios, ciudades, estados, y provincias en beneficio de la sociedad y los sujetos que la

integran, en balance con el papel del Estado. Todo lo referente a la libre circulación de las personas, control de las fronteras exteriores, inmigración y cooperación judicial en materia civil pasa a formar parte del "pilar comunitario" y establece el Principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades

Alcance del Derecho Administrativo con el Derecho Comercial

Se relaciona porque la administración interviene en las actividades mercantiles de los particulares para facilitar la circulación comercial, dictándose normas, jurídico administrativas que regulan esas actividades.

1.5. El Administrador del Contrato en la legislación ecuatoriana

Qué es un administrador de contrato? Es la persona que está al pendiente de que los derechos y las obligaciones establecidas en el contrato se lleven a cabo de conformidad con lo acordado por las partes.

Me encuentro en funciones de Administradora de Contratos de la Universidad Técnica de Cotopaxi, en las cuales por varias ocasiones me he percatado que el contrato es muy bien hecho, establece los derechos y obligaciones de cada parte y hasta los procedimientos pormenorizados para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones pero la falla viene después de la firma del contrato ya que, muchas veces, el documento simplemente se archiva y nadie se preocupa por revisar los procedimientos establecidos, ni por reclamar los derechos que le correspondan, exigir el cumplimiento de las obligaciones, etc.

Por estas razones se sostiene que un abogado es quien debe redactar los contratos con el debido apoyo de las áreas operativas de la entidad, pero quién lo debe administrar? Generalmente el abogado que redactó el contrato no es quien lo administra en el día a día, ya que los abogados generalmente no estamos involucrados en las operaciones cotidianas de la entidad, por ejemplo la realización de los procedimientos de contratación, de pedidos, de plazos, de anticipos, de la formulación de reportes de avances de obra/trabajo/servicios, de la realización de

instalaciones y/o de servicios dentro o fuera de lo contratado, de ejecución de garantías, etc.

Para todo lo anterior es muy importante designar a una persona (abogado o no) que se encargue y tenga como responsabilidad dar el seguimiento adecuado a que los derechos y las obligaciones establecidas en el contrato se cumplan. Incluso, el administrador del contrato es la persona que, en caso de incumplimiento de la contraparte, tendría la obligación de avisar al abogado de la entidad para que, en conjunto, se tomen las decisiones pertinentes.

Pero, quien administra los contratos?

Redactar un contrato es el paso 1; firmarlo es el paso 2; administrarlo es el paso 3. Todos sabemos que un contrato se forma por cláusulas y son éstas las que detallan los acuerdos entre las partes. Ahora bien, en muchas ocasiones y sobre todo cuando el contrato tiene vigencia por un cierto tiempo (a diferencia de los contratos instantáneos), las partes están obligadas a llevar a cabo acciones o a satisfacer obligaciones durante la vigencia del contrato e incluso, a veces, después de su terminación. Aquí es donde el “administrador del contrato” toma relevancia.

La Administración de Contratos de Obras y Servicios, que contempla e incluye la Fiscalización e Inspección de los mismos, es a menudo una de las partes más descuidadas por ejemplo en un proyecto de construcción, una buena administración de contratos requiere de dedicación y persistencia. La intensidad y forma en que se desarrollará la administración de contratos, de un proyecto de construcción dependerá del tipo de contratos de obras y/o servicios en cuestión. Así contratos de poco monto de dinero y de corta duración o procura de una sola compra, requerirán menos esfuerzo administrativo que aquellos relacionados con proyectos costosos y de larga duración. La Administración de Contratos es un elemento crítico en el ciclo de procura de los proyectos de construcción y debe jugar un rol destacado y relevante en las operaciones de gestión del sector público.

El propósito y objetivo de la administración de contratos es obtener bienes y servicios de la calidad especificada, de manera oportuna y dentro del presupuesto establecido para la contratación sea ésta de bienes, servicios, o construcciones. Como tal la administración de los contratos de obras y servicios constituye la parte principal del

proceso de la administración que asegura al propietario de la petición o proyecto la obtención del mejor valor por el precio pagado.

De manera resumida, se puede definir la Administración de Contratos como el conjunto de funciones comprometidas con: (1) Preparar y administrar los contratos de adquisiciones, de obras y servicios para cubrir una necesidad o proyecto de construcción; y (2) Manejar adecuadamente las relaciones entre las Entidades, Proveedores-Clientes-Propietarios, Ingenieros Consultores y Contratistas. De tal manera, las funciones y responsabilidades de la Administración de Contratos varía ampliamente.

La Administración de Contratos, a través de una amplia variedad de procedimientos y vínculos intraservicio, presta asistencia a la actuación global de la entidad y de los proveedores, en el establecimiento de un enfoque sistemático ajustado a su tarea y de conformidad a los lineamientos de implementación del proceso.

En la aplicación de dichos servicios a cualquier compromiso particular, la tarea es la de identificar las funciones necesarias, estableciendo cuál es el nivel de esfuerzo apropiado a cada función, determinando qué entidad organizacional debería proveer los servicios requeridos por cada función y desarrollando relaciones contractuales entre las organizaciones participantes, de manera que el equipo de implementación del proyecto total pueda funcionar efectiva y eficientemente.

A través de una serie de procedimientos administrativos acompañados de la correspondiente responsabilidad, el administrador del contrato, que bien puede ser una persona o un grupo, ejerce asuntos de administración del proyecto para lograr una completa comunicación entre el personal involucrado, a todos los niveles de responsabilidad. El administrador del contrato traduce los asuntos administrativos en documentos de trabajo y en reportes de control, análisis y de acciones correctivas, para una gestión efectiva que abarque el control del proyecto y la minimización de su costo y riesgos.

Desde el principio del proyecto se debe estimular y fomentar una comunicación libre y total, una cuidadosa y completa comprensión de las funciones y responsabilidades, así como un programa de implementación de la administración del contrato bien desarrollado, de manera que el directivo tenga más que una escasa posibilidad de

conducir apropiadamente una buena gestión sin tener que preocuparse por molestos asuntos administrativos.

Etapas del contrato administrativo

- a) Formación del contrato, la cual se verifica a través del inicio y sustanciación del procedimiento de contratación respectivo;
- b) perfección del contrato a la cual se arriba con la emisión del acto final de tal procedimiento, esto es, el de adjudicación y la rendición de la garantía de cumplimiento -cuando procede-;
- c) formalización del contrato, la que debe darse en los supuestos en que es necesario que los derechos y obligaciones correlativas de las partes contratantes estén asentadas y reflejadas en un clausulado o documento formal;
- d) ejecución del contrato, durante la cual sendas partes ejercen sus derechos, cumplen con sus obligaciones recíprocas y con el objeto del contrato; y
- e) terminación o extinción, la que puede ser por causas normales cumplimiento del objeto o expiración del plazo, o anormales rescisión o resolución contractual.

NORMATIVA RELACIONADA CON LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

“DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 80.- Responsable de la administración del contrato.- El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.

Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda”.

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

“DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 121.- Administrador del contrato.- En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato.”

- NORMAS DE CONTROL INTERNO PARA LAS ENTIDADES, ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO Y PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO QUEDISPONGAN DE RECURSOS PÚBLICOS

408-16 Administración del contrato y administración de la obra Dependiendo de la entidad dueña del proyecto y la importancia del mismo, se organizará la administración del contrato o administración de la obra según se trate de la ejecución mediante contrato o una ejecución directa de la Entidad. Estas labores las puede realizar la entidad directamente o contratarla con una empresa consultora que se encargará de administrar por delegación. A pesar de delegar estas labores, la entidad mantendrá una supervisión rigurosa y estricta sobre la obra con el propósito de vigilar las tareas de fiscalización. En proyectos que involucren la ejecución de obras civiles y equipamiento o la ejecución de varias obras de la misma naturaleza se designará un Administrador del Contrato cuyas funciones, en términos generales, consisten en velar por la calidad de la obra, el costo y el plazo. La ejecución de la obra debe realizarse de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas dictadas por los órganos rectores en el campo de la preservación ambiental, la construcción, la salud, las relaciones laborales, el ordenamiento vial y urbano, el aprovechamiento de los recursos naturales y energéticos, la normativa tributaria y el ejercicio profesional.

Toda persona que tenga a su cargo la ejecución o administración de una obra tiene el deber de conocer las disposiciones legales y aplicarlas, tanto en lo que se refiere a los requisitos que dicha obra debe cumplir y los controles por ejercer, como en lo referente

a las condiciones laborales de los trabajadores: salud, seguridad, higiene del sitio en que se ejecuta, protección de los trabajadores contra riesgos profesionales. Asimismo serán obligatorias todas aquellas normas que se dicten posteriormente a las mencionadas, ya sea para derogarlas, ampliarlas o introducir conceptos nuevos, siempre que entren en vigencia mientras el proyecto se lleva a cabo.

En las organizaciones donde se cuenta con un Director de Obras Públicas o un Jefe de la unidad, éste generalmente asume las funciones de administrador del contrato o administrador de la obra. En otras entidades, con muchos proyectos, el administrador del contrato puede asumir la supervisión o manejo de varias obras.

408-17 Administrador del contrato

El administrador del contrato velará porque la obra se ejecute de acuerdo con lo planeado y programado, pero sin tomar parte directamente en la ejecución rutinaria de las tareas que aseguren su cumplimiento, antes bien, debe lograrlo mediante la delegación y supervisión de esas tareas, la comunicación constante con el personal encargado de llevarlas a cabo, la aplicación de su autoridad para dirimir o resolver cualquier problema que no puedan manejar los niveles inferiores y motivar al personal con el fin de que brinde lo mejor de sí para lograr el éxito del proyecto.

Es función del administrador del contrato establecer un sistema que evalúe el logro de los objetivos, mediante el cual pueda obtenerse información sobre su estado. Esto con el fin de tomar oportunamente acciones correctivas o para informar a las autoridades de la entidad sobre el desarrollo del proyecto.

Corresponde al administrador del contrato establecer la estructura organizacional necesaria para que el proyecto se ejecute en forma óptima, dependiendo de la magnitud del proyecto, se organizará una estructura de varios niveles, con un Jefe de Fiscalización y fiscalizadores en un área específica: calidad, avance físico y avance financiero de la obra, cada uno de los cuales tendría su propio personal de apoyo y la formación necesaria para atenderla o, si la complejidad de la obra más bien requiere de profesionales con formación en áreas distintas, como: estructuras, arquitectura, suelos, electricidad, mecánica, etc., que se encarguen de controlar tanto la calidad como el avance físico y financiero de las obras y rindan cuentas al Jefe de Fiscalización del proyecto. Además, para la estructura que establezca debe definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los que la conforman y finalmente, obtener el apoyo logístico e instrumentos de medición, requeridos para que la obra se

ejecute conforme con los objetivos definidos. Son funciones del administrador del contrato, entre otras:

- a) Velar y responsabilizarse porque la ejecución de la obra se realice de acuerdo a lo programado;
- b) Coordinar con las dependencias estatales o privadas que, en razón de sus programas o campos de acción, tengan interés en participar en la etapa de construcción del proyecto;
- c) Establecer un sistema para medir el logro de los objetivos definidos, de manera que oportunamente se obtenga información exacta sobre su estado y se comuniquen los resultados a las autoridades institucionales competentes;
- d) Velar porque se efectúen evaluaciones periódicas del proyecto;
- e) Autorizar el inicio de la obra o de cualquier trabajo no contemplado en los planos originales, que deba cargarse a los fondos destinados al proyecto;
- f) Coordinar su trabajo con el Jefe Fiscalizador del Proyecto que se encarga de la administración cotidiana del proyecto;
- g) Establecer la estructura organizacional apropiada para la ejecución de la obra, considerando todos los aspectos que intervienen en ella financieros, legales, de suministros, etc. aunque éstos no sean constructivos y definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los participantes; asimismo, proporcionar el apoyo logístico requerido. En el caso de fiscalización realizada por contrato, el Administrador del Contrato debe realizar una supervisión responsable sobre todas las labores; y,
- h) Intervenir en las actas de entrega recepción provisional, parcial, total y definitiva.

1.6. La responsabilidad administrativa, civil y penal del administrador del contrato

El administrador del contrato es un funcionario de la entidad, que maneja los contratos y a la larga trasciende en manejo de recursos públicos, éste se encuentra sometido a las disposiciones vigentes sobre la materia, especialmente en lo que se refiere a probidad y transparencia, sin perjuicio de otras asignadas en el Reglamento interno de cada organismo. En términos generales, el rol del administrador de contratos tiene la responsabilidad de la gestión de éste, monitoreando el cumplimiento de los hitos, de los plazos, la recepción conforme de los bienes y servicios, de los pagos, manejo de multas, entre otros.

La razonabilidad no debe ser valorada en materia de multas pues no es dable la interpretación.

“El artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, manda expresamente que, Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, las que **se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.**

Conceptos de responsabilidad

En términos generales, la responsabilidad es la capacidad de toda persona de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo, inteligente y libre, así como la relación de causalidad que une al autor con el acto que realice. La responsabilidad se exige solo a partir de la libertad y de la conciencia de una obligación. Para que exista la responsabilidad, el autor del acto u omisión que haya generado una consecuencia que afecte a terceros, debe haber actuado libremente y en plena conciencia.

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres dice en términos generales que RESPONSABILIDAD es: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado." Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado.

En Derecho Administrativo, el mismo diccionario indica que en lo que respecta al Estado "como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de responsabilidad

civil", es decir, que tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado por sí mismo o por terceros de quienes responde.

El artículo 233 de la Constitución del 2008 "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas."

El artículo primero del Reglamento de Sustitutivo de Responsabilidades, emitido por la Contraloría General del Estado mediante Acuerdo No.26-CGdel 12 de octubre de 2006, señala que Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal o terceros, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la Ley"

En definitiva, el concepto de Responsabilidad en Derecho Administrativo es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales. Para librar su responsabilidad, tales sujetos deberán justificar su acto, es decir, que éste debe ser motivado conforme el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.

La determinación técnica de la responsabilidad

Las responsabilidades en el Ecuador son determinadas por dos Órganos Superiores de Control, uno es el Congreso Nacional el cual, a más de tener la facultad privativa de legislar, tiene la facultad de controlar y determinar responsabilidades a los dignatarios (Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado, Ministro Fiscal, Defensor del Pueblo, etc.), a funcionarios y a empleados públicos. Este tipo de control y de determinación de responsabilidades se lo llama político porque termina en un enjuiciamiento de jurisdicción privativa de la Función Ejecutiva. El otro Órgano de Control Superior es la Contraloría General del Estado, la cual ejecuta el control técnico, en base a auditorías internas y externas, mediante informes y exámenes.²⁶

Clases de responsabilidades

Tanto la Constitución del Ecuador, como la Ley y el Reglamento de Responsabilidades, presentan dos grandes grupos de responsabilidades en el área administrativa, las cuales son:

- 1) **Por el objeto:** Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal. (Secciones 2, 3 y 4 del Capítulo 5 de la LOCGE; Art.4 Reglamento de Responsabilidades).
- 2) **Por el sujeto:** Responsabilidad Principal y Subsidiaria (Art.5 Reg. Res.); y, Responsabilidad Directa y solidaria (Art.6 Reg. Res.).

POR EL OBJETO

a) Responsabilidad Administrativa.- Consiste en la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias referentes a actos y contratos administrativos por parte de los servidores públicos y en el incumplimiento de sus funciones o cargos. Es decir, también se trata de casos de indisciplina que se aplica en servidores públicos y por excepción en terceros.

²⁶ RIVAS CASSARETO, María "LAS RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE TERCEROS".

La LOCGE en la sección 2 de su capítulo 5, define este tipo de responsabilidad como administrativa culposa en que se trata del resultado de un análisis del grado de inobservancia de las disposiciones legales relacionadas con las funciones de los dignatarios y servidores públicos, definiendo 14 causales, siendo un caso propio de corrupción la causal 4: "Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;"

La sanción dada por esta Ley es la multa de uno a diez sueldos básicos, pudiendo ser destituido de su cargo. (Art.46, inc. Primero). Pero esta misma Ley establece sanción por responsabilidad administrativa para los terceros o para personas jurídicas de derecho privado vinculadas con actos y contratos administrativos, con multa de \$10 a \$500, a ser recaudada por jurisdicción coactiva. (Art.47)

Existe la responsabilidad administrativa por todo perjuicio o daño causado a terceros por la acción u omisión de un acto administrativo.

La responsabilidad administrativa es propia de quienes ejercen cargos directivos, de quienes toman las decisiones que luego causan los perjuicios, y son las consecuencias jurídicas de sus actos las que configuran la responsabilidad administrativa la que bien puede tener implicaciones penales o civiles.

"Tanto el dolo como la culpa generan la responsabilidad civil en el campo extracontractual y en el de la formación y la ejecución de los contratos, pero sin que sea dable confundirlos, atribuirles consecuencias indiferentes, o tutelar el uno por normas aplicables sólo a la otra, o viceversa". [Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de agosto de 1949].²⁷

²⁷ <http://www.gerencie.com/sobre-la-responsabilidad>.

b) Responsabilidad Civil.- Cuando por acción u omisión, un funcionario o servidor público ha perjudicado económicamente a la institución donde sirve, ya sea manejando los recursos financieros o en el proceso de contratación o de ejecución de obra pública.

Esta responsabilidad está definida en el artículo 52 de la LOCGE: "...una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero... de un acto administrativo sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos."

El perjuicio financiero se lo establece y tramita mediante glosas (observaciones por irregularidades administrativas detectadas por auditoría que predeterminan responsabilidades, según No.1 del Art.53 LOCGE); que se notifican al funcionario o servidor para que en 60 días presente pruebas de descargo, o mediante orden de reintegro cuando el servidor ha desembolsado fondos públicos indebidamente, o entregado bienes del Estado o de instituciones públicas, o realizado obras o servicios sin fundamento legal, según el No.2 de la Ley Ibidem. De haberse vencido el plazo legal, el Contralor General del Estado dictará su Resolución. Es menester acotar que en esta responsabilidad también pueden incurrir terceros sujetos al derecho privado, quienes son los contratistas constructores o que prestan un servicio y entre éstos últimos los fiscalizadores contratados. Todos ellos, de alguna forma están vinculados con el sector público, como podría ser mediante un contrato de obra o de prestación de servicios. Los terceros tienen 30 días de plazo para descargar su culpa. (Art. 48 incisos 2do y 3ro. LOCGE) La sanción es pecuniaria, es decir, que los culpables de responsabilidad tendrán en su contra títulos de crédito a favor del Estado o de la institución perjudicada los que se cobrarán mediante coactiva ejercida ya sea por la entidad o por la Contraloría General del Estado y 57 de la LOCGE).

c) Responsabilidad Penal.-La responsabilidad penal es, en Derecho, la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste.

La responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Este tipo de responsabilidad se presenta cuando el funcionario ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.

Cuando por informes de auditoría se ha detectado casos de peculado o mal manejo de fondos públicos, tipificado en los artículos 257 (peculado) del Código Penal. Esta clase de responsabilidad determinada en el artículo 65 de la LOCGE, conlleva un procedimiento para ejercer la detención provisional del presunto responsable hasta pasarlo a manos de un juez de lo penal, también determinado en ambas Leyes antedichas. El informe de auditoría constituye la denuncia para que se dicte el auto inicial, la detención del implicado y la práctica de las medidas cautelares para garantizar los intereses del Estado.

Pero el peculado no es el delito único por el que un servidor público debe responder penalmente, el artículo 65 de la LOCGE señala otros delitos por los que debe responder, que son el prevaricato, el cohecho y el enriquecimiento ilícito, éste último es el caso más común de corrupción que agobia a nuestro país (Arts.277, 285 y Capítulo innumerado del Código Penal).

POR EL SUJETO

a) Responsabilidad Principal.- Es cuando el sujeto (servidor público) está obligado a dar, hacer o no hacer algo, por causa del cargo que ocupa o por su participación de un contrato. Este es el caso de los titulares de cargo públicos.

El artículo 5 del Reglamento de Responsabilidades la define como "Será principal la responsabilidad cuando el sujeto de la misma esté obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa,..."

b) Responsabilidad Subsidiaria.- Es cuando el responsable principal incumple, le corresponde a quien lo subroga responder con el cumplimiento del cargo. Esta es la responsabilidad que acarrear los encargados de los cargos públicos. Pero la LOCGE en su artículo 43, concede a favor del responsable subsidiario los beneficios de orden y excusión.

c) Responsabilidad Directa.- Corresponde al funcionario o servidor público que ejerza funciones de administración ya sea financiera o de gestión y registro o custodia de bienes públicos. Ellos deben responder hasta por la culpa leve (Art. 42 LOGGE y 6 del Reg. Res.).

d) Responsabilidad Solidaria.- Es cuando recae sobre dos o más funcionarios o servidores públicos e incluso sobre terceros regidos por el derecho civil, pero que tienen vinculación con el acto o contrato administrativo. Cabe acotar que la solidaridad se da entre el principal y los subsidiarios cuando la determinación de la responsabilidad se ha tramitado por glosa, mas no mediante orden de reintegro. En éste último caso, el Reglamento. Res. en su artículo 6, segundo inciso, manifiesta que la solidaridad se da solamente entre los responsables subsidiarios.

Sobre la responsabilidad de los administradores en el Código de comercio

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a

los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

Cuando se habla de alcance en esta materia se hace referencia al grado de responsabilidad que puede llegar a tener un servidor público y un contratista, dependiendo de su acción u omisión, conforme al artículo 6 del Reglamento de Responsabilidades que define lo siguiente:

1.- Se considera acción cuando el agente ha realizado una actividad indebida.

2.- Se considera omisión cuando se deja de hacer lo debido, como cumplir con disposiciones legales, reglamentarias y contractuales. Pero esta omisión puede ser intencional o culposa, de estos dos calificativos dependerá la sanción civil o penal. El numeral segundo del Art. 6 dice: "La omisión, que consiste en dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, por la distribución defunciones, por estipulaciones contractuales, o cometidos asignados, puede ser intencional o culposa;" El numeral tercero del mencionado artículo explica qué es la omisión intencional: "...es aquella que se produce con el designio de obtener algún resultado dañoso, puede dar lugar a la determinación de responsabilidad conforme el numeral primero de este artículo:"

Es decir, que tanto la acción como la omisión pueden ser dolosas, sinónimo de intención positiva de causar un daño a la administración pública, lo cual genera responsabilidad penal.

Finalmente, el número cuarto define la omisión culposa como la:

"...que se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal sino administrativa o civil, o ambas a un tiempo."

En este último caso, cuando la omisión es culposa, solamente, tiene el mismo tratamiento que una culpa leve.

¿Quiénes son los que detectan y determinan estos tipos de responsabilidades?

Los auditores internos de cada institución pública son quienes emiten sus informes detectando responsabilidades (Art. 17 inciso final de la LOCGE) los mismo que los auditores gubernamentales (pertenecientes a la CGE- Art.26 de la LOCGE), pero es el Contralor General del Estado quien a través de sus Resoluciones, establece las responsabilidades administrativas, civiles y la presunción de responsabilidades penales, tras los informes de las respectivas auditorías y de los exámenes especiales (Art. 19 LOCGE).

Para detectar cada tipo de responsabilidad según el objeto, el Reg. Res., ha formulado tres procedimientos basados en las disposiciones de los artículos 45 y 52 (administrativa y civil) y 65 (penal) de la LOCGE.

¿Quiénes son los sujetos responsables de las acciones y omisiones culposas?

Reglamento. Res. Art. 7.- Sujetos de responsabilidad.- Pueden ser sujetos de la responsabilidad administrativa culposa, civil culposa o indicios de responsabilidad penal, las autoridades, dignatarios elegidos por votación popular, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado; los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que se encuentren en funciones o que hayan dejado de desempeñarlas por cesación definitiva de las mismas; así como los terceros, tomando en cuenta los plazos de prescripción y caducidad previstos en la Ley.

Un mismo acto administrativo o hecho relacionado con la administración pública puede acarrear responsabilidad para varios sujetos, igualmente un mismo servidor puede ser objeto de responsabilidad por varios actos o hechos.

Los terceros podrán ser sujetos de responsabilidad civil, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, de acuerdo con las leyes y demás normas jurídicas aplicables.

1.7 Quién aplica la multa en los contratos públicos?

En legislaciones comparadas como la colombiana, se ha sostenido que el monto máximo posible para aplicar una cláusula penal o multa es del 25 % del monto del contrato, situación que debe quedar claramente definida en el pliego, de forma tal que los eventuales contratistas conozcan, de previo, la estimación anticipada que significarán las multas, es decir su quantum o tope máximo, el cual debe ubicarse dentro de ese mencionado límite. En ese sentido la totalidad de sanciones pecuniarias no sobrepase el límite señalado, es decir el 25% del total del contrato.

No hay debido proceso.

“Tal como bien lo apunta la Administración, una vez establecida la cláusula penal o multa y cómo va a implementarse, la Administración la aplicará contra inobservancia de las condiciones, sin tener que demostrar el daño causado (artículo 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa, colombiano), toda vez que en la especie, la aplicación de la sanción es una consecuencia directa de un incumplimiento en la ejecución del contrato, por lo que se produce una simple constatación del mismo y se aplica una medida que expresamente es aceptada por la parte al presentar ofertas y posteriormente al suscribir el contrato.”²⁸

Cláusula penal y multa. Distinción entre ambas.

“ La doctrina no siempre distingue claramente entre la multa y la cláusula penal, siendo el elemento común a ambas el que se haya establecido previamente el hecho que será sancionado y el quantum de la multa. Sin embargo, estimamos que el Reglamento de Contratación Administrativa sí aborda de modo particular, la cláusula penal para supuestos referidos a la sanción por ejecución prematura y principalmente, tardía del objeto contractual. Así por ejemplo, se tiene lo preceptuado en los apartes 4 y 5 del artículo 36 del citado Reglamento que en lo que interesa señalan: “36.4. Cuando exista cláusula penal por demora o ejecución prematura del contrato, la garantía de cumplimiento no podrá ejecutarse invocando ese motivo... 36.5 La ejecución de la garantía de cumplimiento o la aplicación de la cláusula penal por demora o ejecución prematura, no exime al contratista de indemnizar a la Administración”. En consecuencia, la **cláusula penal está referida a asegurar la observancia estricta del plazo del contrato.**

²⁸ Ejecución de contratos en la administración pública. C&C Consultores Asociados: firma líder en capacitación y consultoría especializada Derecho de propiedad intelectual protegidos a favor de IFAM y C&C Consultores Asociados

En cuanto a las multas, al igual que la cláusula penal, consisten en sanciones pecuniarias determinadas de antemano por el pliego, **cuyo fin específico es garantizar la adecuada ejecución del contrato**. El artículo 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa (RGCA) dispone: “36.3. Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño” (el destacado no es del original). Así las cosas, dicho artículo prevé las multas por defectos en la ejecución como un medio para asegurar el adecuado cumplimiento contractual, reservando la cláusula penal para la ejecución prematura o tardía.”²⁹

“En relación con el eventual cobro que se haga de la cláusula penal, conviene señalar que se entiende como “monto total contratado” aquél establecido en la Oferta y consignado en el respectivo Contrato, no así los eventuales reajustes que se realicen al mismo durante la ejecución contractual. Lo anterior, considerando la naturaleza jurídica de la figura de la cláusula penal, la cual “está referida a asegurar la observancia estricta del plazo del contrato”. De reconocer el monto contratado y sus reajustes como monto Digesto.

Multas. Aplicación por incumplimiento de obligaciones

“Por otra parte, no debemos olvidar que la Administración requiere tener certeza del momento en el cual se cumplirá con cada una de las obligaciones de las partes no solo para efectos de planificación interna y disposición de los bienes, sino también para la aplicación de las multas que señala el mismo cartel.”

²⁹Ejecución de contratos en la administración pública. C&C Consultores Asociados: firma líder en capacitación y consultoría especializada Derecho de propiedad intelectual protegidos a favor de IFAM y C&C Consultores Asociados

La razonabilidad no debe ser valorada por el Administrador del Contrato

“... El numeral 47 del RLCA dispone que la Administración podrá establecer multas por defectos en la ejecución del contrato. El pliego de condiciones en cuestión regula en el punto 4.3 las causales de multa. A pesar de que la Administración señala que las multas serán valoradas por el administrador del contrato bajo criterios de racionalidad, en materia de multas no es dable la interpretación. Por el contrario, los motivos para el cobro de las mismas deben estar claramente establecidos en el propio cartel... / De allí que la Administración deberá establecer con parámetros razonables, proporcionables y objetivos, cómo y cuándo procederá cada causal...”³⁰

³⁰ IBIDEM

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD

2.1 Sujetos de la contratación estatal

Cuando se hace referencia a los sujetos que intervienen en la contratación estatal, se está hablando de personas que intervienen en el contrato, bien como contratantes o como contratistas. Así la primer impresión que se tiene del tema, es la participación del Estado como uno de los sujetos intervinientes de esta relación jurídico contractual, generalmente obrando en su condición de contratante, lo cual está muy bien, pero no debe olvidarse que este sujeto importantísimo en esta tipología contractual, puede en ocasiones, también ser contratista como en aquellas operaciones de crédito público en las que intervienen las entidades del estado.

En tal sentido, la contratación para que sea considerada estatal, requiere en todo caso de la participación de un ente de derecho público facultado legalmente para la celebración de negocios jurídicos, a esta atribución jurídica, le conocemos como competencia para contratar.

De otra parte, tenemos al colaborador de la administración, al sujeto que a cambio de una remuneración desarrollara las actividades que le sean encomendadas, EL CONTRATISTA, este sujeto puede ser persona natural o jurídica e inclusive Consorcio o Unión temporal, debe al igual que la entidad que le contrata, tener atribuciones jurídicas que le habilitan o facultan para el ejercicio de la actividad contractual, ésta a su turno, entendida como la competencia.

Surge de esta manera un interrogante, ¿existe diferencia entre capacidad y competencia?, la respuesta lógica es si, y la ley en los siguientes aspectos: cuando se habla de capacidad, se hace referencia a personas naturales o jurídicas, que conforme a la legislación civil, comprende la habilitación jurídica para ser titular de derechos y poder así ejercerlos, al tiempo que puede contraer obligaciones. La competencia por su parte será aquella atribución legal que le ha sido conferida a las entidades estatales para manifestar por conducto de sus funcionarios, su voluntad. Así parte de la doctrina ha señalado que la competencia se determina de forma positiva, al tiempo que la capacidad se hace de manera negativa y resulta lógica tal apreciación, pues en la primera se establece lo que se puede hacer, en tanto que en la segunda, se indica aquello que no se puede. En tal sentido, la capacidad y la competencia, son requisitos de la validez del contrato.

La relación de las entidades estatales desde la óptica de la contratación, podrían adelantar este tipo de relaciones jurídico contractuales, unas con personería jurídica y otras sin tal atribución. Sobre el particular, valga señalar en primer lugar, que dicha relación es meramente enunciativa, por cuanto desborda los límites de la competencia del legislador, restringir esta actividad contractual a cierto número de entidades, excluyendo a su turno otras, siendo innecesario elaborar una teoría compleja sobre personalidad jurídica incompleta, pues basta acudir a las normas presupuestales para entender que aun cuando no se cuente con personería jurídica propia, hacen parte de una sección del presupuesto.

Finalmente, se tiene que así como existe un régimen general de sujetos que participan en la actividad contractual del estado que es el que aquí se expone, existen también regímenes especiales o exceptuados de las disposiciones normativas, a los cuales se les aplican normas del derecho privado, pero que en todo caso se ven sometidos a los principios de la función pública, así como al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, del régimen común.

2.2. Finalidad de la contratación estatal

Ecuador como Estado Social de Derecho y Justicia, está en la obligación de salvaguardar los fines estatales que tienen por objeto garantizar el bienestar de la comunidad en general. Es por tal razón que cuando se habla de la organización del Estado como una entidad que presta sus servicios, se debe tener en cuenta que existen unos principios que rigen toda la actividad de la misma. Por esto se puede hablar de la actividad reglada de los servidores públicos, pues ellos son los que por medio de sus actuaciones forman la voluntad de la administración y con esto obligan a la misma frente a sus administrados.

Teniendo en cuenta que la contratación pública es uno de los mecanismos por medio del cual, el Estado genera ingresos para sus administrados, se hace necesaria la presencia de principios que guíen dicha actividad. De hecho es pertinente un control y vigilancia exhaustivo por parte de quienes tienen a cargo esta tarea, pues el tesoro público está de por medio y al igual que el interés general que es el primer afectado cuando un funcionario por medio de una actuación maquiavélica infringe la ley.

Para la Corte Constitucional, “la actividad de la administración pública, sus organismos, dependencias, en el Estado de derechos y justicia social es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, legalidad, desconcentración planificación imparcialidad y publicidad previstos en el artículo 227 de la Constitución del Ecuador, como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y que “en general, constituyen núcleo inherente a la filosofía del Estado social de Derecho y Justicia”

De igual modo, se dice, que la prevalencia del interés general; la proclamación de un orden justo y la vigencia de los principios que en el Estado Social de Derecho y justicia, guían la contratación pública, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar, hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.

2.3. Capacidad de contratación de los sujetos

Cuando se habla del funcionario competente, se debe tener en cuenta el concepto de la delegación, pues en torno a esta giran todos los problemas que se presentan en materia disciplinaria, pues dependiendo del caso en concreto se debe establecer en cabeza de quien recae la responsabilidad.

De la competencia para dirigir procesos contractuales y para celebrar contratos estatales.

1. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de procesos contractuales será el representante legal de la entidad, según el caso.
2. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente de la Asamblea Nacional, los Presidentes del Consejo de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General del Estado, el Procurador General de la Nación, etc.

b) A nivel territorial, los gobernadores, los alcaldes municipales y de los distritos metropolitanos, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

Ahora bien, en materia contractual la ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 6 numeral 16 señala que la Máxima Autoridad es quien ejerce la representación legal de la Entidad Contratante para efectos de esta Ley..., por lo que el responsable de la gestión contractual de la entidad es el representante legal del organismo o su delegado, lo que nos indica que el hecho que éste delegue total o parcialmente en un inferior suyo la gestión contractual, no lo exonera de la función de conducir, orientar y dirigir la gestión contractual de la entidad, ni de la responsabilidad solidaria.

De igual modo, la Procuraduría emite el criterio que en relación con la responsabilidad sobre la actividad contractual: *“El hecho de haber creado un comité para evaluar las propuestas no exime de responsabilidad al disciplinado, ya que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del representante legal de la entidad y no puede trasladarse a los comités.*

En este punto se puede observar que tanto la Corte Constitucional como la Procuraduría, consideran que el representante legal o el director de la entidad estatal, tiene como función primordial guiar la actividad contractual de la entidad respectiva.

2.4. Partes en el contrato público

El **contrato público** es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometido a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

El concepto de contrato público, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado o una de sus Administraciones una de las partes del mismo, tiene características propias. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el Derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa.

Una causa adicional de la trascendencia del contrato administrativo, proviene de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario. El contrato administrativo es entonces una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración. El contratista, no obstante que pretende un beneficio económico, obtiene dicho beneficio cumpliendo con la tarea de coadyuvar al cumplimiento de cometidos públicos por parte del Estado.

Como ya se ha mencionado anteriormente, hacen parte del contrato estatal, por un lado el contratista y por otro lado la administración pública. Respecto de esta última se puede observar que las normas jurídicas que regulan la estructura orgánica y el manual de funciones de las entidades públicas, establecen las atribuciones que le incumben a cada órgano o funcionario público en el proceso contractual, en otras palabras estamos frente a una actividad reglada.

Por lo que: "Partiendo del principio de la obligación que tiene el servidor público de conocer la normatividad que regula sus distintas actividades, entre ellas las relativas a la contratación estatal y en particular las disposiciones que imponen las obligaciones y deberes a acatar en la etapa precontractual, contractual y de ejecución. Sabiendo

además, que uno de los deberes es el de implementar un solo contrato por cada objeto que deba ejecutarse tendiente a satisfacer las necesidades que conciernan a la esfera.³¹

Es incuestionable que estando la actividad contractual absolutamente reglada, ello le impone al servidor público la obligación de actuar en consonancia con sus dictados, de donde se sigue que la inobservancia a tales preceptos, no tiene otra explicación objetivamente razonable más que el propósito deliberado del funcionario de desatender el cumplimiento de la ley que le ordena desarrollar la fase contractual con apego a los dictados de la ley, y de actuar con absoluta responsabilidad alrededor de ello.

En concreto las partes del contrato o sujetos de los contratos públicos son la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases y los particulares, individual o colectivamente, o también la Administración.

En síntesis, pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas o naturales, las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales.

a) **La Administración.** Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas públicas, es decir: Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autónomas, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas parroquiales, y también las personas privadas, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.

³¹ESCOBAR GIL, Rodrigo “La Responsabilidad contractual”

b) **Los contratistas.** Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales.

2.5. La Entidad Pública

Persona moral de derecho público que actúa en un ámbito especializado de la acción administrativa y bajo la tutela de una comunidad pública, la entidad pública se caracteriza por tres elementos esenciales. En primer lugar, la personalidad jurídica, el principio de especialidad y como el regulador indispensable de las competencias en el seno del orden administrativo. Con una aparición a mediados del siglo XIX, la modalidad de la entidad pública en principio fue utilizado para los servicios que buscaban beneficiarse de la generosidad de personas privadas (hospitales, hospicios, agencias de ayuda social, museos, etc.). En segundo lugar, fue empleado para designar las actividades a las que parecía deseable dotar de una libertad relativa, por razones políticas o tradiciones históricas (enseñanza); la entidad pública sirvió, a su vez, para flexibilizar las atribuciones de algunos ministerios, aligerándolos de la gestión de ciertos servicios técnicos. Por último, esta modalidad permitió la flexibilización de los métodos administrativos en el sector económico: las entidades públicas se multiplicarían tras la Primera Guerra Mundial, bajo el nombre de «Oficinas» y el movimiento continuaría luego de 1945, con la adopción de este estatus por la mayoría de los servicios nacionalizados, y con la utilización creciente de sus propios servicios por parte de las comunidades locales. En función de la naturaleza del servicio prestado, se distinguen las entidades de carácter administrativo referidas al derecho administrativo de las de carácter industrial y comercial, que constituyen una forma de empresa pública con carácter nacional o local, y que implican, en parte, al derecho privado. Una de sus características corresponde al principio de especialidad: la actividad de la entidad está limitada al servicio público que debe administrar por misión. De este modo, no puede emplear sus bienes ni su patrimonio en otras actividades.

Desafíos y perspectivas

Si bien esta fórmula es frecuente en el ordenamiento territorial, en los servicios públicos locales no posee una gran tradición de empresas municipales, largamente consideradas una competencia indebida a las empresas privadas. Con la evolución de los dos últimos decenios, cambios de estatutos de las empresas y apertura del capital, hasta la privatización, subsisten de modo decreciente y entidades públicas nacionales. Esto explica el desarrollo de las sociedades de economía mixta como solución alternativa. Sin embargo, la noción continúa siendo operativa; el transporte colectivo de Quito o el agua en Tungurahua, hace referencia a este modelo y puede estar llamado a desarrollarse. Esta modalidad de gestión, distinta de la concesión de administración por su autonomía y su estatus jurídico, puede ser considerada la gestión descentralizada según el derecho comunitario, una vez reunidas las condiciones.

2.6. Funcionario competente

Uno de los pilares del servicio público es el ejercicio reglado de competencias, es decir, una autoridad no puede hacer algo que la Constitución o la ley no le permitan. Ello es regla directa de la actual Constitución:

Artículo 226, C.E.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la ley.

La jurisprudencia constitucional ha advertido desde hace mucho tiempo que un funcionario solamente puede hacer lo que la ley le permite.

Las funciones que en un Estado se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento.

En Ecuador específicamente, no es posible que un funcionario haga algo si no tiene habilitación expresa para hacerlo. "... ha definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del

Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la Constitución y la Ley”³²

Es clara la jurisprudencia administrativa en el sentido de afirmar que la falta de competencia es causal por sí sola de ilegalidad del acto:

“Considera esta Sala imperioso precisar ahora que la ilegalidad, por falta de competencia, para proferir un determinado acto administrativo no se puede purgar a través del “privilegio de decisión previa”, porque si bien éste supone la toma de decisiones por parte del Estado sin necesidad de contar con el consentimiento de los afectados o con la anuencia previa del juez, éstas sólo pueden ser adoptadas en ejercicio de una competencia establecida en la ley.

Así, el privilegio de lo previo no constituye el fundamento de la competencia; por el contrario éste es un presupuesto necesario de aquél. De otra manera, se desconocería el artículo 226 de la Constitución del Ecuador, por lo que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, so pena de que se pueda plantear acción de nulidad contra los actos administrativos puede fundarse en el hecho de que los mismos hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes.”

Resulta alarmante que a pesar de la claridad meridiana de la jurisprudencia actual y de los textos constitucionales, existan autoridades públicas que insistan en ejercer funciones que no le corresponden, con el riesgo de verse sometidos a acciones disciplinarias o incluso penales.

JURISDICCIÓN COACTIVA

Dentro de las autoridades administrativas que tienen jurisdicción coactiva otorgada por expresas normas legales podemos enumerar las siguientes: 1) Las entidades públicas en general respecto de los créditos derivados de sanciones de multa impuestas a funcionarios públicos o por responsabilidad patrimonial por daños ocasionados por culpa grave o dolo de dichos funcionarios en ejercicio de sus funciones;

³² GORDILLO, Agustín “ La Facultad Discrecional y el deber de motivar”

2) Los ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y del Estado; 3) La Dirección de Impuestos y Aduanas; 4) Los empleados encargados de la recaudación de las rentas, para hacer efectivo el cobro de los créditos a favor del tesoro del Estado; 5) Los alcaldes, para hacer efectivas las obligaciones a favor de los municipios, pudiendo delegar dicha facultad en los tesoreros municipales; 6) Las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, etc.

El requisito de competencia previa es tan delicado, que no basta una atribución irregular para que se cumpla con el mismo, es decir, no basta por ejemplo que una norma de rango inferior o la ley atribuya una competencia que no tiene sustento de rango legal o constitucional para que se considere purgado el vicio, tal como se observa, por ejemplo, en la Sentencia T-027 de 2005 de la Corte Constitucional, en la cual se declaró que una empresa descentralizada no podía asumir funciones de cobro coactivo, así existiera decreto del nivel territorial que le atribuyera la competencia, cuando la ley le asignó la función al Alcalde o, vía delegación, a la Tesorería. Se dijo en la sentencia, entre otras cosas:

"Una interpretación sistemática de las normas jurídicas transcritas conduce a afirmar que el legislador creó un tributo de carácter nacional a los espectáculos públicos con una destinación específica cual es el fomento del deporte; le fue atribuida, de manera general, a las entidades territoriales la competencia para ejercer un control y recaudo del impuesto sobre espectáculos públicos; en consecuencia, el municipio de Calima El Darién es competente para liquidar, fiscalizar y recaudar, de manera voluntaria o forzosa, el impuesto sobre espectáculos públicos que se cause en su territorio; dentro de la estructura de la administración municipal, de conformidad con el artículo 91.6 de la Ley 136 de 1994, el Alcalde municipal es la autoridad competente para ejercer la correspondiente jurisdicción coactiva, encontrándose únicamente facultado por el legislador para delegar tal función en la tesorería municipal, la cual la ejercerá de conformidad con el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil; un Concejo Municipal carece de competencia para autorizar a un Alcalde Municipal para celebrar convenios administrativos con una entidad descentralizada que haga parte de la estructura de la administración municipal, como lo son los

establecimientos públicos, cuyo objeto sea el recaudo del impuesto a espectáculos públicos de que trata la Ley 191 de 1995; y en consecuencia, vulnera el derecho fundamental al debido proceso cualquier procedimiento de cobro coactivo por concepto del mencionado gravamen, que no sea adelantado directamente por el Alcalde municipal o, por delegación, la Tesorería municipal." (citado de la sentencia T-027 de 2005, Corte Const.)³³

En administración de justicia es lo que se llama competencia reglada.

"La protección del principio de legalidad que asume el superior al pretender corregir los errores del A quo no es posible si el juez no tiene competencia para ello. En efecto, en razón a que la función judicial es reglada, ella sólo puede ser ejercida por quienes la norma positiva les reconoce, no sólo jurisdicción sino competencia para ejercerla válidamente. Por lo tanto, si el superior "adquiere competencia sólo en función del recurso interpuesto por el procesado", no puede modificar para peor la sanción so pretexto de ejercer la función de control de legalidad."

En resumen,

"...la competencia de los funcionarios administrativos más que discrecional es una competencia reglada, definida ésta por Agustín Gordillo, en el sentido que "el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto".

El servidor público que abuse de su cargo o función para constreñir, inducir o solicitar una exigencia indebida incurre en el delito de concusión.

Así lo recordó la Corte Suprema de Justicia, al precisar que los funcionarios que no tengan la competencia para hacer alguna exigencia también pueden ser responsables por esta conducta.

" De esta forma, la Sala Penal respaldó la condena impuesta a varias funcionarias de un juzgado que, previo acuerdo con el juez, le exigieron al sustanciador con quien trabajaban la entrega de parte de su salario, para no ser declarado insubsistente.

³³ GORDILLO, Agustín " Las limitaciones normativas a las autoridades"

Según el alto tribunal, el ilícito se tipifica cuando el servidor aprovecha de modo indebido su vinculación con un asunto que no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones, para utilizarlo en provecho propio o de un tercero”.³⁴

2.7. Justificación del régimen de responsabilidad

Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en el artículo 226, por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en los eventos en que el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, deberá repetir contra los servidores cuando el daño antijurídico haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa, ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

De lo anterior se desprende que los servidores públicos tengan una actividad reglada. De hecho ellos están en la obligación de respetar las leyes y la constitución, de ahí nace toda la teoría de las prerrogativas públicas. Ellos solo pueden hacer lo que les está expresamente autorizado, pues están al servicio del Estado y por lo tanto deben realizar todas sus actuaciones de acuerdo a los fines del mismo.

“Finalmente, queda establecido ciertos deberes especiales a cargo de las autoridades. El primero de ellos hace referencia al principio general según el cual la conducta de tales autoridades debe ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad de interés público que debe ser el único móvil de su actuación.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 38387, mayo 23/11

Por ello se establece que no obrarán con abuso o desviación de poder y que deben observar los procedimientos de selección y los requisitos previstos en el estatuto. En este sentido no podrán, por ejemplo, con el fin de eludir tales procedimientos, fraccionar contratos u omitir los requisitos previos a la apertura de una licitación, o los de formación y perfeccionamiento de los contratos, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en la misma ley”³⁵

Como se puede observar los servidores públicos deben actuar conforme a los fines del Estado y por consiguiente todas sus actuaciones se deben ceñir a un listado de principios que son la base axiológica de la Constitución y el Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta el principio de responsabilidad, pues es la base del régimen de los funcionarios públicos. Cabe anotar que la estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que intervienen en los procesos decisorios, lo que significa que no solo un funcionario participa sino que es una suma de actuaciones de varios funcionarios que como un engranaje forman un resultado final que es la decisión adoptada, la cual se transforma en la exteriorización de la manifestación de la voluntad de la administración. Es decir, que la decisión administrativa en una entidad estatal es el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados.

Por lo anterior, los funcionarios públicos deben actuar con mucho cuidado, pues de ellos depende la voluntad de la administración, porque como ya se dijo la decisión administrativa es la suma de voluntades de varios funcionarios, siendo así que estos, son los que comprometen la responsabilidad del Estado frente a sus gobernados. Por ello el régimen de responsabilidad de los mismos debe ser muy estricto.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas.

³⁵ GARCIA GONZALEZ, Jorge “El nuevo régimen de contratación administrativa”

Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

Ejemplo, el funcionario como servidor público tenía el deber de ejercer su cargo y funciones buscando el cumplimiento de los fines de la contratación de manera continua y eficiente y en el caso concreto debió verificar si se habían hecho los estudios y proyectos previos y necesarios para llevar a cabo la ejecución de la obra, la cual no se realizó en forma satisfactoria como quiera que el contrato no se pudo ejecutar.

Esto demuestra, que se deben cumplir de manera eficiente con los fines de la contratación pública, puesto que de por medio está entrecruzado un aspecto importante que es el la prevalencia de interés general sobre el interés particular. La contratación pública tiene sus formas de hacer las cosas, y cada actuación tiene su propio procedimiento, es así como para realizar un contrato es necesario ver la viabilidad del mismo por medio de la realización de estudios previos, para que de esta forma la administración no pierda recursos.

2.8. Régimen legal de responsabilidad de los funcionarios públicos

La expedición del acto administrativo requiere de una serie de requisitos, como su carácter escrito y la determinación de la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos objeto de ella.

Molano López, sostiene que es necesario que la delegación se realice mediante un acto administrativo particular y concreto en el cual se identifique la materia delegable, el titular de la delegación, su duración y la modalidad a través de la cual se realizará.

Aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas oportunidades manifestando que dentro de los elementos de la delegación de funciones debe incorporarse el contenido del acto administrativo de delegación.

“Aunque se disponga de la autorización para delegar, al delegante se le garantiza un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no el ejercicio de funciones propias de su empleo o cargo y, en caso de hacerlo, para fijar los parámetros y condiciones que orientarán el ejercicio de la delegación por parte del o de los delegatarios.

En este punto debe considerarse que en aplicación de los artículos 209 y 211 de la Constitución, el delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado.”³⁶

En este sentido, la Corte Concluyó que la delegación exige un acto formal de delegación que exprese: “la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación.

De igual forma, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia de 30 de mayo de 2000 sostuvo: “Como se sabe, en materia administrativa la delegación consiste en el traslado de funciones de una autoridad a otra de igual o inferior jerarquía, previa autorización legal para hacerlo, cuya decisión se materializa o concreta en un determinado acto administrativo, en el cual se deben precisar las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (art. 9º de la ley 489 de 1998), para que sean desarrolladas o ejercidas por ese otro funcionario con la autonomía de su titular, aunque, éste último conserva las facultad de reasumir en cualquier momento la función delegada, lo mismo que las de revisar y revocar los actos del delegatario.”³⁷

³⁶RODRIGUEZ R. L. (2008) “Derecho administrativo general y colombiano”. Temis. Bogotá.

³⁷ IBIDEM

Ahora bien, adicional a los requisitos exigidos para el acto por medio del cual se realiza la delegación de funciones administrativas, es preciso anotar que de acuerdo a lo expuesto por Mario Molano López: “La delegación propia es un acto que debe ser notificado personalmente y, consiguientemente, es susceptible de los recursos en sede administrativa, lo que indica que hasta tanto no se encuentre en firme.

En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren haya causado estado, no puede comenzar a producir sus efectos.

Un aspecto muy importante es que cuando el acto administrativo de delegación no cumpla con las condiciones anteriormente señaladas no podrá extinguirse la responsabilidad del delegante, quien conservará la titularidad de la función y la competencia

2.9. Responsabilidad de los servidores públicos como jefes o representantes legales de la entidad estatal

En materia de Derecho Administrativo, no se puede profundizar estudios si no se tienen claros los conceptos de CONTROL y de RESPONSABILIDAD. El segundo es consecuencia del primero, porque en la administración pública debe haber controles establecidos en leyes y reglamentos para lograr que los recursos públicos económicos, financieros, materiales y humanos, sean bien utilizados, es decir, logrando que constituyan una inversión y ahorro, más no un gasto o pérdida para el Estado.

Cuando los controles en el manejo de los recursos públicos están bien definidos y ejecutados, se consigue generación efectiva de riquezas. Estos controles están presentes antes, durante y después de la ejecución de un acto o de un contrato administrativo, ejerciéndose en el Ecuador a través de las Instituciones Superiores de Control, Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y Superintendencias, así como a través de los fiscalizadores de los contratos administrativos, administradores del contrato y de las auditorías internas.

De los resultados de los controles ejercidos nace la determinación de las responsabilidades para todos aquellos que administren los recursos públicos, así como para terceros que tienen relación directa o indirecta con tal administración. Estas responsabilidades están previstas en la Constitución, en Ley y en el Reglamento respectivo, con sus consecuentes grados de culpabilidad y sanciones, siendo las normas que rigen esta materia la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) y el Reglamento de Responsabilidades (Reg. Res.).

Recordemos que el Estado también es ente de responsabilidad frente a sus habitantes, la Constitución en su artículo así lo consagra, obligándolo a indemnizar a los particulares por los daños ocasionados debido a la insuficiente prestación de servicios públicos o de los actos de sus servidores en el desempeño de sus cargos. Esta obligación Estatal tuvo su nacimiento en la Revolución Francesa, cuando el concepto de soberanía se transfirió del Rey absolutista al pueblo. Desde entonces, nada excusa al Estado de su responsabilidad directa frente a sus contribuyentes y ciudadanos en general.

Pero, ¿en qué grado son responsables quienes prestan servicios públicos o realizan actos administrativos o celebran contratos públicos a nombre del Estado y de las Instituciones Públicas Estatales o Autónomas?

Es menester tratar este tema para proponer una mejor definición en los grados de responsabilidad para los servidores públicos y para quienes no siendo tales, estén relacionados directa o indirectamente en los contratos administrativos, es decir, **los terceros**.

1) CONCEPTO.- En el lenguaje común, se entiende por responsabilidad el deber de responder por los actos propios, que hayan ocasionado daño a otros.

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas dice en términos generales que RESPONSABILIDAD es: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado." Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado.

En Derecho Administrativo, el mismo diccionario indica que en lo que respecta al Estado "como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de *responsabilidad civil*", es decir, que tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado por sí mismo o por terceros de quienes responde.

2.9.1 Las responsabilidades de los servidores públicos y de terceros

El artículo 20 de nuestra Carta Magna señala que "*Las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.*" Y el artículo 120 dice: "*No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.* ";mientras que el artículo primero del Reglamento de Responsabilidades(Reg. Res.), emitido por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No.917 el 23 de agosto de 1985 y publicado en el Registro OficialNo.258 del 27 de los mismos mes y año, señala que todos los servidores públicos son responsables de los actos ejecutados o de la omisión intencional o culposa..."

En definitiva, el concepto de Responsabilidad en Derecho Administrativo es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales. Para librar su responsabilidad, tales sujetos deberán justificar su acto, es decir, que éste debe ser motivado conforme lo dispone el Art.76 literal l) de la Constitución de la República del Ecuador y el 31 de la Ley de Modernización del Estado. Por ejemplo, cuando un funcionario público emite una Acción de Personal para destituir del cargo a un servidor que no es de libre remoción, debe sentar en su Resolución el motivo de la destitución, que podría ser por indisciplina, por mal manejo de fondos públicos o por eliminación de partida presupuestaria. Si el Acto Administrativo no está debidamente motivado, acarrea responsabilidad para el funcionario emisor de tal Acto.

Situación similar es para emitir o eliminar partidas presupuestarias, adquisición o despojo de bienes muebles e inmuebles, etc.

LA DETERMINACION TÉCNICA DE LA RESPONSABILIDAD

Las responsabilidades en el Ecuador son determinadas por dos Órganos Superiores de Control, uno es el Congreso Nacional el cual, a más de tener la facultad privativa de legislar, tiene la facultad de controlar y determinar responsabilidades a los dignatarios (Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado, Ministro Fiscal, Defensor del Pueblo, etc.), a funcionarios y a empleados públicos. Este tipo de control y de determinación de responsabilidades se lo llama *político* porque termina en un enjuiciamiento de jurisdicción privativa de la Función Ejecutiva.

El otro Órgano de Control Superior es la Contraloría General del Estado, la cual ejecuta el *control técnico*, en base a auditorías internas y externas, mediante informes y exámenes y Capítulo 5 de la LOCGE).

1) CLASES DE RESPONSABILIDADES

Tanto la Constitución del Ecuador, como la Ley y el Reglamento, presentan dos grandes grupos de responsabilidades en el área administrativa, las cuales son:

1) Por el objeto: Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal. (Secciones 2, 3 y 4 del Capítulo 5 de la LOCGE; Art.4 Reglamento de Responsabilidades).

2) Por el sujeto: Responsabilidad Principal y Subsidiaria (Art.5 Reg. Res.); y, Responsabilidad Directa y solidaria (Art.6 Reg. Res.).

POR EL OBJETO

- a) Responsabilidad Administrativa.- Consiste en la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias referentes a actos y contratos administrativos por parte de los servidores públicos y en el incumplimiento de sus funciones o cargos. Es decir, se trata de casos de indisciplina que se aplica en servidores públicos y por excepción en terceros. La LOCGE en la sección 2 de su capítulo 5, define este tipo de responsabilidad como *administrativa culposa* en que se trata del resultado de un análisis del grado de inobservancia de las disposiciones legales relacionadas con las funciones de los dignatarios y servidores públicos, definiendo 14 causales, siendo un caso propio de corrupción la causal 4: "*Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a*

*determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;"*³⁸

La sanción dada por esta Ley es la multa de uno a diez sueldos básicos, pudiendo ser destituido de su cargo. (Art.46, inc. Primero). Pero esta misma Ley establece sanción por responsabilidad administrativa para los terceros o para personas jurídicas de derecho privado vinculadas con actos y contratos administrativos, con multa de \$10 a \$500, a ser recaudada por jurisdicción coactiva. (Art.47)

b) Responsabilidad Civil.- Cuando por acción u omisión, un funcionario o servidor público ha perjudicado económicamente a la institución donde sirve, ya sea manejando los recursos financieros o en el proceso de contratación o de ejecución de obra pública.

Esta responsabilidad está definida en el 52 de la LOCGE: "*...una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero... de un acto administrativo sin tomar aquellas cautelas, precautelos o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.*"

El perjuicio financiero se lo establece y tramita mediante glosas (observaciones por irregularidades administrativas detectadas por auditoría que predeterminan responsabilidades, según No.1 del Art.53 LOCGE); que se notifican al funcionario o servidor para que en 60 días presente pruebas de descargo, o mediante orden de reintegro (cuando el servidor ha desembolsado fondos públicos indebidamente, o entregado bienes del Estado o de instituciones públicas, o realizado obras o servicios sin fundamento legal, según el No.2 de la Ley Ibidem). De haberse vencido el plazo legal, el Contralor General del Estado dictará su Resolución.

Es menester acotar que en esta responsabilidad también pueden incurrir terceros sujetos al derecho privado, quienes son los contratistas constructores o que prestan un servicio y entre éstos últimos los fiscalizadores contratados. Todos ellos, de alguna forma están vinculados con el sector público, como podría ser mediante un contrato de obra o de prestación de servicios.

³⁸RIVAS CASARETTO, María. "Leyes de Control Administrativo"

Los terceros tienen 30 días de plazo para descargar su culpa. (Art. 48 incisos 2do y 3ro. LOCGE) La sanción es pecuniaria, es decir, que los culpables de responsabilidad tendrán en su contra títulos de crédito a favor del Estado o de la institución perjudicada los que se cobrarán mediante coactiva ejercida ya sea por la entidad o por la Contraloría General del Estado y 57 de la LOCGE).

c) **Responsabilidad Penal.**- Cuando por informes de auditoría se ha detectado casos de peculado o mal manejo de fondos públicos, tipificado en los artículos 257 (peculado) del Código Penal. Esta clase de responsabilidad determinada en el artículo 65 de la LOCGE, conlleva un procedimiento para ejercer la detención provisional del presunto responsable hasta pasarlo a manos de un juez de lo penal, también determinado en ambas Leyes antedichas. El informe de auditoría constituye la denuncia para que se dicte el auto inicial, la detención del implicado y la práctica de las medidas cautelares para garantizar los intereses del Estado.

Pero el peculado es el delito único por el que un servidor público debe responder penalmente, el artículo 65 de la LOCGE señala otros delitos por los que debe responder, que son el prevaricato, el cohecho y el enriquecimiento ilícito, éste último es el caso más común de corrupción que agobia a nuestro país (Arts.277, 285 y Capítulo innumerado del Código Penal).

POR EL SUJETO

a) **Responsabilidad Principal.**- Es cuando el sujeto (servidor público) está obligado a dar, hacer o no hacer algo, por causa del cargo que ocupa o por su participación de un contrato. Este es el caso de los titulares de *cargo* públicos.

El artículo 5 del Reglamento de Responsabilidades la define como "Será principal la responsabilidad cuando el sujeto de la misma esté obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa,..."

b) **Responsabilidad Subsidiaria.**- Es cuando el responsable principal incumple, le corresponde a quien lo subrogue responder con el cumplimiento del cargo. Esta es la responsabilidad que acarrean los encargados de los cargos públicos. Pero la LOCGE

en su artículo 43, concede a favor del responsable subsidiario los beneficios de orden y excusión.

c) Responsabilidad Directa.- Corresponde al funcionario o servidor público que ejerza funciones de administración ya sea financiera o de gestión y registro o custodia de bienes públicos. Ellos deben responder hasta por la culpa leve (Art. 42 LOCGE y 6 del Reg. Res.).

d) Responsabilidad Solidaria.-Es cuando recae sobre dos o más funcionarios o servidores públicos e incluso sobre terceros regidos por el derecho civil, pero que tienen vinculación con el acto o contrato administrativo.

Cabe acotar que la solidaridad se da entre el principal y los subsidiarios cuando la determinación de la responsabilidad se ha tramitado por glosa, mas no mediante orden de reintegro. En éste último caso, el Reg. Res. en su artículo 6, segundo inciso, manifiesta que la solidaridad se da solamente entre los responsables subsidiarios.

2.9.2 Análisis de la responsabilidad de los técnicos, de los fiscalizadores y del contratista

a) Los Técnicos de los Comités de Contrataciones y de las Comisiones Técnicas.- La Codificación de la Ley de Contratación Pública dispone que el ente calificador de las ofertas en la etapa precontractual es el Comité de Contrataciones, integrado por el cinco miembros, dos de ellos funcionarios públicos (Ministro o su Delegado y el Director de Asesoría Jurídica) y tres técnicos, dos servidores del Ministerio o Subsecretaría o de la Institución Pública contratante y uno designado por el Colegio respectivo al objeto del contrato.

El artículo 31 de dicha Ley señala la responsabilidad personal y pecuniaria para los miembros del Comité y de la Comisión Técnica. ¿Esta misma responsabilidad sería para los técnicos que no son empleados públicos sino designados por el Colegio al que pertenecen, según la Ley?

Considero que no habría más responsabilidad que la civil, es decir, que responden hasta por la culpa leve, a menos que haya indicios de delitos, por tratarse de una relación contractual. La Ley debería ser clara señalando el tipo de responsabilidad objetiva para aquellos técnicos.

b) Los Fiscalizadores de Obras.- En el caso de los fiscalizadores quienes son contratistas dedicados a controlar la ejecución del contrato y que de su informe sobre avance de obra depende que se le pague al contratista constructor, me pregunto, ¿la responsabilidad por su informe es solidaria o subsidiaria con la del contratista constructor?

Analizando su situación, según la clasificación *en cuanto al sujeto*, si son empleados (servidores) públicos, su responsabilidad debería ser la principal, porque ellos son los que están en primer término de hacer un informe correcto sobre *el* avance de la obra o del servicio contratado; sino son empleados, sino contratados, su responsabilidad sería directa si es un solo fiscalizador y solidaria si son dos o más contratados.

Además, *en cuanto al objeto*, la responsabilidad del fiscalizador sería administrativa y civil si fuera empleado público, porque como empleado o servidor habría incumplido con las disposiciones legales y reglamentarias propias de su cargo; y sería civil porque su actuar indebido se dio en un contrato público produciendo un perjuicio para la institución a la que sirve (Artículo 45 y 52 de la LOCGE; 6 Y 7 del Reg. Res.).

Si *el* fiscalizador fuera contratado su responsabilidad sería civil, solamente (Art. 52 LOCGE).

No obstante, en ambos tipos de fiscalizadores (servidores y contratados), sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles, tendrían también la penal si incurrieran en el delito tipificado en el artículo 257 *del* Código Penal, emitiendo un informe doloso u omitiendo un informe que podría prevenir un daño irreparable en la ejecución del contrato. Este punto de acción u omisión será tratado en el siguiente punto que es el alcance de la responsabilidad.

c) El contratista.- Analizando su situación de responsabilidad por incumplimiento, al contratista se le aplica la sanción civil y administrativa, a pesar no ser un servidor público, que es incluirlo en la lista de contratistas incumplidos que mantiene la CGE y multarlo conforme a lo dispuesto en la LOCGE y lo estipulado en el contrato, a más de las sanciones civiles a que diera lugar por daños y perjuicios.

2.9.3 Alcance de la responsabilidad

Cuando se habla de alcance en esta materia se hace referencia al grado de responsabilidad que puede llegar a tener un servidor público y un contratista, dependiendo de su acción u omisión, conforme al artículo 10 del Reglamento de Responsabilidades que define lo siguiente:

1.- Se considera *acción* cuando el agente ha realizado una actividad indebida.

2.- Se considera omisión cuando se deja de hacer lo debido, como cumplir con disposiciones legales, reglamentaria y contractuales. Pero esta omisión puede ser intencional o culposa, de estos dos calificativos dependerá la sanción civil o penal.

El numeral segundo del Art. 10 dice: *"La omisión, que consiste en dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, por la distribución de funciones, por estipulaciones contractuales, o cometidos asignados, puede ser intencional o culposa; "El numeral tercero del mencionado artículo explica qué es la omisión intencional: "...es aquella que se produce con el designio de obtener algún resultado dañoso, puede dar lugar a la determinación de responsabilidad conforme el numeral primero de este artículo:"*

Es decir, que tanto la acción como la omisión pueden ser dolosas, sinónimo de intención positiva de causar un daño a la administración pública, lo cual genera responsabilidad penal.

Finalmente, el número cuarto define la omisión culposa como la:

"...que se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal sino administrativa o civil, o ambas a un tiempo."

En este último caso, cuando la omisión es culposa, solamente, tiene el mismo tratamiento que una culpa leve.

¿Quiénes son los que detectan y determinan estos tipos de responsabilidades?

Los auditores internos de cada institución pública son quienes emiten sus informes detectando responsabilidades (Art. 17 inciso final de la LOGGE) lo mismo que los

auditores gubernamentales (pertenecientes ala CGE- Art.26 de la LOCGE), pero es el Contralor General del Estado quien a través de sus Resoluciones, establece las responsabilidades administrativas y civiles y la presunción de responsabilidades penales, tras los informes de las respectivas auditorías y de los exámenes especiales (Art. 19 LOCGE).

Para detectar cada tipo de responsabilidad según el objeto, el Reg. Res. Ha formulado tres procedimientos basados en las disposiciones delos artículos 45 Y 52 (administrativa y civil) y 65 (penal) de la LOCGE.

¿Quiénes son los sujetos responsables de las acciones y omisiones intencionales y culposas?

El artículo 8 del Reg. Res. determina a los servidores en funciones o retirados, pero advierte considerar los plazos para las prescripciones legales. El inciso tercero señala que los terceros serán responsables sólo civilmente, sin perjuicio de estar inmersos en causa penal al igual que los servidores públicos.

“La delegación tampoco puede constituirse en el medio para evadir un régimen de prohibiciones ni de incompatibilidades que acompañe la actuación de los servidores públicos ni para imponer indebidamente a los subalternos la toma de decisiones contrarias a derecho, con la convicción que la delegación los aísla o los protege de toda modalidad de responsabilidad. Es preciso tener siempre en cuenta que lo que busca la delegación es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa.”.

2.9.4 Principio de responsabilidad

En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectado por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las comisiones o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Con este principio se busca generar la obligación en los funcionarios públicos y en los contratistas, de responder por los daños que se causen por motivo de la contratación estatal.

La obligación de los servidores públicos de preservar los intereses del Estado en todo momento del proceso contractual, situación que se materializa, en las sanciones impuestas a los servidores públicos, garantes de la contratación, cuando no adelantan

estudios previos que demuestren el objetivo de contratar o cuando la información suministrada en los pliegos de condiciones o términos de referencia son confusos.

Pero el principio de responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista también es responsable por la veracidad de la información que suministra a la entidad estatal en su propuesta sobre la calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

Este principio es creado con el fin de regular la gestión de los servidores públicos y de los contratistas. De acuerdo a este, los servidores públicos están obligados a cumplir con los fines del estado y de la contratación, haciendo valer una correcta ejecución de lo contratado y protegiendo los derechos de la entidad y del contratista.

Para garantizar este principio, los servidores públicos serán responsables penal, civil y administrativamente. Igualmente serán responsables por iniciar procesos de selección sin autorización previa, por contratar sin la existencia de la certificación presupuestaria respectiva, o sin realizar estudios, proyectos de factibilidad o diseños anticipadamente, por no adjudicar el contrato sin que exista una justa causa para esto y por hacer uso de privilegios o poderes contenidos en el contrato sin que se justifique su utilización o se haga con desviación de poder o abuso del mismo.

La responsabilidad del manejo y la dirección de la actividad contractual de los procesos de selección se atribuye siempre al jefe o representante de la entidad, no a la comisión, ni a los consejos directivos o corporaciones administrativas, evitando de esta manera que la responsabilidad termine confundándose entre las personas que integran dichos organismos y el representante de la entidad .

Por otra parte, los contratistas, consultores, asesores o interventores que participen en un proceso contractual serán responsables civil y penalmente por dolo o culpa en su actuación, como cuando participan en un proceso de selección sin tener autorización para ello, suscriben un contrato conociendo circunstancias de inhabilidad e incompatibilidad, cuando no inician el contrato en el plazo pactado, cuando obstaculizan la vigilancia del contrato o sus labores, cuando formulan propuestas económicas artificialmente bajas, cuando entregan bienes diferentes a los pactados, entre otras circunstancias.

El principio de responsabilidad para castigar al funcionario que incumpla sus obligaciones en contratación estatal y los principios y deberes por la que esta debe regirse. Este principio se deriva del incumplimiento de deberes de orden constitucional y de las lesiones que ocasiona el incumplimiento o la violación de los fines de la de la contratación estatal, razón por la cual se hace necesario establecer parámetros mediante este principio.

El servidor público debe cumplir con una serie de obligaciones cuando se habla de contratación estatal, tales como la de pagar el precio como consecuencia de haber recibido la ejecución de un contrato de obra o de servicio, por lo que debe haber equivalencia razonable entre el objeto prestado y su valor, esto dice la doctrina al respecto: *“Por regla general al ordenamiento jurídico no le interesa si esa equivalencia se desequilibra mediante un precio superior o inferior pues depende de la libre y manifiesta voluntad de las partes. De manera excepcional, la ley reacciona por la desproporción que deja en situación de indefensión a una de ellas”*³⁹

Cuando existe discrepancia entre el objeto contratado y su valor se generan sobrepagos, sobrecostos o precios injustificados. En este caso el contrato estatal no se encuentra en igualdad para las partes, un ejemplo de esta situación, es cuando se presentan precios artificialmente bajos que se pueden generar desde la presentación de la oferta, donde la entidad debe procurar proporcionar elementos de juicio, e inaceptar la presentación de dicha oferta e igualar la situación razonablemente.

Sobre este tema se pronuncia la doctrina diciendo: *“El reproche que la ley hace por los precios artificialmente bajos se justifica por el evidente riesgo que se presenta en la ejecución del contrato. Quienes así actúan lo hacen con la intención de conseguir la adjudicación para que durante la ejecución del contrato se arreglen las cargas mediante reclamaciones por supuestos desequilibrios contractuales... lo que quiere decir que la celebración del contrato con precios artificialmente bajos y su ejecución sin ningún cambio de las hipótesis que propiciaron el pacto, no da lugar a ningún restablecimiento.*

³⁹DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo “Marco jurídico de la contratación estatal”

Incluso por la existencia de una clara responsabilidad del oferente al elaborar su oferta, si su planeamiento se monta bajo la tesis de un error de cotización dela oferta.”

Los contratistas deberán responder por otorgar información falsa y por ocultar prohibiciones para contratar, en este último caso, cuando el contratista se encuentre inhábil o adolezca de alguna incompatibilidad y la haya ocultado, el contrato entonces será nulo absolutamente y será terminado unilateralmente por la entidad. De igual manera, el contratista puede terminar respondiendo penal y disciplinariamente por estos hechos.

2.9.5 El deber de selección objetiva

La selección de contratistas será objetiva, es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

La entidad pública tiene el deber de escoger al contratista mediante criterios objetivos de selección, contrario a consideraciones caprichosas o subjetivas, predominando siempre el interés público. Este deber busca una correcta escogencia del contratista en los procesos de selección que logre los cometidos estatales vinculados con la administración.

Además se debe cumplir bajo el supuesto de garantizar la ejecución de un futuro contrato y por consiguiente satisfacer el interés público que ha debido tenerse en su celebración.

La selección objetiva busca la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, de acuerdo a la ponderación de factores que puedan ser esenciales para lograr la eficacia en el contrato. Estos factores deben estar determinados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para de esta manera evitar que exista cualquier tipo de arbitrariedad o subjetivismo en la selección, pues los factores para escoger al contratista no pueden ser diferentes a los requisitos y condiciones previamente establecidas.

Para el correcto cumplimiento de este deber la administración debe hacer una comparación de todas las ofertas presentadas en cuanto a su contenido y su viabilidad, analizando los precios y las condiciones del mercado para de esta manera escoger la propuesta más conveniente y que pueda otorgar al Estado la garantía del cumplimiento de sus fines.

Este deber rige toda selección en la contratación estatal, sin importar el procedimiento de selección que se emplee, además de ello tiene doble acepción, cuando la entidad va a seleccionar al contratista no puede basarse en criterios subjetivos y debe procurar por escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella persigue, debiéndose basar en una ponderación concreta, específica y objetiva como factor para efectuar la selección.

El precio no puede ser el único criterio relevante para escoger al contratista, debe estar acompañado por otros factores como la necesidad de la entidad, la conveniencia de la misma, la experiencia del contratista, los aspectos técnicos y su capacidad operacional.

Al respecto de este deber la Procuraduría se pronuncia mediante resolución en un caso donde se acusa a la *“Directora Ejecutiva de PROSOCIAL, de haber adjudicado un contrato de obra antes de vencerse los términos de invitación para la presentación de propuestas, violando la regla de la selección objetiva, puesto que la adjudicación ha debido hacerse luego que los proponentes presentaran sus ofrecimientos y del estudio comparativo de los ofrecimientos con el fin de identificar la propuesta más favorable para la entidad”*.

Con respecto al Principio de Selección Objetiva la Procuraduría considera:

“La regla de la selección objetiva constituye una de las máximas que desarrollan el principio de transparencia que rige la actividad contractual del Estado, e implica la realización de un procedimiento de selección que con lleve a la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad. Acorde con el principio de legalidad, la competencia de los funcionarios públicos se circunscribe a las preceptivas establecidas en la normatividad legal vigente, por tanto, los parámetros de determinación del mecanismo de selección y su desarrollo, deben acatarse en su integridad.

Se encuentra acreditado que PROSOCIAL adelantó un proceso de selección por contratación directa, pero su representante legal adjudicó el contrato antes de vencerse el plazo para la presentación de propuestas, violando la regla de la selección objetiva por cuanto impidió efectuar la comparación de ofertas y por ende la escogencia de la propuesta más favorable a los fines de la contratación estatal”.⁴⁰

Por lo anterior, el despacho resuelve declarar probado el cargo formulado contra la Directora Ejecutiva de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social. ⁴¹

De los análisis y consideraciones expuestas, es evidente la importancia de los principios de la contratación estatal, para la ejecución de la función administrativa. Pues es evidente que cada una de las etapas, los actos y hasta el mismo cumplimiento de los contratos celebrados por la Administración, se desenvuelven dentro del marco de los principios de la contratación estatal, por lo tanto es imposible hablar de contratación estatal, sin referirse de forma necesaria a los principios que la rigen porque representan los cimientos y las guías, sobre los que deben estar basados los actos propios de este tipo de negocios jurídicos.

Los principios dan lugar, a un dinamismo, en relación con la función administrativa, regidos por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad, previstos en la Constitución Política, haciendo efectivos de esta manera el cumplimiento de los fines y propósitos de la administración.⁴²

Resulta evidente que los principios para someter a quienes ejercen a la actividad administrativa al cumplimiento de los fines de la contratación estatal, esto de acuerdo a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, mediante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a quienes manejan por este medio recursos del Estado.

Las acciones de la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado y más organismos de control, están orientadas a garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal y en defensa del interés público; vigila que se adelanten los procesos contractuales bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y falla de acuerdo a estos.

De todo esto se concluye que la construcción de confianza es una responsabilidad compartida, entre la administración y sus funcionarios, a partir de la cual se puede garantizar la transparencia, el equilibrio y la seguridad jurídica en el desarrollo de la contratación pública.

⁴⁰IBIDEM

⁴¹DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo "Marco jurídico de la contratación estatal"

⁴² IBIDEM

CAPITULO III

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. Principio de transparencia

Este principio ha adquirido destacada trascendencia en el actuar del Estado, suponiendo una profundización del reconocido principio de publicidad.

La aplicación del principio de transparencia irradia consecuencias en todo el ámbito del derecho administrativo, siendo que el mismo se presenta en la contratación administrativa, el procedimiento administrativo común y disciplinario, y en suma, en toda la actuación de la Administración.

La gestión administrativa como actividad dirigida al servicio de la comunidad, debe caracterizarse por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando allí la importancia de la transparencia, la cual en suma, supone una garantía para todos los individuos.

DE DÓNDE SURGE EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.-El principio de transparencia implica que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal, constituye una extensión del principio de publicidad el cual supone una posición activa de la Administración, mientras que la transparencia se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar.

La doctrina ha considerado que el principio de transparencia tiene raíz Constitucional, fundándose en los artículos 82 y 72 de la Constitución De esta forma, el citado principio deriva del sistema democrático republicano de gobierno, o lo que es más, constituye un elemento intrínseco a la democracia.⁴³

Observamos por lo tanto que del sistema Constitucional se deriva el principio de transparencia, siendo el secreto y la reserva excepciones que deberán estar fundadas ya sea en razones de interés general o en la protección de derechos individuales como por ejemplo el honor y la intimidad.

⁴³DELPIAZZO, Carlos E. (abril 2005). "Transparencia en la contratación administrativa" 1 edición.

El principio de transparencia obra como base fundamental del Estado democrático de Derecho. Extendiendo las palabras del Profesor Brito referidas a los principios de legalidad e interés público, la transparencia unida a los anteriores principios, constituyen “piedras sillares, basamentos firmes del Estado de Derecho, y roca segura para la operación del régimen administrativo”

De esta forma el principio integra la materia del Estado de Derecho. En una concepción material del concepto Estado de Derecho, se han señalado como principales características los poderes limitados de los centros de autoridad, el principio de separación de poderes y el papel de la opinión pública.

Ésta última requiere de una Administración abierta, con el secreto como excepción y con las garantías necesarias para que los administrados ejerzan el derecho a la información.

En suma, la sujeción del Estado al Derecho se sustenta entre otros, en los principios de publicidad y transparencia. El conocimiento por parte de los individuos de la actuación del Estado se convierte en requisito esencial para que el mismo sea considerado como Estado Democrático de Derecho con todo el significado que entraña esa expresión.

De acuerdo con lo previsto en el objeto del principio de transparencia es ampliar y reforzar la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Las disposiciones de la Ley relativas a la Transparencia (publicidad activa y derecho de acceso a la información pública) se aplican a todas las Administraciones Públicas incluidas las empresas públicas y fundaciones del sector público.

Igualmente, todas las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley.

En materia de contratación pública, destaca el contenido del artículo 6 relativo a la información económico-presupuestaria y estadística.

De esta forma, los órganos de contratación y los poderes adjudicadores, deberán de hacer públicos los contratos adjudicados, con indicación de:

- El objeto.
- El importe del presupuesto.
- El importe de adjudicación.
- El procedimiento utilizado para su celebración.
- La identidad del adjudicatario.
- Las modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública, ya recoge el principio de transparencia como uno de los principios informadores que debe regir todo procedimiento de contratación pública y selección de los proveedores de la Administración.

De acuerdo con el mismo, todo interesado o posible proveedor tiene derecho a conocer, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, recurso contra la decisión de adjudicación. En particular debe tenerse acceso a la siguiente información:

1. • En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.
2. • Con respecto de los participantes excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.
3. • En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la

oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes participantes cuyas ofertas hayan sido admitidas.

A fecha de hoy, son pocos los órganos de contratación que hacen públicos estos datos a través de las Plataformas y de los Portales de Contratación, a pesar de ser un derecho ya reconocido a todos los interesados y participantes.

Es de esperar que en el marco de la futura ley de transparencia, los órganos de contratación y los poderes adjudicadores hagan pública de oficio toda la información requerida por la legislación de contratación pública, sin necesidad de que el licitador lo requiera o de que un tribunal lo exija.

En los órganos de la administración, consiste en situar la información a disposición de los ciudadanos interesados en la gestión de un servicio público.

La transparencia no implica rendir cuentas a un solicitante específico, sino que consiste en el hecho de que la sociedad en su conjunto puede tener libre acceso a la información de los órganos públicos, pudiendo consultarla, revisarla, analizarla, y en el caso de advertir irregularidades, usarla como mecanismo de sanción.

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, así la Constitución de la República consagra la transparencia de los actos públicos en su Art. 204 y más pertinentes. Sin embargo, se establece la limitación del principio: que una ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto de los actos cuando su publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Dicha limitación es razonable considerando los bienes jurídicos que protege, constituyentes del orden público, sin embargo nada impide que todo gobierno tiene la responsabilidad de promover el bien común en la toma de decisiones y decolorar los intereses generales por sobre cualquier interés particular, la transparencia y la probidad en la gestión de lo público constituyen una exigencia y un desafío permanente.

Evelyn Castel Higuera “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, principio de probidad: “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general por sobre el particular, que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.⁴⁴

En este sentido el principio de probidad implica que las actuaciones de los funcionarios públicos deben adecuarse a los deberes que les fija la ley y constituir un testimonio de ética ante la sociedad.

Los cargos públicos implican prestar servicios para una entidad especial: La Administración del Estado, que está a cargo del logro del bien común, al igual que todos los poderes públicos. Quien trabaja para el Estado se hace parte de esa tarea, por lo que debe actuar de manera recta y comprometida, desarrollando una gestión no sólo honesta, sino que también eficiente y eficaz.

A los funcionarios públicos les corresponde un rol excepcional, ya que tienen poder y autoridad sobre el resto de los ciudadanos, lo que es a su vez un privilegio y una responsabilidad, pues del ejercicio de ese poder dependen el progreso y bienestar de la Nación.

⁴⁴ROCCO, María Elena, “El principio de transparencia en la gestión administrativa”, Revista de Derecho Público, N° 159

Estas son las razones por las que sobre ellos pesan mayores obligaciones sobre cómo conducirse en su vida pública e incluso privada, debido a que la prosecución del bien común supone que los intereses particulares deben conjugarse con el interés general que, finalmente, es el interés de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional.

A pesar de ello, estos principios podían desprenderse implícitamente de las exigencias de legalidad (o juridicidad) que establece que los órganos de la administración deben someterse a la Constitución y a las normas legales dictadas conforme a ella, y actuar previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (probidad), y que la infracción de este mandato generara las responsabilidades y sanciones que determine la ley. El principio de transparencia se infería indirectamente de la lectura de la Constitución que consagra el derecho de petición, según el cual se puede presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes. El principio de transparencia se desprende de la obligación de la autoridad a la que se hace la petición de dar respuesta a las solicitudes de los particulares sobre los asuntos que manejen.

Una vez tratados los aspectos más importantes de la legislación sobre probidad y transparencia, queda demostrado que la dificultad en el manejo de las relaciones entre la esfera pública y la privada, los intereses particulares por sobre los generales, han hecho de estos temas imprescindibles para el manejo de una gestión pública adecuada.

La Transparencia consiste en que toda autoridad, sea del sector público como privado, deben responder por su Misión y por los resultados obtenidos en la prosecución del mismo. Esta es una obligación legal y moral, que incluso tiene manifestación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su Art. 15: "La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público". Así queda demostrado que la transparencia obliga principalmente a aquellos cargos elegidos por la voluntad popular a dar cuenta del uso del poder en que fueron investidos y cómo se ha usado dicho poder para lograr los objetivos superiores del Estado y los recursos con que cuentan. Hay qu

e recordar que al Presidente de la República le compete el gobierno y la administración, razón por la cual dicha obligación recae con mayor fuerza en los funcionarios públicos que desarrollen labores administrativas.

Se debe dar cuenta de la gestión desarrollada en periodos determinados, análisis en que se debe proporcionar información sobre el Plan Estratégico del Servicio, incluyendo programas y proyectos específicos, además de estados financieros.

Además se debe analizar el logro de los objetivos estratégicos y la validez de la Misión y la Visión del órgano público de acuerdo al escenario en que corresponda su actuación.

De acuerdo a lo anterior, el principal objetivo de la transparencia es lograr la credibilidad de la entidad en análisis, debido a que se informa del cumplimiento de los objetivos estratégicos con sus componentes, a la eficiencia, eficacia y economía lograda en el uso de los recursos, a los resultados obtenidos y si estos agregaron valor al patrimonio involucrado y finalmente si se cumplió con la normativa legal y reglamentaria, estando las cuentas en orden, lo cual tendrá soporte en la medida de que los antecedentes presentados estén debidamente auditados.

Todo organismo, sea público o privado, requiere de credibilidad, la capacidad de generar confianza, la cual solo será posible en la medida de que se dé a conocer la verdad sobre los programas desarrollados y sus resultados, para analizar el índice de efectividad en la gestión de las medidas implementadas, en que siendo los resultados positivos, darán mayor fortaleza al servicio para atender nuevos y cambiantes desafíos. La confianza se logra en la medida que la organización mantiene su capacidad de dar respuesta a los cambios del medio, que en la gestión pública consiste en las nuevas necesidades que surgen en la comunidad, las cuales requieren ser satisfechas de manera regular y continua.

Si queremos lograr sostenibilidad, transparencia y credibilidad en el tiempo, no hay nada más efectivo que informes y opiniones de auditoría que garanticen la gestión.

ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se

aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”

3.1.1 La publicidad como manifestación del principio de transparencia

En virtud de este principio:

1o. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de subasta inversa electrónica, catálogo electrónico, licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en todo caso el ejercicio del derecho Constitucional. Las autoridades expedirán, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

4o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto del procedimiento.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

5o. En los avisos de publicación de apertura de ofertas y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

6o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

7o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley.

Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

8o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

Los casos de contratación directa

No impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

El principio de transparencia, se establece para garantizar la imparcialidad en la contratación estatal, la cual debe hacerse según su cuantía, de manera directa, mediante subasta inversa electrónica, catálogo electrónico, menor cuantía, ínfima cuantía, etc. De acuerdo con esto, se entiende inmerso el deber de selección objetiva en todos los contratos que celebre la administración pública. Este deber es uno de los más importantes preceptos que desarrolla el principio de transparencia como eje de la actividad contractual del Estado, e implica la ejecución de un proceso de selección con la finalidad de escoger al contratista que tenga la propuesta más favorable para la entidad.

De esta manera se pretende impedir que la contratación estatal sea un negocio al que solo pueden acceder pocas personas, gracias a ciertos intereses, preferencias o vínculos de la entidad con el contratista elegido, sin poseer realmente la capacidad requerida para la óptima realización del contrato, haciendo ineficiente la contratación y negándole a quien si poseía la capacidad para ejecutar eficientemente el contrato la posibilidad de hacerlo.

Se busca entonces, que exista igualdad de oportunidades para todo aquel que pueda cumplir con la ejecución de un contrato con una entidad estatal, partiendo de la posibilidad de escoger la mejor oferta de acuerdo con los intereses del Estado, y más específicamente de la entidad, sin atender a razones de ningún otro tipo. El hecho de darle al proceso la calidad de público, implica que este tipo de contratación está sometida al control social, conforme a la veeduría que cualquier ciudadano puede hacer para contribuir con la buena administración de los recursos públicos.

Por lo tanto al referirse al principio de transparencia, se dice: “La forma en cómo se dio la selección del contrato en este caso, quiebra el principio de transparencia pues implica el absurdo de acudir a los vestigios de procedimientos de selección anteriores, con la consecuencia inmediata de evitar la celebración de uno nuevo, con nuevos factores de ponderación.

El comportamiento es irregular si se tiene en cuenta que las ofertas que presentan los potenciales contratistas a la Administración en respuesta a los llamados que la misma hace en condiciones de igualdad, se elaboran en función de unos específicos pliegos

de condiciones o términos de referencia, esto es, para circunstancias de tiempo, modo y lugar concretos y excluyentes de cualquier otro llamado o de otro procedimiento”.⁴⁵

Una manifestación del principio de transparencia es la selección del contratista mediante los diferentes tipos de procedimiento, la excepción es la contratación directa y como excepción que es, solo tiene cabida en los casos expresamente contemplados por la ley que son de aplicación restrictiva, a pesar de esto, una forma muy frecuente de eludir los procesos es el fraccionamiento contractual, que es la división de un contrato sujeto a proceso de subasta por su cuantía en varios contratos de ínfima cuantía, dividiendo de esta manera su objeto contractual con el objetivo de quedar incluido dentro de los casos que no requieren de un proceso para su adjudicación según la ley, y de esta manera poder contratar directamente, pues para los contratos ínfima cuantía no se hace necesario que se realice un proceso largo y puede entonces contratarse directamente según lo que reza la norma. Así también por ejemplo algunas entidades convierten los contratos de consultoría en contratos de servicios profesionales, para evadir de esa forma el procedimiento de consultoría, también suele abusarse con frecuencia de la urgencia manifiesta para evitar el mismo principio de las etapas precontractuales.

Este fenómeno opera con muchísima frecuencia y es una de las más claras violaciones al principio de transparencia y las garantías que este brinda, eludiendo el proceso de selección del contratista para contratar directamente sin que se aplique el deber de selección objetiva, aparentando estar haciendo una contratación “legal”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, prohíbe expresamente el fraccionamiento de los contratos, sin embargo, fraccionar un contrato con la finalidad de eludir la obligación impuesta para los contratos, implica por sí mismo un abuso de la norma y una violación al principio de transparencia, además de esto, “ Con la Ley es imposible, en sana aplicación, emplear mecanismos evasores ya que ello implica, “abuso o desviación de poder” y la ley es enfática en preconizar como regla general la aplicación de los diferentes tipos de procesos, no siendo viables las interpretaciones artificiosas de las causales de contratación directa o el empleo de figuras dirigidas a socavar el principio general.

⁴⁵DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Op. Cit. P. 176

Este principio rector implica desde un ángulo negativo, la prohibición de eludir los procedimientos de selección como igualmente lo deja sentado la Ley.

“Hay fraccionamiento cuando la administración utiliza formalmente la facultad de contratación directa con el propósito fundamental de no aplicar los procedimientos, estando obligada a ello. Por el contrario, la división artificial del objeto a contratar ha sido prohibida con mayor rigor en la ley de Contratación Pública, que sanciona incluso con nulidad absoluta, aquellos contratos suscritos con desviación de poder. En el fraccionamiento se utiliza la desviación de poder cuando se contrata directamente. El fraccionamiento se mira fundamentalmente en el momento de contratación para saber si se ha respetado el principio de transparencia que indica que se debe llevar a cabo los procedimientos legales apropiados y no contratación directa.

Por otro lado, la ley prevé, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

Igualmente definir reglas objetivas, justas, claras y completas para la presentación de la oferta, asegurando de esta manera una escogencia objetiva y evitando la declaratoria de desierto del procedimiento. Esto como garantía al principio de transparencia. Por lo tanto, las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto, además de ser ineficaces de pleno derecho, son contrarias a la ley y violan el principio de transparencia y sus parámetros.

Finalmente, es preciso decir que el principio de transparencia es tal vez el principio de mayor importancia, pues involucra conceptos esenciales de la contratación estatal como lo son, el deber de selección objetiva, los procesos de selección y la publicidad. Los cuales deben ser aplicados por la administración pública para su correcto desempeño en la contratación estatal.

En el principio de transparencia, este es un tema del que no puede prescindirse para la contratación estatal. Como consecuencia de ello vemos que en todos los procesos de selección éste debe estar presente, pues es uno de los requisitos indispensables para todos los actos de la administración.

En observancia del principio de transparencia, la contratación estatal debe considerarse generalmente pública, con el objetivo de brindar al público interesado la

posibilidad de conocer el proceso. La publicación, en los medios masivos de comunicación de gran difusión, busca que se garantice el acceso permanente a la información a quienes deseen presentarse al proceso y a cualquier ciudadano que desee ejercer el control social. Esta disposición logra ampliar el campo de ofertas para la selección final y así, contribuir a que se dé una selección más equitativa con condiciones previamente establecidas, y de conocimiento público y abierto a quien tenga interés en contratar.

El principio de publicidad en la contratación estatal debe entenderse entonces, como la obligación que tienen las entidades estatales de hacer públicos sus actos y con ello el derecho que tienen los participantes a conocer todas las actuaciones y decisiones de la administración, pues de esta manera podrán controvertirlas y hacer valer el derecho de contradicción otorgado en Constitución, las leyes de la materia, así como también acceder a la documentación durante el proceso de selección, controlando la actuación del Estado en los procesos de selección de contratistas.

Las normas sobre contratación estatal, establecen claramente procedimientos y términos puntuales, bajo los cuales debe publicarse la información sobre el objeto a contratar y las condiciones para postularse como contratista. Esta es una de las manifestaciones del tema de publicidad en el principio transparencia, igualmente lo es el requisito de publicidad con que debe contar el acta de apertura del proceso de selección para que quienes estén interesados puedan concurrir a ello.

Una de las manifestaciones más simples y notorias de la publicidad con respecto al principio de transparencia en materia de contratación estatal, es el simple hecho de que deban existir procesos de selección públicos como por ejemplo las ferias inclusivas para la contratación.

3.2. Principio de economía

En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4o. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

6o. Las entidades estatales abrirán e iniciarán procesos precontractuales y suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

8o. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

9o. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplican la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en la ley.

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

13. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de quince días siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

14. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a

radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamente tal determinación.

15. La declaratoria de desierta del procedimiento únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

16. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Mediante el principio de economía, se pretende lograr una mayor rapidez y por lo tanto una mayor economía de tiempo y recursos, en la celebración de cada contrato estatal.

Este principio se desarrolla, su campo de aplicación y su alcance, es en virtud de este principio, que obliga a los servidores públicos al cumplimiento y la ejecución de los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución del objeto contratado y protegiendo los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

“Este principio es predicable en los procesos de selección, sobre todo en la etapa de adjudicación, y existen algunas manifestaciones en la etapa de ejecución del contrato.

Mediante este principio, se busca facilitar el acceso de la mayor cantidad de competidores a los procesos de selección y de esta manera, escoger la oferta más eficiente y más conveniente para la entidad. Debiendo evitar en todo caso retrasos en la ejecución del contrato.

El principio de economía busca reducir los costos de la contratación, evitando trámites innecesarios que fuera de su costo, aumentan la corrupción y demoran la contratación. Por esto, la entidad pública debe velar por que se cumpla con el

contrato y los requisitos y condiciones del mismo sin que se generen costos adicionales a los establecidos por trámites o requisitos distintos. Para el cumplimiento de este principio se debe tener disponibilidad presupuestal previa a la apertura del proceso de selección y por ende a la contratación misma.”⁴⁶

Sobre el principio de economía la Procuraduría se pronuncia en una resolución en donde se resuelve un recurso de apelación interpuesto por el Alcalde y el supervisor del municipio de Montelíbano (Córdoba), a quienes se les acusaba de la suscripción de un contrato cuyo objeto fue el arreglo de una vía, con el cual presuntamente se afectó el presupuesto del municipio al no contar con el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal previo, que garantizara la existencia de reserva suficiente para atender dicho gasto, sin contar tampoco con registro presupuestal, permitiendo la ejecución de ese contrato, sin que la garantía hubiera sido aprobada y sin la existencia de disponibilidad correspondiente.

También se acusó al supervisor de mantenimiento de calles y carreteras, de haber recibido en representación del municipio de Montelíbano los trabajos finales del contrato sin que la obra se ejecutara de conformidad a lo estipulado en él.

Al respecto el pronunciamiento es el siguiente: “La disponibilidad presupuestal es un requisito previo necesario para la contratación, en atención a lo consignado en el numeral 6 del artículo 25 de la ley 80 de 1998. La verificación de esa disponibilidad presupuestal PREVIA A LA CONTRATACION, se concreta a través de un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), requisito formal necesario para iniciar todo proceso de contratación, haciéndose por ello una parte inescindible de la actividad contractual del Estado. Para reforzar el anterior argumento, es del caso mencionar que los requisitos de disponibilidad y registro consignados en el artículo 41 de la ley 80/93 y el 26 del decreto reglamentario 679/94, son imprescindibles para ejercer la actividad contractual, disponibilidad que en este caso no fue constituida por la administración. Entonces, era necesario contar con el certificado de disponibilidad presupuestal previo, que garantizara la existencia perfecciona con el registro presupuestal”⁴⁷

⁴⁶FRANCO GUTIERREZ, Omar, “La Contratación Administrativa, 2da ED. Medellín Abogados.

⁴⁷PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 082-270-1998. Octubre 11 de 2001, Procurador delegado Benjamín Herrera.

Este principio trata de evitar que por inconvenientes que se puedan presentar durante los procesos de selección, no se actúe o se pierda lo que se ha logrado, se dice claramente que las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir tramites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los efectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir sentencias inhibitorias.

Donde sí se supone que el interés público es lo que determina el proceso de contratación, se considera que los trámites no pueden ir en contravía de este interés. Anteriormente se limitaban los procesos de contratación por falta de autenticaciones o vistos buenos, esto está relacionado con los defectos en el procedimiento que se pueden originar en el proceso de selección, ya que se pueden presentar vicios meramente formales en la oferta o en el proceso, lo cual no puede conducir a que se rechace la oferta o termine este proceso.

Esta medida de salvación aplica tanto para las ofertas como para el proceso en general. Visto esto en un caso concreto podemos plantear que en un proceso, la invitación debe ser publicada en un diario y debe contener cierta información entre ellas las reglas de adjudicación, pero por ser tan extensas no se incluyen en el aviso. Este vicio no puede acabar el procedimiento, puesto que las reglas están realmente en el pliego de selección y por lo tanto sería ilógico desconocer lo realizado y declarar desierto el proceso.

Igualmente este principio se ve plasmado en el tema relacionado con los vicios de las ofertas, antes se rechazaban las ofertas por defectos que tenían que ver con las ritualidades, por lo que se desaprovecharon buenas ofertas. No se puede tratar toda omisión como equivalente puesto que algunas son insubsanables y por eso se recoge esta teoría sobre los vicios subsanables e insubsanables o lo que se conoce como convalidación de errores.

De acuerdo a esto, debe procurarse conservar los actos de la contratación estatal como el proceso de selección, cuando adolece de defectos netamente procedimentales, haciendo que esto no sea excusa para que se demore su ejecución. Por lo tanto se debe determinar la naturaleza del vicio del que adolezca, a efectos de establecer si es formal o esencial, así, cuando existan defectos en la forma en los procesos de selección y aun en la ejecución del contrato, la entidad debe tratar de salvaguardarlo para no tener que incurrir en más gastos iniciando un nuevo proceso

como lo reconoce la doctrina, "la ley busca que los procedimientos que se establezcan sirvan para impulsar la actuación, no para trancarla.

"Teniendo en cuenta la prevalencia del interés público en la contratación estatal, se debe tratar en lo posible, de conservar los procesos de selección cuando estos estén viciados en su forma y no se afecte el proceso en su esencia ni se vulnere el principio de igualdad. Debe prevalecer el interés.

Cuando el vicio impide la selección objetiva debe fracasar, es decir cuando versa sobre su esencia no sobre su forma.

Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina en varias ocasiones y tomando diferentes puntos de vista, al respecto y de manera acertada se pronuncia el doctrinante Luís Guillermo Dávila, diciendo: "Resulta contrario al principio de economía, de eficiencia y de buena administración la posición que defiende la continuidad del proceso, no obstante haberse advertido un error craso, verbi gracia, unos pliegos de condiciones o términos de referencia que no permiten efectuar la selección objetiva por cuanto, establecen factores de selección subjetivos o tan ambiguos e inexactos que no permiten ninguna forma de evaluación en esas condiciones no tiene sentido, persistir en un proceso hasta la decisión final, vale decir, la declaratoria desierta pasando por la pantomima de tener que efectuar una evaluación ficticia"⁴⁸

En desarrollo del principio de economía obliga al contratista a constituir una póliza de garantía del contrato que pueda salvaguardar a la entidad en caso de incumplimiento, esta garantía puede consistir en pólizas de seguros, garantías bancarias o cualquier otro medio que ofrezca seguridad a la entidad.

⁴⁸ FRANCO GUTIERREZ, Omar, "La Contratación Administrativa, 2da ED. Medellín Abogados.

3.3. Principio de responsabilidad

En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto ofertas o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las comisiones o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7o. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado

Con este principio se busca generar la obligación en los funcionarios públicos y en los contratistas, de responder por los daños que se causen por motivo de la contratación estatal, se reitera la obligación de los servidores públicos de preservar los intereses del Estado en todo momento del proceso contractual, situación que se materializa, en las sanciones impuestas a los servidores públicos, garantes de la contratación, cuando no adelantan estudios previos que demuestren el objetivo de contratar o cuando la información suministrada en los pliegos de condiciones o términos de referencia son confusos.

Pero el principio de responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista también es responsable por la veracidad de la información que suministra a la entidad estatal en su propuesta sobre la calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

Este principio es creado con el fin de regular la gestión de los servidores públicos y de los contratistas. De acuerdo a este, los servidores públicos están obligados a cumplir con los fines del estado y de la contratación, haciendo valer una correcta ejecución de lo contratado y protegiendo los derechos de la entidad y del contratista.

Para garantizar este principio, los servidores públicos serán responsables penal, civil y administrativamente. Igualmente serán responsables por iniciar procesos de selección sin autorización previa, por contratar sin la existencia antecedente de un presupuesto respectivo, o sin realizar estudios, proyectos de factibilidad o diseños anticipadamente, por no adjudicar el contrato sin que exista una justa causa para esto y por hacer uso de privilegios o poderes contenidos en el contrato sin que se justifique su utilización o se haga codesviación de poder o abuso del mismo.

La responsabilidad del manejo y la dirección de la actividad contractual de los procesos de selección se atribuye siempre al jefe o representante de la entidad, no a la comisión, ni a los consejos directivos o departamentos administrativos, evitando de esta manera que la responsabilidad termine confundándose entre las personas que integran dichos organismos y el representante de la entidad .

Incluso los asesores partiendo del principio de la buena fe de los funcionarios que participan, están en el deber de revisar, constatar y decidir sobre la conveniencia de la contratación al tenor de las normas que la reglamentan, toda vez que aunque no tenía el conocimiento si estaba obligada a informarse; por tal virtud, no se le sancionará por la simple configuración de la falta sino por su comportamiento antijurídico y culpable. En este marco procesal, se demuestra la conducta irregular imputable a la encartada y, en consecuencia, la vulneración de las normas, por firmar el contrato sin tener en cuenta todos los requisitos exigidos por la ley de contratación pública, en este caso la planeación como etapa previa a la celebración.

Como fundamento normativo, tenemos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, según las cuales se establece los eventos en los cuales no se puede contratar con el Estado; por consiguiente, no solo se aplica para los contratistas si no, como es obvio, a los servidores públicos para que verifiquen su existencia, previo a suscribir los acuerdos.

Cuando existe discrepancia entre el objeto contratado y su valor se generan sobrepuestos, sobrecostos o precios injustificados. En este caso el contrato estatal no se encuentra en igualdad para las partes, un ejemplo de esta situación, es cuando se presentan precios artificialmente bajos que se pueden generar desde la presentación de la oferta, donde la entidad debe procurar proporcionar elementos de juicio, e inaceptar la presentación de dicha oferta e igualar la situación razonablemente.

Sobre este tema se pronuncia la doctrina diciendo: "El reproche que la ley hace por los precios artificialmente bajos se justifica por el evidente riesgo que se presenta en la ejecución del contrato. Quienes así actúan lo hacen con la intención de conseguir la

adjudicación para que durante la ejecución del contrato se arreglen las cargas mediante reclamaciones por supuestos desequilibrios contractuales... lo que quiere decir que la celebración del contrato con precios artificialmente bajos y su ejecución sin ningún cambio de las hipótesis que propiciaron el pacto, no da lugar a ningún restablecimiento. Incluso por la existencia de una clara responsabilidad del oferente al elaborar su oferta, si su planeamiento se monta bajo la tesis de un error de cotización de la oferta.”⁴⁹

Los contratistas deberán responder por otorgar información falsa y por ocultar prohibiciones para contratar, en este último caso, cuando el contratista se encuentre inhábil o adolezca de alguna incompatibilidad y la haya ocultado, el contrato entonces será nulo absolutamente y será terminado unilateralmente por la entidad. De igual manera, el contratista puede terminar respondiendo penal y administrativamente por estos hechos.

3.4. El deber de selección objetiva

La selección de contratistas será objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

⁴⁹ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Marco jurídico de la contratación estatal.

El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

El deber que tiene la entidad pública de escoger al contratista mediante criterios objetivos de selección, contrario a consideraciones caprichosas o subjetivas, predominando siempre el interés público. Este deber busca una correcta escogencia del contratista en los procesos de selección que logre los cometidos estatales vinculados con la administración.

Además se debe cumplir bajo el supuesto de garantizar la ejecución de un futuro contrato y por consiguiente satisfacer el interés público que ha debido tenerse en su celebración. La selección objetiva busca la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, de acuerdo a la ponderación de factores que puedan ser esenciales para lograr la eficacia en el contrato. Estos factores deben estar determinados en los pliegos de condiciones o términos de referencia, para de esta manera evitar que exista cualquier tipo de arbitrariedad o subjetivismo en la selección, pues los factores para escoger al contratista no pueden ser diferentes a los requisitos y condiciones previamente establecidas.

Para el correcto cumplimiento de este deber la administración debe hacer una comparación de todas las ofertas presentadas en cuanto a su contenido y su viabilidad, analizando los precios y las condiciones del mercado para de esta manera escoger la propuesta más conveniente y que pueda otorgar al Estado la garantía del cumplimiento de sus fines.

Este deber rige toda selección en la contratación estatal, sin importar el procedimiento de selección que se emplee, además de ello tiene doble acepción, cuando la entidad va a seleccionar al contratista no puede basarse en criterios subjetivos y debe procurar por escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que ella persigue, debiéndose basar en una ponderación concreta, específica y objetiva como factor para efectuar la selección.

El precio no puede ser el único criterio relevante para escoger al contratista, debe estar acompañado por otros factores como la necesidad de la entidad, la conveniencia de la misma, la experiencia del contratista, los aspectos técnicos y su capacidad operacional.

Con respecto al Principio de Selección Objetiva la Procuraduría considera:

“La regla de la selección objetiva constituye una de las máximas que desarrollan el principio de transparencia que rige la actividad contractual del Estado, e implica la realización de un procedimiento de selección que conlleve a la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad.

Acorde con el principio de legalidad, la competencia de los funcionarios públicos se circunscribe a las preceptivas establecidas en la normatividad legal vigente, por tanto, los parámetros de determinación del mecanismo de selección y su desarrollo, deben acatarse en su integridad, se debe cumplir con la selección objetiva que le obliga la ley, deber que a su vez comprende no solamente solicitar una pluralidad de propuestas en los procesos de adquisición, sino también, un análisis previo de la necesidad del bien o servicio y una invitación a cotizar que contuviera los requisitos mínimos de contratación y características.

Es evidente la importancia de los principios de la contratación pública, para la ejecución de la función administrativa. Pues es evidente que cada una de las etapas, los actos y hasta el mismo cumplimiento de los contratos celebrados por la Administración, se desenvuelven dentro del marco de los principios de la contratación estatal, por lo tanto es imposible hablar de contratación pública, sin

referirse de forma necesaria a los principios que la rigen porque representan los cimientos y las guías, sobre los que deben estar basados los actos propios de este tipo de negocios jurídicos.

Los principios dan lugar, a un dinamismo, en relación con la función administrativa, regidos por la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad, previstos en la Constitución y más leyes de menor jerarquía, haciendo efectivos de esta manera el cumplimiento de los fines y propósitos de la administración.

A éstos principios deben someterse quienes ejercen la actividad administrativa, al cumplimiento de los fines de la contratación estatal, esto de acuerdo a la necesidad de lograr un manejo ágil, eficaz y pulcro de la contratación, mediante el establecimiento, entre otros mecanismos, de expeditos instrumentos de control y la consagración de un régimen especial de responsabilidad aplicable a quienes manejan por este medio recursos del Estado.

Las acciones de la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y más organismos de control, están orientadas a garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública y en defensa del interés público; vigila que se adelanten los procesos contractuales bajo los principios de transparencia, economía, responsabilidad y el deber de selección objetiva y falla de acuerdo a estos.

De todo esto se concluye que la construcción de confianza es una responsabilidad compartida, entre la administración y sus funcionarios, a partir de la cual se puede garantizar la transparencia, el equilibrio y la seguridad jurídica en el desarrollo de la contratación pública.

CAPITULO IV

INTERESES INVOLUCRADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1. La entidad administrativa que contrata

En la contratación privada, cada contrato implica la presencia directa de dos intereses: los de cada una de las partes que contratan. Es decir, dentro de la contratación privada el centro inmediato de protección del ordenamiento jurídico está constituido por el interés de cada una de las partes que ha celebrado el contrato privado; por lo que el interés de la sociedad y otros actores es absolutamente mediato. En tal sentido, si durante la formación del contrato o durante su ejecución se produjera alguna ilegalidad que ocasionase perjuicio a alguna de las partes, el ordenamiento legal focaliza los mecanismos de protección en las partes que celebraron el contrato, pero no considera a ningún otro actor distinto a quienes lo celebraron como interesado directo en las ocurrencias que presente la celebración y ejecución de dicho contrato.

Es muy diferente la situación cuando se trata de los Contratos de la Administración Pública. En este caso se identifican ocho actores con intereses directamente vinculados a la celebración de cada uno de los contratos que celebra la Administración pública con los proveedores. Son ocho actores que tienen expectativa desde la etapa de formación de las voluntades, pasando por el perfeccionamiento del contrato y la ejecución de las respectivas prestaciones.

En tal sentido, la normativa de contrataciones de la Administración Pública debe ser capaz de armonizar los diferentes intereses involucrados, pues ello será garantía para lograr el múltiple impacto beneficioso que se espera de una de las manifestaciones más importantes de la Función Administrativa del Poder, como es el Contrato de la Administración Pública.

Los actores interesados que identificamos son los siguientes:

- a.- La entidad administrativa que contrata.
- b.- El proveedor que contrata.
- c.- El destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato.

d.- El Sector Público en general.

e.- El Sector Privado en general.

f.- Las Entidades Estatales responsables del Sistema de Contratación.

g.- La Sociedad.

h.- La Comunidad Internacional.

A continuación describiremos el contenido básico de los intereses que expresan cada uno de los actores señalados respecto de cada contrato de la Administración Pública. El propósito es mostrar la múltiple importancia de este tipo de contratos y la razón por la que el régimen contractual de la Administración Pública debe incorporar los principios, figuras jurídicas, medios de promoción e instrumentos de protección que armonicen los diferentes intereses involucrados en cada contrato de naturaleza administrativa. Asimismo, permitirá comprender que toda propuesta de modificación al régimen contractual de la Administración Pública debe ser evaluada en cuanto a su impacto en el conjunto de intereses involucrados.

Interés de la Entidad Administrativa que contrata

El interés de la entidad administrativa que contrata se centra en el cumplimiento de sus metas institucionales, así como obtener bienes, servicios y obras de la mayor calidad posible que le permitan los recursos disponibles, que sean oportunos y económicos entendiendo esto último no necesariamente como lo más barato, sino considerando de manera integral el concepto.

Asimismo, es de su interés procurar la mayor eficiencia posible en la utilización de los fondos públicos que administra y la conducción de los procedimientos de contratación conforme a la normativa y principios establecidos; pues, de no tener esta actitud de gestión pública, puede ser objeto de observaciones por los organismos de Control.

4.2. El proveedor que contrata

Los retos de la administración con sus proveedores

La administración contrata bien y compra mal. La buena compra no se hace por seguir un procedimiento electrónico o no de forma escrupulosa, sino por tener el mejor proveedor posible en cada momento y para cada compra. Y además seguir el procedimiento de contratación.

Para contratar hay que hacer una serie de actividades reguladas por la ley y los reglamentos que se plasman en procedimientos más o menos rígidos. Pero el mercado al que se invoca finalmente para obtener el bien o servicio, que queremos comprar, puede o no acudir a nuestra llamada. Esto precisa una estrecha colaboración entre el promotor del contrato y el gestor del contrato.

La confianza en las compras públicas. No todo puede estar escrito en un contrato. ¿o sí?

En tiempos de crisis casi todos acuden a las ofertas de contratación los que saben. En la transición al formato electrónico hay que formar y capacitar a los proveedores para que puedan acudir al llamamiento de las autoridades contratantes.

En cualquier caso la buena compra distinta de la buena contratación tiene tres componentes que son esenciales para el departamento que precisa de este bien o servicio: **ienes que conocer al proveedor** (criterios de selección), **ienes que estar de acuerdo con sus condiciones** (criterios de adjudicación), y **ienes que fiarte de él** (¿credibilidad? ¿reputación?).

No hay procedimiento que te permita establecer qué grado de confianza hay con un proveedor. A no ser que hayas comprado antes o que utilices las redes sociales, o que te fíes de su marca, o que otra administración te haya hablado bien de él.

Las redes sociales deberían de proporcionar el incremento de confianza reputación que los compradores requieren de los vendedores. Pero ¿Cómo se puede articular esta reputación en un proceso de adjudicación?. Recientemente el Reino Unido ha anunciado la generación de una lista negra de proveedores de contratación pública. Es un elemento a considerar porque el aumento del formato electrónico aumenta la concurrencia, y se precisa tener acceso a la reputación del proveedor.

El proveedor que contrata – también denominado contratista – tiene como centro de interés su posibilidad de acceso al mercado de las contrataciones del Estado, así como el beneficio económico específico que le puede proporcionar cada contrato celebrado. En tal sentido, procura seguridad y protección en el ejercicio de sus derechos de proveedor.

La innovación del nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública, es que la persona natural o jurídica que desee participar como proveedor de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría deberán ingresar y registrar toda la información solicitada al Portal www.compraspublicas.gob.ec

Luego de registrados en el INCOP, se verificará la situación legal, técnica y financiera, así como la experticia del proveedor en base a la documentación presentada.

Para que el proveedor sea declarado habilitado deberá presentar la constancia de pago de derechos, mantener actualizado su información y así mismo, podrá registrarse en más de una categoría según su formación profesional, experticia y actividad económica. Cabe resaltar que existe un régimen especial en el que no se requiere el registro único de proveedores, dejando al criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos, y lo mismo se aplicará en la adquisición de bienes en los que se comprobare que son únicos en el mercado y que tienen un solo proveedor.

Se debe manifestar que son causales de suspensión temporal del Registro Único de Proveedores RUP las siguientes:

- Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido durante el tiempo de 5 y 3 años respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido.
- No actualizar la información requerida para su registro por el INCOP, esta suspensión se mantendrá hasta que se realice la actualización respectiva.
- Si ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos.
- Si el precio sufre una variación sustancial a la prevista.

Se suspenderá definitivamente en el RUP, a un proveedor cuando éste haya proporcionado para su registro de datos información adulterada, siempre que dicha situación haya sido declarada en sentencia ejecutoriada de última instancia.

Cuando se contrate con personas inhábiles se podrá presentar una denuncia ante el Procurador General del Estado, acompañando documentos probatorios.

También las entidades contratantes se registrarán en el Portal www.compraspublicas.gob.ec pero no se aceptará más de un registro por entidad contratante, y se controlará a través de su RUC.

El portal de compras públicas contendrá, entre otras, el RUP, catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las entidades contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública.

Una entidad contratante puede a su vez ser proveedora de obras, bienes y servicios, pero igualmente cumplirá su registro en el RUP.

El INCOP aplicará políticas de confidencialidad y protección de datos con el fin de cuidar la información obtenida a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec. y ésta se usará exclusivamente para el fin requerido.

4.3. El destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato

Cada contrato de la Administración Pública implica que los bienes, servicios u obras en que finalmente se traducirá la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, tienen uno o más beneficiarios que pueden ser de diferentes categorías como las siguientes: un órgano de la misma entidad pública contratante; una entidad pública distinta a la contratante; un grupo social determinado ejemplo, niños beneficiarios de programas sociales, poblaciones que tienen la expectativa de beneficiarse con una carretera; etc.

En consecuencia, la celebración de cada contrato de la Administración Pública no puede ignorar la presencia del interés del beneficiario final de las prestaciones del contratista. Es usual que tales beneficiarios expresen su interés en informarse sobre el desarrollo de la contratación, así como recibir los bienes, servicios u obras en la cantidad, calidad y oportunidad que correspondan a un contrato celebrado eficientemente.

4.4. El Sector Público en general

El Sector Público en general, a través de las instancias integradoras de las acciones de Gobierno como son la Presidencia, Ministerios y las Entidades, Instituciones Públicas y Privadas que manejan recursos públicos, tienen interés expresado en la necesidad de hacer realidad las metas y objetivos de la Modernización del Estado, a través del mejoramiento continuo de los procedimientos de la Administración Pública, la Descentralización y, últimamente, el denominado Gobierno Electrónico, dentro del cual se ubican las acciones encaminadas a implantar en el país el Sistema Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Considerando que la Contratación Pública es un componente del circuito administrativo, resulta lógico que las entidades responsables del mejoramiento continuo de la Administración Pública y de la Función Administrativa, expresen su interés en la manera cómo se desarrolla la contratación administrativa.

4.5. El Sector Privado en general

La contratación administrativa en materia de bienes, servicios y obras en el Ecuador es de gran magnitud para nuestro medio.

Debilidades identificadas

I. Sin lugar a dudas, el mayor riesgo identificado es la multiplicidad de Regímenes de Excepción que rigen en la Contratación Pública en el Ecuador.

La actual Ley de Contratación Pública es de obligatoria aplicación en un porcentaje mínimo del universo total de contratos, lo que reduce la efectividad de los organismos de control, y la capacidad de la sociedad civil de exigir una clara rendición de cuentas sobre el destino de los fondos públicos y su impacto en el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

II. La existencia de distintas normativas aplicables a procesos de adquisición pública de bienes y servicios, así como la falta de estandarización de procesos y formatos posibilita la existencia de un alto grado de discrecionalidad en la estructuración y desarrollo de los procesos de contratación.

III. A pesar de existir la previsión constitucional y normativa que faculta a la sociedad civil a participar en los procesos de contratación pública y ejercer su función de control, no existen mecanismos que articulen estos principios legales.

IV. Un problema sustancial en materia de sanción de actos irregulares en procesos de contratación pública y ejecución de contratos, es la falta de coordinación interinstitucional que permita articular un proceso judicial efectivo; adicionalmente, se deben incorporar los tipos penales.

V. En materia de gestión del sistema de Contratación Pública, no existe un Órgano Rector que permita desarrollar estadísticas sobre la contratación, estandarizar procesos y formatos, así como planificar la adquisición de bienes y servicios como medio de desarrollo.

En la actualidad es imposible realizar análisis sobre el impacto de este importante rubro de la economía nacional.

Fortalezas del sistema de contratación

I. El país ya cuenta con un sistema electrónico de Contratación Pública, manejado por el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, que a pesar de sus limitaciones normativas y restricciones materiales, ha podido posicionar la importancia de las herramientas de gobierno electrónico, especialmente como medio para optimizar las adquisiciones.

II. Se encuentra en plena actividad el Instituto Nacional de Contratación Pública, órgano rector con relevancia en el tema, el mismo que además de las funciones propias debería trabajar en el Plan de Reformas a la Ley de Contratación Pública y su Reglamento. Esta estructura debe consolidar un grupo de trabajo que promulga la reestructuración sistémica de la Contratación, tanto desde la perspectiva normativa, como en elementos procedimentales y de gestión.

III. A pesar de que su aplicación ha sido deficiente y manipulada, la actual Ley de Contratación Pública cubre elementos esenciales adecuados para la realidad ecuatoriana. Por tanto, su reforma supone la introducción de elementos específicos, lo que facilitaría cualquier iniciativa en dicho sentido.⁵⁰

En tal sentido, el Sector Privado expresa su interés en ingresar al mercado de la contratación administrativa y promueve o facilita fórmulas de libre acceso o condiciones para el acceso equitativo de las empresas privadas. Ello explica la presencia creciente de los gremios empresariales.

⁵⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción.

4.6. Las Entidades Estatales responsables del Sistema de Contratación

El régimen de contratación de la Administración Pública se basa en principios y normas cuyo respeto es absolutamente relevante para el cumplimiento de los diferentes propósitos públicos a los cuales sirven los contratos de la Administración Pública. Ello hace necesaria la existencia y el rol cumplido por entidades estatales a las cuales se les asigna la responsabilidad de promover y asegurar el cumplimiento de tales principios y normas, así como de asesorar, capacitar, solucionar controversias y, de ser el caso, sancionar los incumplimientos.

Entidades como la Contraloría General del Estado y los órganos o sociedades de auditoría pertenecientes al Sistema de Control, la Comisión de Fiscalización, la Comisión de Promoción de la Pequeña y Microempresa - PROMPYME y, en general los titulares de las entidades del Estado, tienen asignada la responsabilidad de promover y velar por que sean respetados los principios y normas de la contratación administrativa. Son objeto de su interés la calidad de los procedimientos de contratación, la transparencia de los mismos y la seguridad en la utilización de los fondos públicos.

4.7. La Sociedad

Los miembros de la Sociedad en general somos conscientes que los tributos de toda naturaleza que se pagan se transforman en fondos públicos que son utilizados para el cumplimiento de las finalidades públicas que se propone el Estado. Asimismo, somos conscientes que una diversidad de bienes, que tienen el carácter de públicos, son utilizados con motivo de la celebración de contratos de la Administración Pública.

En consecuencia, los miembros de la Sociedad expresan su interés de conocer la forma en que se ejecutan los recursos públicos y el uso de los bienes públicos. Tienen derecho a obtener los beneficios esperados como consecuencia de las acciones del Estado y a percibir con claridad las condiciones de transparencia en que se desarrolla la contratación de la Administración Pública. Los recursos y bienes públicos son de todos los miembros de la Sociedad y es consecuencia lógica esperar que el aporte económico que los miembros de la Sociedad efectúan, tenga como correlato la

utilización transparente y segura de los mismos, así como la obtención de resultados beneficiosos para la Sociedad.

La percepción que tiene la Sociedad respecto a la calidad, oportunidad y resultados de la Gestión Pública, tiene consecuencias en las condiciones de gobernabilidad, por cuanto ésta también se alimenta de la legitimidad que pueda ser lograda por el Estado con su actuación.

Es por ello que la Sociedad expresa creciente interés en acceder a información sobre las contrataciones públicas y exige participar en la supervisión de los procedimientos contractuales.

4.8. La Comunidad Internacional

El proceso creciente de interdependencia económica a nivel mundial, se han acelerado los procesos de integración económica. Sólo en nuestro Hemisferio Americano existen cerca de cincuenta procesos específicos de integración económica.

Históricamente los procesos de integración económica priorizaron temas como aranceles, agricultura e industria. Sin embargo, el tema de contratación pública ha sido incorporado de modo creciente, en razón a que los Estados son los principales contratantes y los inversionistas y proveedores extranjeros que actúan en nuestro país o los proveedores peruanos que actúan en otro país muestran interés en la compatibilidad de sistemas de contratación, en la armonización de los principios y procedimientos de contratación, así como en el logro de estándares de transparencia.

Como se puede apreciar, el contrato de la Administración Pública tiene características especiales que lo diferencian del contrato privado, especialmente por ser un instrumento de gestión que permite el cumplimiento de finalidades públicas e involucra la administración de fondos públicos; lo cual ha merecido incluso la consagración constitucional de dicha diferenciación.

Los intereses involucrados en cada contrato de la Administración Pública no se circunscriben a los del proveedor y de la entidad contratante, sino que, están presentes los intereses de por lo menos ocho actores, dos de los cuales son el

proveedor y la entidad contratante; pues, con la misma intensidad están presentes los intereses del destinatario del bien, servicio u obra que es objeto del contrato, del Sector Público en general, del Sector Privado en general, de las entidades estatales responsables del Sistema de Contratación, de la Sociedad en general y de la Comunidad Internacional.

En consecuencia, está ampliamente justificado un tratamiento normativo especial caracterizado por la armonización de los diferentes intereses involucrados en la celebración de cada contrato y, por lo tanto, cualquier propuesta de perfeccionamiento normativo debe ser evaluado en función al impacto que tendrá en el conjunto de los intereses involucrados.

Esta vez la bandera que ha motivado todas las reformas a las normas de contratación pública, la lucha contra la corrupción, se camufló con el ropaje del robustecimiento de la eficiencia y la transparencia. Pero la normativa que pretende hacer más ágil y eficaz la contratación estatal ha generado un ambiente de desconfianza. Por cuenta de las múltiples interpretaciones que del texto legal y reglamentario están haciendo los operadores jurídicos, a partir de la vigencia de la ley se ha vivido un verdadero caos en la contratación pública.

De modo que aunque es prematuro hacer balances acerca de la efectividad de la reforma, podemos afirmar que por lo pronto no se ven cumplidos los propósitos que la motivaron. Es opinión unánime entre los servidores públicos que los trámites más simples, como por ejemplo las contrataciones de ínfima cuantía, son hoy, por cuenta de los vacíos y las interpretaciones, engorrosos procedimientos que desgastan a la administración pública.

Se abordan temas relevantes y estructurales como los criterios para determinar cuándo la selección de un contratista del Estado es objetiva, la evaluación de las ofertas y el fortalecimiento del RUP y la definición de una nueva modalidad de selección, la selección abreviada y la definición y distribución de los riesgos previsibles. Y al mismo tiempo se regulan temas tan intrascendentes como el del derecho de turno para el pago de las cuentas que presentan los contratistas del Ejecutivo.

Falta todavía preparación, capacitación y herramientas para aplicarlas, los funcionarios han optado por esperar a que se decante el alcance de las nuevas disposiciones y han retrasado la ejecución de sus presupuestos.

En los estudios previos y pliegos de condiciones se ha visto consignadas las más absurdas tesis por cuenta de la falta de ilustración sobre la materia. Tampoco ha sido fácil determinar los criterios de evaluación.

Definida la experiencia como factor habilitante y no ponderable, las entidades no han podido establecer criterios serios para medir la calidad, que junto con el precio, son los dos únicos factores a los que se les puede adjudicar puntaje en los procesos de selección pública.

De nuevo se está viendo pliegos patológicos en los que se Contratación estatal: ¿reina la incertidumbre? califica la descripción de procedimientos y se asigna puntaje con criterios eminentemente subjetivos, volviendo a etapas ya superadas. Además, lejos de evitarse el direccionamiento de los procesos con el denominado sistema de “pasa no pasa”, la discrecionalidad de quien confecciona el pliego para señalar los mínimos habilitantes de conformidad con lo que considere “adecuado y proporcional” ha dejado abierta las puertas a la mala calidad de bienes.

Ni siquiera el novedoso sistema de las subastas y del precio como único criterio para evaluar las ofertas cuando se trata de selecciones abreviadas para adquirir elementos de características técnicas uniformes ha sido fácil de operar. La falta de plataformas informáticas ha forzado la realización de subastas presenciales que han permitido ahorros significativos para el erario, pero cuya eficacia aún no está verificada. Los contratos adjudicados por este sistema están en ejecución y no sabemos si se hará realidad la máxima de que “lo barato sale caro”. Hubiera sido mucho mejor calificar en este tipo de ofrecimientos, además del precio, la mayor garantía ofrecida. Algunos temen que el sistema de subasta inversa no sólo dé lugar a numerosos contratos incumplidos y a la adquisición de productos de mala calidad, sino que pueda facilitar el lavado de activos.

Son, pues, innumerables los temas que han generado comprensibles confusiones y que hacen que hoy el tema de la contratación estatal represente muchos más riesgos para sus actores que antes de la reforma.

Todavía no se conocen las interpretaciones de los organismos de control sobre las nuevas normas, y pasarán años antes de que la Contraloría como máximo órgano de control tenga la oportunidad de ocuparse de ellas.

Faltan muchos temas por reglamentar: los riesgos previsibles, las garantías del contrato, el RUP y sus calificaciones, la promoción de la competencia, los acuerdos marco, etc.

De modo pues que no es ni alarmista ni exagerado sostener que reina la incertidumbre entre los actores de la contratación pública, que la ejecución del gasto ha sufrido un duro retraso y con ella la satisfacción de los intereses de los asociados, fin último de la contratación pública.

Muchos han empezado a añorar la anterior normativa acogiéndose a la sentencia popular que señala que “es mejor malo conocido que bueno por conocer”, y la verdad, si los funcionarios no estudian con juicio la nueva ley y los reglamentos no hacen las aclaraciones que se requieren, la confusión seguirá reinando y pronto se volverá a hablar de una nueva reforma a la ley de contratación pública.

CAPITULO V

PROPUESTA DE REFORMA PARCIAL AL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA

5.1 PROPUESTA DE REFORMA PARCIAL AL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA

Art. 1.- Designación de Administrador de Contratos: Se designará un Administrador de Contrato, que será un profesional por cada área o materia de la contratación.

Art. 2.- Deberes, atribuciones y obligaciones del Administrador del Contrato: Los deberes, atribuciones y obligaciones del Administrador del Contrato son:

- a)** Velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato.
- b)** Adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar
- c)** Actuar a nombre de la Entidad Contratante, en todos los aspectos relacionados con el Contrato que se encuentren bajo su administración, observando que las obligaciones contractuales sean debidamente cumplidas dentro de los plazos y términos establecidos;
- d)** Cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos, regulaciones, normas, procedimientos y más disposiciones que rigen al Contrato, y en caso de su alcance o aplicación solicitará por escrito el criterio del área Jurídica;
- e)** Realizar todas las gestiones que tengan relación con la correcta ejecución de las obligaciones contractuales, en cuanto a la solvencia de la Contratista, en los ámbitos administrativo y técnico;
- f)** Arbitrar todas las medidas que permitan el cumplimiento de las obligaciones contraídas dentro de los plazos establecidos, así como establecer las sanciones a que haya lugar por incumplimiento, demora o abandono;
- g)** Presentar informes de conformidad con el objeto de la contratación, entregados por los consultores o contratistas en las que se determinará la existencia de multas o no;
- h)** Ejecutar las multas que sean aplicables de acuerdo a lo establecido en la ley y el contrato;
- i)** Suscribir las Actas Entrega Recepción;
- j)** Adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados;
- k)** Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque éste actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato;

- m) Presentar Informes que contengan las causas imprevistas y técnicas para la suscripción de contratos complementarios;
- n) Ejercer las demás funciones de administración que le correspondan de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, éste Reglamento General, el Contrato, y Resoluciones aplicables;
- ñ) Velar por el cumplimiento del proveedor en lo que corresponde a las fechas de entrega de los productos;
- o) Recomendar la terminación del contrato en el caso de que se lo requiera;
- p) Multar según tablas;
- q) Formará y llevará un adecuado archivo de la información relevante del proceso contractual.

Art. 3.- el Administrador será Responsable del Control. El responsable de verificar la ejecución durante la vigencia del Contrato, será el Administrador, quien actuará conjuntamente con el técnico, supervisor o fiscalizador designado por la máxima autoridad.

Art. 4.- Durante la vigencia del contrato:

- a) Verificar que las características de los bienes y equipos utilizados para el cumplimiento de las obligaciones contractuales cumplan con las especificaciones técnicas de la oferta, así como con las especificaciones requeridas, y aquellas que están definidas en el Contrato.
- b) El Administrador del Contrato, verificará la información generada por el Contratista en sus informes mensuales con relación al avance de las obligaciones contractuales, observando que sean presentadas dentro de los plazos establecidos.
- c) El avance de los trabajos deberá ser informado por el Contratista, en sus informes mensuales, el mismo que será comparado al Cronograma Contractual. En el caso de existir retrasos, el Administrador del Contrato, establecerá proponer un plan de recuperación en el que se justifique los recursos y medios que utilizará para tal objetivo.
- d) Responder oportunamente las solicitudes o demandas que le sean formuladas y que sean de su incumbencia presentadas por terceros que puedan llegar a interferir en el normal desarrollo de la contratación.

Art. 5.- De la presentación de informes.- El Administrador de contrato deberá presentar Informes de Conformidad de bienes, obras y servicios contratados, dentro del cual se debe hacer constar lo siguiente:

- a) Conformidad con los bienes, obras o servicios contratados, caso contrario deberá realizar las observaciones necesarias para que la contratista las modifique;
- b) Calificación de los bienes, obras o servicios contratados la cual servirá para la base de datos de contratistas;
- c) Solicitud de renovación de garantías en caso de que estén por vencer.

Art. 6.- De las Actas Entrega Recepción.- Las Actas Entrega Recepción deberán ser suscritas por la Máxima Autoridad, Contratista, el Administrador del contrato y Guardalmacén.

Art. 7.- De los procesos administrativos.- El administrador del contrato se encargará de realizar el trámite administrativo correspondiente para la aplicación de multas, garantías técnicas, terminación de contratos de manera unilateral.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

Con estos antecedentes, la UTPL está ejecutando este Programa de Magíster en Derecho Administrativo; en base a la realidad del país y la adaptación de una metodología de educación a distancia abierta apta para los profesionales que trabajamos a tiempo completo.

Estoy convencida que este Programa, tiene como objetivo: formar funcionarios públicos con mente analítica, que tengan la capacidad para estudiar los problemas que afectan al País y por ende a los ciudadanos; que puedan diseñar políticas y programas de solución a esos problemas; y que así mismo puedan aplicar estas políticas y evaluar sus resultados.

PRIMERA.- Luego del análisis jurídico - crítico y de la investigación efectuada, he creído conveniente realizar una propuesta de reforma parcial al Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública basada en principios de responsabilidad para un manejo adecuado de las funciones del Administrador del Contrato.

SEGUNDA.- En cuanto a la designación del administrador del contrato es evidente que hasta el momento esto no se cumple al cien por ciento, debido a que las Instituciones del Estado, todavía no aplican estrictamente esta normativa.

TERCERA.- Toda actividad de autoridades, funcionarios y servidores públicos, debe estar previamente reglada, en este momento el Reglamento de la LOSNCP, se presta para que el administrador del contrato sobredimensione o minimice sus funciones.

CUARTA.- Considero necesaria incluso la creación de un procedimiento que facilite en la práctica las funciones del administrador del contrato y tener una gestión de la Administración Pública eficiente y eficaz.

Quiero concluir manifestando mi opinión de que si las Leyes relativas a la contratación pública de nuestro país, tuvieran una correcta composición y aplicación, no hubiera lugar a corrupción, o por lo menos, su índice no sería tan elevado como lo es hoy en día. La determinación de responsabilidades, tanto políticas como técnicas, deben estar bien definidas para no dar lugar a discrecionalidad alguna sobre ellas. No obstante, el

legislador en las leyes y el ejecutivo en los reglamentos, debería definirlos mejor en lo que respecta a las personas quienes participan en una contratación pública siendo servidores y sin ser servidores, y si sus actividades u omisiones conllevan sanciones administrativas, civiles o penales.

6.2 RECOMENDACIONES

1. La responsabilidad de la administración y manejo de la actividad contractual y la de los procesos, en torno al administrador del contrato, se aplicará de manera incluyente EL REGLAMENTO SUSTITUTIVO DE RESPONSABILIDADES, Art. 1.- Responsabilidad.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal o terceros, **actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades**, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la Ley (el resaltado es mío).
2. En una futura reforma al Reglamento, se amplíe y a la vez se especifique las funciones del administrador del contrato, incluyendo de ser posible un proceso para su actuación, de esta manera queden determinadas sus competencias, facultades y funciones en atención al principio de Legalidad que rige a los servidores públicos, además para que se determine también el grado de responsabilidad.
3. Es importante que en las entidades del sector público la administración del contrato vaya de la mano con el área jurídica ya que, generalmente, lo que haga o deje de hacer el administrador del contrato afectará, legalmente, al contrato y, tal vez, a los derechos y/o acciones disponibles para las partes.
4. En vista de que las facultades y competencias del administrador del contrato son pos-contractuales, el Reglamento de la LOSNCP, deberá hacer constar en su contenido la obligación de que este servidor llevará un archivo de la información relevante de su actuar.
5. Lo ideal sería que en cada entidad pública, se formen equipos de trabajo, en los que se incluirá al administrador del contrato, para que manejen la contratación pública, que asuman sus respectivos puestos durante la fase de adquisición para que se dé una perfecta transferencia de habilidades y experiencias, desde la adquisición hasta la implementación de contratos, y

luego su administración, la estructura del equipo requerido para administrar el contrato su tamaño, tipo de habilidades, funciones y responsabilidades.

6. El administrador del contrato debe ser parte de todo el proceso, desde la planificación y organización, hasta la finalización del contrato. Si esto no es posible, entonces se deben dar responsabilidades específicas a otro miembro del equipo para que considere el contrato en todas las fases de adquisición, desde la perspectiva de la eventual administración del contrato.
7. En cuanto a multas, facultad que tiene el administrador del contrato, en una futura reforma del Reglamento de la LOSNCP, se debe implementar una fórmula o tabla, en las cuales se delimite el monto de la multa, para evitar la discrecionalidad, situación que debe quedar claramente definida en el pliego, de forma tal que los eventuales contratistas conozcan, de previo, la estimación anticipada que significarán estas cláusulas, es decir su tope máximo, el cual debe ubicarse dentro de ese mencionado límite. Art. 71 LOSNCP.
8. Fortalecer el sistema electrónico de compras y contrataciones del Estado, Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, a través de las reformas a la Ley de Contratación Pública y Reglamento.
9. Incorporar las tipificaciones derivadas de la normativa penal, y promover los medios de cooperación interinstitucional que mejoren el trámite judicial y la sanción de actos de corrupción en materia de Contratación Pública.

ESTUDIO DE CAMPO, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE CUARTO NIVEL EN LA MAESTRIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO UTPL DRA. VERONICA DORALIZA ALVERCA ABAD

Entrevista realizada a.....

Primera.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento propone que las entidades del sector público designe un administrador del contrato. Emita su criterio.

Segunda.- El Reglamento de la LOSNCP, expresa que en todo contrato se designará un administrador del contrato ¿Cómo cree usted que se aplica esta disposición?

Tercera.- Conoce usted cuales son las funciones principales del administrador del contrato?

Cuarta.- Cuáles considera usted que son los principales problemas que surgen al momento de vigilar la ejecución de los contratos?

Quinta.- ¿Considera usted que es suficiente la normativa expuesta en la LOSNCP y el Reglamento para la buena operatividad del Administrador del contrato o sería necesaria una reforma.

Sexta.- Cree usted que se debería reformar la LOSNCP y el Reglamento a fin de mejorar el actuar del administrador del contrato?

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES RUSSI, José Luís. (2004). El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado, Editorial Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá.

CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique, (2004). Celebración y ejecución de contratos estatales: contrate bien para que no lo encarcelen o lo destituyan. Aplique las reglas y principios adecuadamente, Editorial Panamericana Formas e Impresos, Bogotá.

CAGNONI, Aníbal, (abril 2005). FCU, 1 edición.

CONSTITUCION DEL ECUADOR

Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción

CUEVA, Agustín. “El Ecuador de 1925 a 1960”. En: *Nueva Historia del Ecuador*. Corporación Editora Nacional-Grijalvo. Quito, 1983. V. 10, p. 95.

COLECCIÓN DE LEYES y decretos expedidos por los congresos ordinarios y extraordinarios de 1898. Edición oficial hecha por el archivero del Poder Legislativo. Imprenta Nacional. Quito, 1899. pp. 72-98.

DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo, (2000). Régimen Jurídico de la contratación estatal, Editorial Legis, Bogotá.

DAVILA VINUEZA, Luís Guillermo. Marco jurídico de la contratación estatal. Op. Cit., p. 220.

DELPIAZZO, Carlos E. “Transparencia en la contratación administrativa”, en “Liber Amicorum Discipulorumque José

DICCIONARIO JURÍDICO, Guillermo Cabanellas

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA

ESCOBAR GIL, Rodrigo, (1999). Teoría general de los contratos de la administración pública, Editorial Legis, Bogotá.

FRANCO GUTIÉRREZ, Omar, (1994). La contratación administrativa: comentarios a la ley 80 de 1993, Editorial Abogados librería, Medellín.

FRANCO GUTIERREZ, Omar, “La Contratación Administrativa, 2da ED. Medellín Abogados.

HORMIGA C, María Cristina, (1996). Nuevo estatuto de contratación estatal: estudio de la ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios, doctrina y jurisprudencia. Editorial Doctrina y ley, Bogotá.

LARREA HOLGUÍN, Juan,(1998).“La Primera Constitución Liberal, de 1897”, en: *Religión y Derecho*. División Editorial Poligráfica. Guayaquil. p. 40.

LAMPREA RODRÍGUEZ, P.A. (2007).“Contratos estatales, Temi, Bogotá.

LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Ley reformativa de la Ley de Régimen Administrativa Interior, del 20 de octubre de 1900. RO 1247. Decretos y Leyes sancionados en el año 1900. Publicación anual del Archivo del Poder Legislativo. Imprenta Nacional. Quito, 1901. pp. 127-129.

Ley de Régimen Político Administrativo de la República, de 9 de diciembre de 1930. Anuario de Legislación Ecuatoriana. Volumen 23, primera parte. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo. Imprenta y encuadernación nacionales. Quito, 1933. p. 17. Art. 6.
Informativo ESPAE, JUNIO 1995

LÓPEZ CALVO JOSÉ, (1996). *Organización y Funcionamiento del Gobierno*. Madrid. p. 91.

MUTIS VANEGAS Andrés, (2001) QUINTERO MÚNERA Andrés. La contratación estatal análisis y perspectivas, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas, Bogotá.

PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo, (1982). "Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas". En: *Historia del Ecuador*. V. 7. Salvat. Quito. p. 66.

Primer Registro Auténtico Nacional. Tomo 1°. Separando provisionalmente el Ministerio de hacienda del interior de relaciones exteriores. p. 17.

Procuraduría General del Estado considera que se encuentra vigente la *Ley de Régimen Administrativo*. Of. PGE N° 07028 de 08-03-2004. RO 363, 24 de junio de 2004.

POSADA, ADOLFO. (1897). *Tratado de Derecho Administrativo*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid.

PINO RICCI, Jorge. (1996). Régimen de contratación estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Primer Registro Auténtico Nacional. Tomo 1°. Separando provisionalmente el Ministerio de hacienda del interior i relaciones exteriores. p. 17.

ROCCO, María Elena, "El principio de transparencia en la gestión administrativa", *Revista de Derecho Público*.

RICO PUERTA, Luís Alfonso. (2000). *Teoría general y práctica de la contratación estatal: concordada con las leyes 446 y 489 de 1998 y el decreto 1818 de 1998*, Editorial Leyer, Bogotá.

RIVAS CASARETTO, María. Profesora invitada para la cátedra: "Leyes de Control Administrativo" Escuela de Derecho, especialización: Derecho Público.

SALAZAR REYES, Luís Eduardo. (2003). *De los delitos en la contratación estatal: comentarios al decreto 2170 de septiembre 30 de 2002*, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá.

ANEXOS

ALVERCA ABAD VERONICA DORALIZA
AUTORA
MAESTRANTE UTPL