UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANISTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo en la contratación pública.

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTOR: Abad Quito, Eduardo Ismael

DIRECTOR: Quizhpe Castro, Olger Hernán Mgtr

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2019

Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es

2019

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Olger Hernán Quizhpe Castro

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: **El procedimiento administrativo en la contratación pública** realizado por Abad Quito Eduardo Ismael, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Julio 2019

f) . . . . . .

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Abad Quito Eduardo Ismael** declaro ser autor (a) del presente trabajo de titulación: **El procedimiento administrativo en la contratación pública**, de la Titulación de Magister en Derecho Administrativo, siendo Quizhpe Castro, Olger Hernán Mgtr**,** director (a) 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad"

f.....

Autor**:** Abad Quito Eduardo Ismael

Cédula: 0104230404

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a Dios, quien como guía siempre está presente en el transitar de mi vida, bendiciéndome y dándome las fuerzas necesarias para continuar con cada una de mis metas proyectadas sin debilitarme.

A mi amada esposa María Dolores, a mis hijos Juan Daniel, Tomás y Agustín, por ser la principal inspiración para desarrollar el presente trabajo de titulación, además por entender y entregarme su tiempo, para lograr el desarrollo de este trabajo.

A mis padres Eduardo y Ruth, que con su apoyo incondicional, amor y confianza han permitido mi crecimiento y desarrollo profesional.

A la memoria de mi abuelo Humberto, quien en donde esté de seguro me estará cobijando con su amoroso abrazo.

A la Universidad Técnica Particular de Loja, a mis docentes y a mi estimado Director de Tesis, quien con sus conocimientos y sabiduría proporcionaron las herramientas necesarias en este proceso de formación.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a la Universidad Técnica Particular de Loja; y, a mis queridos Profesores; y, en especial al Dr. Olger Hernán Quizhpe Castro, mi Director de Tesis, por dirigirme y guiarme en mi trabajo de titulación.

INDICE DE CONTENIDO

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN ii

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS iii

DEDICATORIA iv

AGRADECIMIENTO v

RESUMEN 1

ABSTRACT 2

INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO I 6

MARCO TEÓRICO 6

1. El procedimiento administrativo común. 7

1.1. Introducción. 7

1.2. Proceso y procedimiento. Concepto y diferencias. 8

1.3. Actos de simple administración y actos administrativos. 9

1.3.1. Actos de simple administración. 10

1.3.2. Acto administrativo. 10

1.3.3. Elementos esenciales del acto administrativo. 12

1.3.4. Elementos subjetivos del acto administrativo. 13

1.3.5. Elementos objetivos del acto administrativo. 14

- **El Objeto.** 14
- **La Voluntad.** 14
- **La Forma.** 15

1.4. El régimen jurídico del procedimiento administrativo. 17

1.4.1. Regulación jurídica. 17

1.4.2. Definición del procedimiento administrativo. 19

1.5. Importancia y finalidad del procedimiento administrativo. 20

1.6. Clases de procedimiento administrativo. 20

1.7. Principios que rigen el procedimiento administrativo. 22

1.8. Principios comunes que rigen el procedimiento administrativo. 23

1.8.1. Principio de juridicidad y el principio de legalidad. 23

1.8.2. Principio de debido proceso. 24

1.8.2.1. Principios del debido proceso. 25

1.8.3. Principio pro actione. 27

1.8.4. Principio de confianza legítima. 27

1.9. El sistema nacional de contratación pública. 28

1.9.1. Antecedentes. 28

1.9.2. Principios de la contratación pública. 29

1.9.3. El Sistema nacional de contratación pública. 32

1.10. Tipos de procedimientos de contratación pública. 37

1.10.1. Régimen común y régimen especial. 39

1.10.2. Contrataciones de régimen común. 40

1.10.2.1. Bienes y servicios normalizados. 40

1.10.2.2. Catálogo electrónico. 41

1.10.2.3. Subasta inversa electrónica. 42

1.10.2.4. Ínfima cuantía. 42

1.10.3. Bienes y servicios no normalizados. 45

1.10.3.1. Menor cuantía. 45

1.10.3.2. Cotización. 45

1.10.3.3. Licitación. 46

1.10.4. Contratación de obras. 47

1.10.4.1. Menor cuantía. 47

1.10.4.2. Cotización. 47

1.10.4.3. Licitación. 48

1.10.4.4. Contratación integral por precio fijo. 48

1.10.5. Consultoría. 50

1.10.5.1. Montos y tipos de contratación de consultoría. 52

1.11. Etapas de la contratación pública. 54

1.11.1. Etapa preparatoria y precontractual. 54

1.11.2. Etapa contractual. 56

1.12. Análisis del régimen legal de los contratos administrativos. 58

1.13. Tipos de contratos administrativos. 60

1.13.1. De atribución y de colaboración. 60

1.13.2. Típicos y atípicos. 60

1.14. El procedimiento administrativo en la contratación pública. 61

1.14.1. El derecho de petición en la contratación pública. 61

1.14.2. Análisis del silencio administrativo y su relación con la contratación pública. 62

1.15. El Acto administrativo y la contratación pública. 64

1.16. Efectos jurídicos de la notificación de los actos administrativos en materia de contratación pública. 66

1.17. Clases de actos administrativos en materia de contratación pública. 67

1.17.1. Resolución de inicio. 67

1.17.2. Resolución de cancelación. 68

1.17.3. Resolución de declaratoria de desierto. 68

1.17.4. Resolución de adjudicación. 70

1.17.4.1. Definición y análisis de su naturaleza jurídica. 70

1.17.4.2. Extinción y reforma de la resolución de adjudicación. 71

1.18. Recursos administrativos y judiciales en materia de contratación pública. 72

1.18.1. La impugnación de los actos administrativos. 72

1.18.2. El Reclamo administrativo. 73

1.18.3. Pasos del reclamo administrativo. 74

1.18.4. Recurso de Apelación. 74

1.19. Recursos judiciales. 75

1.19.1. Recurso de plena jurisdicción o subjetivo. 75

1.19.2. Recurso de anulación. 76

1.20. Derecho comparado y contratación pública. 78

1.21. Caso colombiano. 79

1.22. Caso mexicano. 80

1.23. Caso chileno, Tribunal de Contratación Pública.- 81

1.24. Caso panameño, Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. 82

1.25. Caso español, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.- 83

CAPITULO II 86

MATERIALES Y MÉTODOS 86

2.1. Métodos. 87

2.2. Encuesta. 87

2.2.1. Análisis Preliminar 87

2.2.2. Muestra 88

2.2.3. Preguntas de la encuesta. 89

2.2.4. Procesamiento de datos obtenidos 91

2.3. Resultados 91

2.4. Análisis General de Resultados. 100

2.5. Discusión. 101

2.6. La relación entre la teoría y la práctica. 101

2.7. El papel de los servidores públicos. 102

2.8. Un cambio de paradigma. 103

2.9. Conclusiones, recomendaciones y propuestas. 104

CONCLUSIONES. 105

RECOMENDACIONES 106

Propuesta. 107

Promulgación del código orgánico de contratación pública. 107

Análisis de viabilidad para la implementación del tribunal de contratación pública. 109

Fundamentación para la implementación del tribunal de contratación pública......111

BIBLIOGRAFÍA......114

INDICE DE GRAFICOS

Grafico No. 1 92
Grafico No. 2 93
Grafico No. 3 94
Grafico No. 4 96
Grafico No. 5 ..... **¡Error! Marcador no definido.**
Grafico No. 6 ..... **¡Error! Marcador no definido.**
Grafico No. 7 ..... **¡Error! Marcador no definido.**

RESUMEN

Para el adecuado desarrollo del presente trabajo, es importante partir del hecho de que el procedimiento administrativo es esa parte del derecho administrativo que determina el conjunto de reglas y principios que salvaguardan la intervención de todos aquellos interesados en la generación y oposición de la voluntad administrativa.

La función jurisdiccional del Estado se ejecuta a través del proceso. Es aquella herramienta necesaria para plasmar los fines que persigue el Estado al atribuir al administrado una conducta jurídica adecuada al Derecho y, a la vez, brindarles la respectiva protección jurídica.

La contratación pública, comprende cada una de las actividades y fases que inician con el requerimiento de necesidad hasta el cumplimiento de aquel objeto de contratación.

En síntesis diremos que el presente trabajo pretende aportar y proponer cambios radicales de orden legislativo e institucional en nuestro país, en estricto beneficio tanto del Estado como ente contratante y el administrado como proveedor y receptor de servicios o bienes, planteando una reforma integral al Sistema Nacional de Contratación Pública; un cambio de paradigma que traiga como resultado la adecuada prestación de servicios públicos.

Palabras claves: Procedimiento administrativo, proceso, contratación pública, acto administrativo.

ABSTRACT

For the proper development of this work, it is important to start from the fact that the administrative procedure is that part of the administrative law that determines the set of rules and principles that safeguard the intervention of all those interested in generating and opposition of the administrative will.

The jurisdictional function of the State is run through the process. It is the necessary tool to translate the objectives that pursues the State by attributing to the managed legal behavior appropriate to the right and, at the same time, provide the respective legal protection.

Public procurement, includes each of the activities and phases that begin with the requirement of necessity until the fulfillment of that object of recruitment.

In synthesis, we will say that this paper intends to provide and propose radical legislative and institutional changes in our country, in strict benefit of both of the State as a contracting entity and managed as supplier and receiver of services or goods proposing a comprehensive reform to the national system of public contracting; a paradigm shift to bring the proper provision of public services as a result.

Key words: Administrative procedure, process, public procurement, administrative act.

INTRODUCCIÓN

En nuestra legislación, no existía una definición clara y precisa del procedimiento administrativo, hasta la expedición del actual Código Orgánico Administrativo el mismo que se encuentra en plena vigencia, es por ello que previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Administrativo, resulta importante para el perfeccionamiento de esta poco conocida pero muy desarrollada área del Derecho, el establecer de primera mano una definición estructurada que nos permita conocer a fondo el procedimiento como tal y los elementos que se conjugan al momento que se concreta la actuación administrativa del Estado, para la realización de un fin. El procedimiento tiene por finalidad esencial la emisión de un acto administrativo.

El desarrollo del Constitucionalismo, y el impacto en la sociedad ecuatoriana, posterior a la aprobación de la Constitución de Montecristi, ha ocasionado que el ciudadano sea consiente de cada una de las garantías y de los derechos que de nuestra Carta Magna derivan a su favor; el Derecho Administrativo no puede quedar exento de este desarrollo, es más, este importante avance en los Derechos Fundamentales van ligados al desarrollo del Derecho Procesal y más aún en el Procedimiento Administrativo.

Debemos considerar que la administración es un proceso dinámico, por lo tanto, en constante evolución, es por ello que éste debe ajustarse a los entornos políticos, económicos y sobre todo sociales, para de esta manera alcanzar y hacer posible los objetivos que ésta persigue.

Debemos anotar que el procedimiento administrativo en suma es la principal herramienta que tiene el Estado, para organizar y reglamentar la ejecución de su accionar, todo esto como elemento constitutivo del poder, a través de la expedición de actos administrativos y actos normativos.

Entonces, vale la pena recalcar, que el principal motivo de este trabajo es, poner a consideración de la sociedad ecuatoriana, cuáles son, por un lado, las prerrogativas que el Estado tiene como propias en su papel de gobierno y control; y, por otro lado, que su actuación no lesione los derechos de los administrados y su relación con la administración, que por su condición, son los primeros afectados positiva o negativamente por el accionar estatal.

Con lo antes dicho, el procedimiento administrativo no es más que la forma o el conjunto de formalidades que deben cumplir las autoridades administrativas para la expedición de los

actos administrativos, como también regular la relación Estado-Administrado, la potestad sancionadora del Estado y los diversos mecanismos de impugnación de los actos administrativos.

Diremos entonces, que la administración pública para poder manifestarse a cada uno de los administrados se sirve de diferentes actos, entre este aglomerado de actos encontramos, el acto administrativo que es la esencia pura del ejercicio del poder de la administración pública.

Por lo tanto, es importante el conocimiento pleno del ejercicio que ostenta la administración, y saber si sus actos están y se encuentran supeditados a las normas y no violentan los derechos de los administrados que en ocasiones se ven afectados por las decisiones de la administración.

Diversos tratadistas, han profundizado su estudio en el área del procedimiento administrativo, y han buscado conceptualizar cuáles son los principios que lo rigen.

Para el maestro Roberto Dromi, el procedimiento administrativo es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración.

La actividad del Estado es jurídica por excelencia y se presenta de esta manera por cuanto en el convivir diario administrado-administración, y en el desenvolvimiento de las actividades propias de la actividad estatal, siempre está activa, por eso indicábamos en líneas anteriores que la actividad estatal jurídicamente hablando es dinámica, es por ello que en la doble misión que realiza el Estado deben estar presentes ciertos principios los cuales supervigilen que la actividad estatal se enmarque en los principios legales y constitucionales, y sobretodo respete los más elementales derechos del ciudadano.

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento mismo, es que ellos son objetivos, en el sentido de que tienden no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo, es por ello que hay un cierto interés público en su sustanciación.

Todas las entidades del sector público se desenvuelven por medio de actos administrativos, los cuales forman parte de las normas jurídicas, siendo éstas resoluciones escritas del

administrador y que lleva consigo la idea de imperio, sobre derechos y obligaciones de los administrados.

Conocer el papel de la administración ha sido mi interrogante personal para escoger el tema que pongo a su consideración y de ella partir en el desarrollo del mismo, además responde a diferentes fuentes de inspiración que, a lo largo de la carrera universitaria, práctica profesional y ahora el estudio de nuestra maestría, han hecho que previo a la obtención de tan preciado título hayan colaborado para su selección.

La pregunta que dio origen a ello fue el saber y conocer ¿Cuál es el límite en el actuar de la Administración Publica?

¿Desarrollar con sentido crítico los pasos y requisitos establecidos en la norma y que la administración debe cumplir previo a manifestar su voluntad a través de los actos administrativos?

¿Establecer con precisión el papel que juega en la vida de los administrados la manifestación de la voluntad de la administración?

Orientar al administrado, cuando en su relación con la Administración Pública sus derechos sean violentados por la actividad estatal.

Estas y muchas más interrogantes que se presentarán en la elaboración del trabajo de investigación serán debidamente contestadas a lo largo de esta importante tesis de grado.

CAPÍTULO I
MARCO TEÓRICO

1. El procedimiento administrativo común.

1.1. Introducción.

Iniciaremos definiendo al procedimiento administrativo como aquella serie sistematizada de medidas destinadas a producir y a ejercitar un acto administrativo; por lo tanto se trata de un conjunto de eventos ejecutados dentro de cada uno de los órganos de la administración pública, para llevar a cabo sus funciones con las facultades propias de su competencia y que le son otorgadas por la ley.

El procedimiento administrativo debe ser considerado como una serie de actos efectuados por el administrado y por la administración, de diverso valor cada uno de ellos, aunque con plena existencia jurídica, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final. Cada uno de estos actos responden a reglas propias e incluso cuentan con un procedimiento específico muy contrario del procedimiento principal que en cada caso se considere; todos ellos cuentan con su propia causa o funcionalidad plenamente determinada, los vicios que se pueden cometer o presentar tienen una enorme incidencia ya que pueden ser anulados independientemente de la resolución final.

Lo antes señalado se resume en la exposición de motivos del Código Orgánico Administrativo cuando se indica *"…el ejercicio de la función administrativa exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de acuerdo con el artículo 226".*[1]

El citado texto constitucional, indica: *"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."*[2]

[1] Código Orgánico Administrativo, de 20 de junio de 2017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.
[2] Art. 226. Constitución de la República del Ecuador 2008, de 25 de julio de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El proceso es un fenómeno jurídico de gran relevancia y debemos desarrollarlo precisamente como un concepto jurídico de mucha mayor amplitud. En el caso del proceso, por ejemplo, se debe tratar de encuadrarlo en los conceptos de relación jurídica, de institución jurídica, de servicio público u otro. Nosotros pensamos en el proceso referido o puesto en relación con el amplio concepto de las funciones clásicas del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.[3]

Por lo citado en líneas anteriores, definiremos al procedimiento administrativo como esa parte del derecho administrativo que estudia el conjunto de reglas y principios que protegen la intervención de todos aquellos interesados en la formación y oposición de la voluntad administrativa.

1.2. Proceso y procedimiento. Concepto y diferencias.

Siendo la definición de "proceso" muy amplia, en general es muy habitual confundirla o se la utiliza de manera equivocada como sinónimo de "procedimiento", debemos tener claro que esto no es preciso, ni correcto.

El vocablo proceso viene del latín "processus" que significa avance, progreso; implica un desenvolvimiento, una continuidad dinámica, una sucesión de actos que se dirigen a un fin.

La función jurisdiccional del Estado se ejerce a través del proceso. El proceso es una herramienta para cumplir los fines del Estado al atribuir a las personas una determinada conducta jurídica adecuada al derecho y, a la vez, ofrecerles la respectiva tutela jurídica.

Couture (1973) en su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil, afirma lo siguiente:

> El proceso es la totalidad, la unidad. El procedimiento es la sucesión de los actos. El proceso es la sucesión de esos actos hacia el fin de la cosa juzgada. (p.3 y 4).

De acuerdo a Carnelutti no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso. Luego trata de explicarlo con una metáfora: Para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el

[3] Zavala Egas, J. (2016). Proceso y Procedimiento: ¿Dos nombres para lo mismo? o ¿Dos conceptos distintos? *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Guayaquil,* pp 90.

procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede alcanzar la decena o bien comprender más de una. (Carnelutti, 1955, p. 19).

El "proceso" es el conjunto de actos destinados a lograr una decisión inobjetable de autoridad judicial, pero visto esa totalidad de actos de forma global, como una unidad integral; por otro lado, el procedimiento viene a ser precisamente la sucesión cronológica de actos que se han realizado en el inicio y durante el proceso, es decir, los diferentes trámites o "procedimientos" que se han tenido que efectuar durante el proceso. (Yela, 2016, p. 21).

En atención de lo manifestado por los tratadistas enunciados, no cabe la menor duda de que el proceso se presenta como un concepto distinto al del procedimiento; el proceso es el todo, la unidad y, este se va desarrollado en función de un conjunto de eventos procesales. Mientas tanto el procedimiento es el modo, la forma como se va manifestando el proceso, es decir su sustanciación, su desarrollo.

1.3. Actos de simple administración y actos administrativos.

La palabra administración proviene del vocablo administrare que significa gobernar, dirigir; y, tiene como sus raíces el vocablo ad que se entiende como a y ministrar que se entiende como servir; por lo tanto la palabra administrar viene a ser la acción de servir.

Definición que no cumple con la necesidad de conocer a la administración en su sentido mucho más amplio, por lo que es necesario acudir a la doctrina, la cual define a la Administración Pública como ¨…no es otra cosa que una planificada actividad jurídica del Estado que tiene como objeto brindar de modo eficaz, oportuno y técnico los servicios públicos a la nación en acatamiento al orden legal. Tiene por objeto la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, en un marco de seguridad y cuya meta es el bien común.[4]

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, sostiene que la Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren (Guzmán Lara, Aníbal, citado por Jaramillo Ordóñez. Ob. Cit., p.67).

[4] Secaira Durango, P. (2008). *Derecho Administrativo*. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Como conclusión diremos que, la administración pública está constituida por un conjunto de órganos e instituciones jerárquicas, subordinadas y coordinadas de conformidad con la Ley, y que tiene como principal objetivo el garantizar la adecuada prestación de servicios públicos, los cuales son necesarios para el desarrollo de la vida en común.

1.3.1. Actos de simple administración.

Nuestra legislación define con absoluta claridad a los actos de simple administración, como "…es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta".[5]

De igual manera el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, define a los actos de simple administración como "…toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia".[6]

Además normas especiales como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD define a los actos de simple administración como "…aquellos actos jurídicos de la administración pública que no crean, modifican ni extinguen derechos subjetivos".[7]

Entonces definimos a los actos de simple administración, como aquella declaración unilateral interna que es desarrollada en el ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos individuales de forma directa ya que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos, y hechos administrativos dictados o ejecutados en su consecuencia.

1.3.2. Acto administrativo.

[5] Art. 120 Código Orgánico Administrativo, de 20 de junio de 2017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.
[6] Art. 70 Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, de 06 de marzo de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
[7] Art. 364 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, de 11 de agosto de 2010, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

Partiremos de la definición clásica de acto administrativo y diremos que es aquella declaración voluntaria que el Estado, a través de sus órganos o entidades ejecuta en nombre del ejercicio de la función pública y que crea, extingue o modifica derechos.

Los actos administrativos tienes su origen y razón de ser en el poder administrativo absoluto, a través del cual se manifiestan, de manera inmediata, pero también de manera absoluta y unilateral.

Dado que el principal objetivo de la Administración Pública es la satisfacción de intereses colectivos, en virtud de aquello y con el objeto de cumplir este fin, se dictan los actos administrativos.

Un elemento esencial y especial de este tipo de actos es que de por sí ya son actos plenamente ejecutivos, y no requieren de autorización de parte de la justicia ordinaria para poder ser aplicados y cumplidos.

El Código Orgánico Administrativo, define al acto administrativo como "…la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo".[8]

De igual manera el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, define al acto administrativo como "…toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa".[9]

Diego Younes Moreno (2010) en su obra Derecho Laboral Administrativo define al acto administrativo como: toda declaración de voluntad de una autoridad proferida en ejercicio de sus atribuciones y en la forma determinada por la ley o el reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho público, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un acto jurídico para satisfacción de un interés administrativo y que tenga por objeto crear, modificar, o extinguir una situación jurídica subjetiva. (p. 110).

[8] Art. 98 Código Orgánico Administrativo, de 20 de junio de 2017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.
[9] Art. 65 Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, de 06 de marzo de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Por lo tanto acto administrativo es toda declaración de voluntad ejecutada por la administración pública en pleno ejercicio de su potestad otorgada por la ley; se trata de una declaración predominantemente intelectual, lo que descarta a las actividades materiales.

Debemos enfatizar además que, la administración pública puede manifestar su voluntad tanto en forma expresa como en forma tácita; su voluntad es expresa, cuando mediante ella quede de manifiesto de manera directa o concreta el objeto del acto administrativo; y, tácita o implícita, cuando de la declaración se puede deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la Administración Pública.[10]

1.3.3. Elementos esenciales del acto administrativo.

El estudio del acto administrativo, está compuesto de un conjunto de elementos, de cuyo cumplimiento depende su plena eficacia.

Estos elementos son aquellos que deben concurrir de manera inevitable para que el acto administrativo sea considerado valido y eficaz; por lo que, el acto deviene perfecto.[11]

La doctrina ha determinado los siguientes elementos para definir e identificar al acto administrativo:

- **Elementos Subjetivos:** Dentro de los cuales tenernos: La competencia y la investidura legítima del titular del órgano.

- **Elementos Objetivos**: Dentro de los cuales tenemos: Los presupuestos de hecho, finalidad, causa, motivación, plazo, objeto.

- **Elementos Formales:** Dentro de los cuales tenemos: El procedimiento, forma de la declaración.

Con el objetivo de contar con una mayor comprensión desarrollaremos cada uno de estos elementos que forman parte del acto administrativo.

[10] Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212. (Quito, 17 de mayo de 2004).
[11] Granja Galindo, N. (2006). Fundamentos de Derecho Administrativo. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

1.3.4. Elementos subjetivos del acto administrativo.

- **La Competencia e investidura legitima del titular del órgano.**

Este elemento hace estricta referencia al conjunto de facultades y obligaciones de los diferentes entes y órganos que forman parte de la administración pública, las cuales deben ser ejercidas legítimamente, las que son determinadas por el derecho objetivo.

Son las atribuciones que tienen los órganos administrativos, conferidas por la Constitución y las leyes. Justamente, dentro de un Estado de derecho, el poder, en términos generales, nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal.[12]

La competencia es absoluta cuando estas facultades o potestades son establecidas a determinado órgano público, y relativa, cuando observan las atribuciones que corresponden a un órgano público frente a otros de ese mismo carácter.

La competencia supone, una legitimación previa y necesaria para que la entidad o el órgano puedan actuar válidamente.

Es común que, en las leyes como en diferentes cuerpos normativos, tanto en la jurisprudencia, como en obras doctrinales constantemente se utilicen términos relacionados a la competencia, por ejemplo: potestad, atribución, facultades; además la competencia se exterioriza a través de una persona natural que ejerce la titularidad del órgano y es quien manifiesta la voluntad administrativa.

Como conclusión, la competencia es necesaria para la acción de todo órgano que emita actos administrativos, ya que esta determina la validez de los mismos; lo cual no justifica el hecho de que puedan existir en la práctica actos administrativos válidos que hayan sido producidos de órganos totalmente incompetentes.

La competencia, está definida en las siguientes clases:

- **Por el territorio**: relacionada al lugar físico donde se encuentran los sujetos u el objeto de la Litis o de donde se produjo el hecho que motiva la controversia.

[12] Palacios. J. (2001). El Control de la Discrecionalidad Administrativa. http://www.revistajuridicaonline.com

- **Por la materia**: es la naturaleza jurídica del asunto de la controversia que puede ser: civil, penal, laboral, de familia etc.

- **Por el grado**: se refiere a la instancia jurisdiccional, en que puede ser conocido un asunto.

1.3.5. Elementos objetivos del acto administrativo.

- **El Objeto.**

El origen del acto administrativo obedece a las circunstancias que requieren de la manifestación de la voluntad de la administración pública; es la razón del porque la administración toma una determinada decisión, que tendrá como resultado la satisfacción del interés común.

El objeto y la causa son elementos íntimamente relacionados al momento de la manifestación del acto administrativo, ya que el primero establece la razón por la cual se toma la decisión y el segundo se exterioriza en la finalidad que lleva consigo la decisión de la administración pública, lo que deberá provocar la adecuada motivación del acto administrativo, que determina si este fue dictado conforme a derecho o de manera arbitraria.

- **La Voluntad.**

La definición de voluntad en el acto administrativo, difiere mucho de la definición clásica utilizada en el derecho civil.

La voluntad del acto administrativo, se define básicamente en la voluntad de la administración pública y materializada en la voluntad del funcionario público, e íntimamente relacionada al quehacer de la administración y el pleno cumplimiento de sus funciones; la cual en nuestra legislación la podemos encontrar definida en el Art. 64 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, que dispone: “Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos”.[13]

[13] Art. 64 Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, de 06 de marzo de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

- **La Forma.**

El maestro Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo, define a la forma de los actos administrativos como el modo en que se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa, es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa. (p. 267).

La forma es el estado en el que el acto administrativo se manifiesta o exterioriza. Queda claro que los actos administrativos deben cumplir una serie de requisitos, siendo uno de ellos la forma en la que se revelan.

La forma así como las formalidades se encuentran determinadas por las normas jurídicas, la Constitución, las leyes y los reglamentos.[14]

El Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, es muy claro al momento de tratar lo referente a la forma de producción de los actos administrativos y con claridad meridiana indica:

Art. 123.- **Forma.**

1. Los actos se producirán por escrito.

2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

[14] Penagos, G. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*, Primera Edición, Tomo II. Bogotá-Colombia: Librería del Profesional.

El cumplimiento de los requisitos de forma “permiten dar seguridad jurídica a los gobernados, pues a través de ellos es como conocerán todos y cada uno de los elementos del acto, y así poder determinar si existen vicios que afecten su legalidad.” (Acosta Romero, 1996, p. 263).

En conclusión, entendemos a la forma del acto administrativo, como la manera mediante la cual el órgano administrativo manifiesta su voluntad.

- **La motivación.**

“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge.”[15]

La motivación constituye, además de un justificativo de la acción administrativa, un medio para permitir el contralor jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto.[16]

En nuestra legislación, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo, tanto que es de categoría constitucional, dictada como una de las garantías del debido procedimiento administrativo:

“76.7.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

El Código Orgánico Administrativo, de igual manera enfatiza:

Art. 18.- **Principio de interdicción de la arbitrariedad.** Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

[15] García de Enterría, E. (1991). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Ed. Civitas.
[16] Sayagues Laso, E. (1988). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad. (Las negritas me pertenecen).

Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.

2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.

3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados.

Se concluye entonces que la motivación es el elemento más importante en la manifestación del acto administrativo y de la voluntad administrativa en general, ya que deben convergir en absoluta lógica el hecho causal y la juridicidad, es decir, relacionar las causas que forman la emisión del acto con las normas jurídicas, la motivación debe constar de forma concreta, para no dejar en indefensión al administrado ni para que el acto acarree nulidad o anulabilidad.

1.4. El régimen jurídico del procedimiento administrativo.

1.4.1. Regulación jurídica.

La Constitución de la República, en su Art. 1 establece "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución…".[17]

[17] Art. 1 Constitución de la República del Ecuador 2008, de 25 de julio de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El Estado de derecho cuenta con dos elementos esenciales que lo conforman, a saber: El estado propiamente dicho y el derecho; por lo tanto, el poder del Estado se encuentra condicionado por el derecho.

El Estado de derecho nace como esa natural oposición al estado absolutista, en donde el monarca de turno se encontraba por encima de los ciudadanos y aplicaba su voluntad sin ningún otro poder o restricción que se le opusiera. Mientras que el estado de derecho, supone que el poder surge o nace del pueblo, quien elige a sus representantes para el gobierno.

El Estado de Derecho está compuesto por órganos del poder público, los cuales son interdependientes, coordinados y representan, al gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Para el teórico Sánchez Viamonte "el Estado de Derecho es toda organización política de la sociedad que reposa sobre normas fundamentales cuyo imperio se impone y sobrepasa toda voluntad. Lo que caracteriza al Estado de Derecho es el imperio inexcusable de un determinado orden jurídico" (Sánchez Viamonte, 1964).

El origen de los procedimientos administrativos se encuentra en Francia cuna del Derecho Administrativo, calificativo merecido a su abundante contribución doctrinaria para el desarrollo de esta área del derecho, autores como Montesquieu, quien además de escribir obras inexorablemente jurídicas, desarrollo la teoría del principio de separación de poderes el cual se encuentra vigente hasta nuestros días.

La Administración Pública es una gran organización compleja de la que se sirve el Estado para cumplir sus fines, que no son otros que las políticas que desarrolla o, si se prefiere, los bienes y servicios que presta y los intereses que atiende: educación, salud pública, seguridad, comunicaciones, economía, entre otros.

El procedimiento administrativo es, en suma, un instrumento de gobierno y de control, cumple una doble misión: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad y la defensa de los derechos por las vías procesales recursivas y reclamativas.[18]

[18] Jhayya Segovia, A. (2008). *Diccionario Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo, todo procedimiento administrativo que conlleve la formación, extinción y reforma de los actos administrativos se regía por las normas del ERJAFE, que en su Art. 1 dispone:

"…instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva"; por lo que queda claro que el procedimiento común es propio de las Administraciones Publicas Central e Institucional, dependientes del Ejecutivo, por lo que se trata de establecer una actividad común que es llevada ante ellas por los administrados y, además el procedimiento administrativo es común y desarrollado por esas Administraciones, en concordancia con lo anterior.

El novel Código Orgánico Administrativo, al momento de definir al Procedimiento Administrativo Común, indica:

Art. 134.- **Procedencia**

Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos.

Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo.

Los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución coactiva son especiales y se regulan en el Libro Tercero de este Código.

Por lo que el ánimo del legislador fue precisamente el establecer un solo cuerpo jurídico en el cual converjan todos y cada uno de los actores del procedimiento administrativo.

1.4.2. Definición del procedimiento administrativo.

El procedimiento debe ser considerado como una sucesión de actos que se desarrollan gradualmente, con el objetivo de llegar o alcanzar un acto estatal definitivo; es por ello que en cada una de las funciones del Estado existen diferentes tipos de procedimiento administrativo.

Algunos tratadistas han definido al procedimiento administrativo, como:

"El cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. Debemos distinguir entre procedimiento y expediente. El primero supone la dinámica del actuar administrativo y el segundo, es la cristalización material en forma escrita y documentada de los pasos y resultados a que se ha llegado a través de las fases del procedimiento"[19]

"El procedimiento administrativo representa una unidad que está integrada por un conjunto de actos coordinados entre sí, que tienden a la preparación de la expresión de la voluntad de la Administración Pública".[20]

1.5. Importancia y finalidad del procedimiento administrativo.

Ilustrare este estudio manifestando que el procedimiento administrativo se presenta como un requisito formal y necesario de los actos administrativos; por lo indicado el procedimiento no solo es el camino a través del cual se producen los actos administrativos, sino que se constituye como una verdadera condición de validez.

El procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es también, y muy principalmente, la de la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés, y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo. Pero a la vez, el procedimiento administrativo debe asegurar la satisfacción del interés general[21].

1.6. Clases de procedimiento administrativo.

Dentro de la actividad administrativa que efectúa el Estado se pueden distinguir los siguientes tipos de procedimientos:

---

[19] Martin Mateo, R. (2005). Manual de Derecho Administrativo, Navarra: Editorial Aranzadi.
[20] Delgadillo, Luis Humberto. (1989). Elementos de Derecho Administrativo. México: Editorial Limusa.
[21] García de Enterría/Fernández, Curso de Derecho Administrativo, cit., T. II, p. 437.

a) Por la actividad. Por el tipo de actividad administrativa, se puede diferenciar entre:

- **Procedimientos generales**: Son aquellos que, conforme al procedimiento administrativo común, se establecen en cada uno de los ordenamientos territoriales.

- **Procedimientos especiales:** Son aquellos que se dirigen a la ordenación de la actuación administrativa en supuestos concretos sobre la base de los procedimientos generales y, en todo caso, conforme al procedimiento administrativo común.

b) Por la posición de la Administración. Por la posición de la Administración se distingue entre:

- **Procedimientos triangulares:** Son aquellos que en los que la administración desempeña una función arbitral frente a los intereses contrapuestos de los particulares.

- **Procedimientos lineales:** Son aquellos en los que la administración actúa como juez y parte frente a los interesados.

c) Por la finalidad. Por la finalidad del procedimiento administrativo se distingue, por un lado, entre:

- **Procedimientos declarativos:** Son aquellos que se caracterizan por atribuir cualificaciones jurídicas a cosas, personas, o a relaciones.

- **Procedimientos constitutivos:** Son aquellos que se caracterizan por producir un efecto jurídico de nacimiento, modificación o extinción de situaciones subjetivas.

- **Procedimientos ejecutivos**: Son aquellos a través los cuales se materializan los contenidos de los actos administrativos.

- **Procedimientos de gestión**: Son aquellos que se limitan, a la adecuada resolución de los otros procedimientos.

d) Por el tiempo. Por el tiempo podemos diferenciar entre:

- **Procedimientos ordinarios**: Son aquellos que son tramitados en condiciones de normalidad.

- **Procedimientos sumarios**: Son aquellos en los que se simplifican los trámites y se reducen los tiempos en que éstos han de ser realizados como consecuencia de la menor complejidad del objeto del procedimiento

1.7. Principios que rigen el procedimiento administrativo.

En el procedimiento administrativo se aplica una serie de principios que ofrecen garantías al administrado en la respectiva tramitación de su expediente. La finalidad del procedimiento administrativo es precisa y fundamentalmente la emisión de un acto administrativo.

Debemos diferenciar los principios fundamentales, que son la base del ordenamiento jurídico y que se encuentran definidos tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales que son de obligatoria aplicación.

La Constitución de la Republica, incita a los poderes públicos a tomar decisiones totalmente fundadas y argumentadas para hacer plenamente efectivos los derechos consagrados en la norma suprema y por supuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos; así estos principios contienen lineamientos que organizan a las diversas instituciones jurídicas, que los podemos encontrar dentro de los derechos mismos o inclusive en disposiciones expresas tal es el caso de los artículos 227 y 300 de la Constitución de la República que determinan con absoluta claridad los principios que deben regir a la Administración Pública.

La doctrina ha desarrollado varios criterios con respecto a la aplicación de principios a la hora de desenvolver el procedimiento administrativo, definiéndolos como “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos” su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio los principios son mandatos de optimización. En tanto tales son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen

de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios".[22]

1.8. Principios comunes que rigen el procedimiento administrativo.

1.8.1. Principio de juridicidad y el principio de legalidad.

El principio de legalidad, no es más que reconocer la sujeción que tiene el Estado al ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, Juan Jacobo Rousseau en su obra El contrato social anota que "las leyes no son propiamente más que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser su autor; corresponde únicamente a los que se asocian arreglar las condiciones de la realidad".[23]

En nuestra legislación con la vigencia del Código Orgánico Administrativo se define con claridad a este principio, ya que el artículo 14 del mentado cuerpo normativo dispone: "Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho."[24]

La doctrina considera que el Estado de Derecho obedece a cuatro principios fundamentales: el reconocimiento de la soberanía popular, la división de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales y el principio de legalidad.

El Estado de Derecho tiene como base fundamental la consagración del imperio de la ley. En este sentido el Estado de Derecho se vincula históricamente a la Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano.

El principio de legalidad, se sustenta en la sumisión de la función administrativa a la ley. El principio de juridicidad no se limita al marco de la ley sino que integra otros principios, normas, doctrina y jurisprudencia. Este principio rige los actos administrativos de acuerdo a lo previsto en el derecho administrativo. Uno de sus razonamientos en derecho público con interpretación restrictiva es que: todo lo que no está permitido, se entiende por prohibido. De igual forma, es

[22] Monroy Cabra, M. (2006). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
[23] Rousseau, J. (1977). El contrato social. México DF: Porrúa.
[24] Art. 14. Código Orgánico Administrativo, de 20 de junio de 2017, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 07 de julio de 2017.

notorio el amparo de la Ley pero no está condicionado a un texto sino al derecho como fuente subjetiva de la justicia.

Estos dos principios, son complementarios; el principio de juridicidad nos integra al derecho en general para regir los actos, es trascendental el uso de las leyes como principio de legalidad para que se establezcan los límites de esos actos; por lo tanto no puede existir principio de legalidad sin principio de juridicidad y viceversa, son recíprocos y necesarios para subsistir.

La Administración Pública indudablemente a través de su accionar manifiesta la potestad de organización, jerarquización y funcionalidad, pero nunca puede alejarse de la Ley, la cual se convierte en el límite absoluto e indiscutible de sus facultades.

1.8.2. Principio de debido proceso.

La Constitución de la República del Ecuador sobre el debido proceso determina que: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (…)"[25]

Cuando nos referimos al debido proceso, hablamos del cumplimiento de los derechos y garantías que se deben cumplir y observar al momento de expedir una ley o acto administrativo.

Podemos definir entonces al principio del debido proceso, como el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el derecho, con la finalidad de alcanzar una justa Administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad de los ciudadanos, reconocida constitucionalmente como Derecho.[26]

La Corte Constitucional para el período de Transición sobre el debido proceso se ha pronunciado indicando que es aquel "que tiene toda persona o sujeto justiciable, de invocar al interior del órgano jurisdiccional el respeto de aquel conjunto de principios fundamentalmente

[25] Art. 76. Constitución de la República del Ecuador 2008, de 25 de julio de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
[26] Zavala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil. Editorial Edino.

procesales (excepcionalmente sustantivos) y por demás relevantes, para que una causa, pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia.[27]

1.8.2.1. Principios del debido proceso.

Los principios básicos del debido proceso y que se aplican en todo tipo de procedimiento son los siguientes:

Idoneidad. Es idóneo todo aquello que es adecuado, lo que resulta necesario para obtener el resultado esperado. Por lo tanto el proceso debe ser adecuado para cumplir la exigencia garantista como para la realización de la justicia.

El principio de idoneidad constituye un límite de la facultad de actuación del Estado, por lo que se justifica la obligación del funcionario de hacer todo lo posible para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos.

Imparcialidad. Permite la vigencia del principio de igualdad y de no discriminación así como el derecho a la seguridad jurídica, es decir el juzgador no deberá demostrar inclinación a favor de uno de los sujetos procesales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Reverón Trujillo, sobre el juez imparcial manifestó: El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción. [28]

Igualdad. Principio que se define como el derecho a recibir el mismo trato y en igualdad de condiciones, relacionado al principio de neutralidad e imparcialidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar el tema relacionado al principio de igualdad ha dicho: Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza

[27] Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 035-10-SEP-CC Caso No. 0261-09-EP.

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Reverón Trujillo.

del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.[29]

Transparencia. Este principio procesal, tiene que ver con la posibilidad de conocimiento e información de todo interesado, no solamente a lo relacionado al procedimiento, sino también de las razones o motivos para hacerlo, los fundamentos de hecho que se invocan y de las evidencias presentadas para motivarlos.

Contradicción. Este principio se desarrolla en la posibilidad de presentar sus opiniones, alegatos y pruebas y de oponerse (contradecir) a las posiciones de la contraparte y a las pruebas que les son adversas; este principio permite el derecho a la defensa y a la igualdad, de no aplicarse una de las partes quedaría en indefensión y sería discriminada.

Evidencia. La evidencia se relaciona a las constancias que pueden presentarse para certificar una afirmación. Por lo indicado, no se pueden afectar derechos sin que se haya demostrado razonablemente que se han producido los supuestos de hecho exigidos por una norma de carácter general, por regla general estos supuestos deberán ser probados y no simplemente invocados.

Solo mediante prueba de la infracción puede decirse que el estado de inocencia de una persona ha sido destruido y podría declararse su culpabilidad.

Motivación. Motivar es exponer las causas o motivos de una decisión, la misma que parte el adecuado análisis de los hechos como del derecho y su adecuada aplicación a la Litis.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76 literal l cuando se refiere a la motivación y dispone que es expresión del derecho de las personas al debido proceso, como mínimo asegurará que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos,

[29] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr, 79 y 80.

resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional para el periodo de transición en la sentencia 0144- 08-RA dictada en el caso 0144-08-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615 de 18 de junio de 2009 ha expuesto que: (…) para que una resolución sea motivada se requiere que sea fundamentada, es decir que se enuncien las normas o principios jurídicos en que se basa la decisión (…).[30]

1.8.3. Principio pro actione.

Este principio exige a que los órganos judiciales, al momento de interpretar los requisitos procesales previstos, tengan presente la razón de ser de la norma a fin de evitar que los formalismos legales vulneren las exigencias del principio de proporcionalidad.

Este derecho a la tutela efectiva de los derechos se manifiesta en el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución judicial debidamente fundada, el derecho a ejercitar los recursos contra las resoluciones que causen agravio y el derecho a la ejecución de las sentencias.

1.8.4. Principio de confianza legítima.

Este principio tiene su origen en la antigua República Federal de Alemania y, luego, fue recogido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, para definir una situación digna de ser amparada al haber sido violada la confianza puesta en la acción de la Administración Pública.

El Tribunal Supremo Español, en su sentencia del 01 de febrero de 1990, consideró que este principio "… ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuanto se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego -interés individual e interés general- la revocación o dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué

[30] Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia 0144-08-RA Caso 0144- 08-RA.

soportar derivados de unos gastos o inversiones que solo pueden serle restituidos con graves perjuicios en su patrimonio."

La confianza legítima es un principio que "deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respecto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades". [31]

El principio de seguridad jurídica exige que las normas sean claras, precisamente para que los operadores de justicia conozcan a qué ajustarse y emitan sus resoluciones en estricto apego a Derecho.

1.9. El sistema nacional de contratación pública.

1.9.1. Antecedentes.

En nuestro país, antes de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Contratación Pública estaba regulada por la Ley de Contratación Pública y La Ley de Consultoría, dos cuerpos normativos independiente uno del otro; además de las normas indicadas, se contaba con reglamentos desarrollados por cada entidad contratante; no se aplicaba un principio de igualdad con respecto a principios o criterios de contratación pública, no se contaba con requisitos, márgenes de preferencia, lo que ocasionaba un inadecuado uso y destino de recursos públicos.

No se contaba con una adecuada planificación de las contrataciones efectuar por parte de las entidades estatales, planificación necesaria para establecer los procesos de contratación y adquisiciones que se realizarían durante el año fiscal.

No existía un registro de proveedores, ya que cada entidad contratante contaba con una base de datos generadas por estas, lo que vulneraba el principio de igualdad y de oportunidad de participación.

La aplicación del principio de Desagregación Tecnológica simplemente no existía, peor aún la utilización de la tecnología en los procesos de contratación, ya que las invitaciones a cada

[31] Sentencia T-020/00. M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

uno de los concursos públicos y el desarrollo como tal de los procesos de contratación se lo llevaba a cabo de manera física; entre otras situaciones que atentaban de manera directa a la plena satisfacción del interes público, debido al artesanal proceso desarrollado.

En el año 2008 se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual, trajo consigo un concepto totalmente innovador causando una verdadera revolución en la contratación pública en el Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se expidió en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, cuerpo legal que ha dinamizado la Contratación Pública, mediante la innovación tecnológica, la agilidad, eficiencia y trasparencia de los procesos de contratación; incentivo a la producción nacional; planificación y correcto uso de recursos públicos.

1.9.2. Principios de la contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala en su artículo 4, los principios que se deberán observar en materia de contratación pública:

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

- **Principio de legalidad.-** Las entidades contratantes deben cumplir las disposiciones previstas en esta Ley, su Reglamento, en las Resoluciones expedidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y demás normativa expedida por los órganos competentes, que regule la adquisición y arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría, así como para la adecuada administración y control de los recursos públicos.

- **Trato justo.-** Implica que todo proveedor de obras, bienes y servicios deben tener acceso a contratar con el Estado en condiciones semejantes a las que los demás, por lo que está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones previstas en la Ley.

- **Igualdad.-** La igualdad exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. El principio prohíbe cualquier tipo de preferencia a un oferente en particular.

- **Calidad.-** De los conceptos de calidad, a criterio de J. M. Muran[32], ninguno es de tan grande alcance o vital como "la idoneidad o aptitud para el uso". La extensión en que el bien sirve con éxito a los fines del usuario durante el uso, se llama "aptitud para el uso". Este concepto de aptitud para el uso o de idoneidad para el uso, ha sido popularmente denominado como "calidad", y es universalmente aplicable a todos los bienes y servicios.

La idoneidad o aptitud para el uso se determina por aquellas características del bien que la entidad contratante puede percibir como beneficiosas para la misma. Las bases sobre las cuales se constituye la aptitud para el uso, son las características de la calidad. Cualquier aspecto de los bienes o procesos que se necesitan para conseguir la aptitud para el uso es una característica de la calidad.

Estas características son de diversas subespecies: Tecnológicas: dureza, inductancia, acidez. Psicológicas: sabor, belleza, status. Con relación al tiempo: fiabilidad, mantenibilidad. Contractuales: garantía técnica. Éticas: atención al personal de ventas, honradez de los talleres de servicios.

- **Vigencia tecnológica.-** Implica la obligación de que la adquisición y arrendamiento de los bienes, así como la prestación de servicios en los que se contempla el uso de bienes específicos de los mencionados en este decreto, reúnan las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición y hasta por un tiempo.

- **Oportunidad.-** La Administración Pública debe actuar con la celeridad que el caso amerita o en atención a las circunstancias de cada caso en particular, a fin de satisfacer de forma eficiente y eficaz las necesidades y el interés público en general.

- **Libre concurrencia.-** El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e implica la prohibición para la entidad, de imponer condiciones restrictivas para el acceso a participar.

[32] Muran M. (2014). Manual de Control de Calidad. Volumen I. Barcelona: Editorial Reverte.

No obstante, el principio no es absoluto. La normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes. Dichas limitaciones o restricciones son por ejemplo la exclusión de oferentes incursos en las inhabilidades generales y especiales previstas en esta Ley.

Pero además de esta capacidad genérica, la entidad contratante puede exigir en los pliegos, determinados requisitos de capacidad técnica y de solvencia económico-financiera, que le aseguren un contratista idóneo. La publicidad de la convocatoria es una consecuencia obligada del principio jurídico de la libre concurrencia.

- **Transparencia.-** La Constitución de la República en su artículo 204 establece con claridad que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. Se crea por tanto una nueva función del Estado, que se la denominó Función de Transparencia y Control Social, por medio de la cual, según la misma norma constitucional se promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; por tanto fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegiendo el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

- **Publicidad.-** De acuerdo con la Ley, las entidades previstas en el artículo 1, tienen las obligaciones de publicar en el portal www.compraspublicas.gob.ec, entre otros, el procedimiento precontractual y contractual.

El artículo 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala la información que las entidades están obligadas a publicar. La consecuencia de la publicidad, es que el mayor número de proveedores interesados al tener conocimiento del requerimiento de una entidad contratante pueden participar y así el Estado, puede tener mayor número de ofertas. De igual manera, todos los ciudadanos pueden tener conocimiento de las actuaciones de la Administración Pública.

- **Participación nacional.-** Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.

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

1.9.3. El Sistema nacional de contratación pública.

El numeral 5 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

La contratación pública es aquel proceso ejecutado por instituciones del sector público, para adquirir o contratar bienes y servicios de acuerdo a los requerimientos de cada entidad para de alcanzar los objetivos programados al inicio de cada ejercicio económico y con el afán de lograr el bienestar de la población local.

El Art. 7 de la LOSNCP, se refiere al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) como el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

La norma citada indica con claridad cuáles son los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, a saber:

- Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;

- Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;

- Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;

- Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;

- Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta ley;

- Agilitar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;

- Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;

- Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del gobierno central y de los organismos seccionales;

- Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;

- Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,

- Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

Además, crea el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República y gozará de fuero de Corte Nacional de Justicia, en las mismas condiciones que un ministro de Estado.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

- Asegura y exige el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;

- Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;

- Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;

- Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;

- Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;

- Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;

- Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;

- Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

- Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

- Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

- Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

- Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;

- Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

- Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

- Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;

- Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;

- Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;

El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

El Servicio Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de:

- El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;

- El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública;

- El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;

- La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;

- Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,

- Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

Para ejercer el control del Sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.

Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal compras públicas. De existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso.

El contenido del plan de contratación y los sustentos del mismo se regularán en el Reglamento de la presente Ley.

Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

Los contratistas y funcionarios que elaboren los estudios precontractuales serán responsables de informar a la entidad contratante, en el término de 15 días contados desde la notificación, si existe justificación técnica para la firma de contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencias en cantidades de obra que superen el quince por ciento (15%) del valor del contrato principal. En caso de incumplir con el plazo señalado serán sancionados de conformidad con el artículo 100 de la Ley.

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

El Reglamento establecerá las formas en que se conferirán las certificaciones o los mecanismos electrónicos para la verificación a que se refiere el inciso anterior.

Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

1.10. Tipos de procedimientos de contratación pública.

El Art. 1 de la LOSNCP, dispone: “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación

para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen (…)

Concepto reiterado en la definición contenida en el numeral 5 del Art. 6 de la ley, que indica:

“5. Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”

De igual manera el numeral 8 del Art. 6 de la LOSNCP, define lo que entenderemos como consultoría:

“8. Consultoría: Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

La institucionalidad sometida a la LOSNCP, desde el ámbito público, se denomina entidad contratante, que según lo establecido en el Art. 6 numeral 12 de la LOSNCP son “Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de esta Ley.”. Los otros sujetos de la relación contractual son proveedores y contratistas, definidos en el propio Art. 6.

Para analizar las entidades contratantes sujetas al SNCP, es necesario considerar que la LOSNCP rige en el país a partir de su publicación en el RO, el 4 de agosto de 2008, mientras que la CRE fue publicada el 20 de octubre del mismo año. Esto significa que la LOSNCP se emitió en función de la institucionalidad establecida por la anterior Constitución de 1998.

Además, la LOSNCP incluye, dentro de su ámbito, a personas jurídicas de derecho privado que podrían actuar como entidades contratantes, y que por tanto deben observar el régimen contractual público.

Aunque no se exprese de manera explícita, también se someten al ámbito y regulaciones de la LOSNCP las contrataciones que realicen las empresas públicas, que son personas jurídicas de derecho público creadas para la gestión de sectores estratégicos; prestación de servicios públicos; aprovechamiento sustentable de recursos naturales o bienes públicos y en general el desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

1.10.1. Régimen común y régimen especial.

Es inevitable aclarar que un procedimiento que goce de régimen especial, puesto que muchas veces se lo equipara con una excepción a la LOSNCP.

La respuesta para su mejor conocimiento se encuentra en el Art. 2 de la LOSNCP: “Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones (…)

Por lo tanto el régimen especial se refiere únicamente a los procedimientos precontractuales, no a los aspectos comunes de todos los procedimientos de contratación pública.

En términos generales, lo que debe regular el Ejecutivo sobre el régimen especial son disposiciones especiales para la etapa precontractual, orientadas a aspectos procedimentales, pero estas contrataciones, desde luego, forman parte del SNCP, y no están exentas de sus normas.

Continuando con nuestra revisión identificamos a los llamados Procedimientos Especiales, disímiles a los procedimientos de régimen especial aunque tengan una designación similar que lleva sin duda a la confusión.

Siendo estos los siguientes: la contratación integral por precio fijo que no establece diferencias respecto al procedimiento precontractual (de la licitación), sino en la etapa contractual (establecimiento de un precio fijo y no precios unitarios e integración de varias fases: provisión, construcción, puesta en operación); las contrataciones en situaciones de emergencia que

cuentan con un régimen de excepción de procedimientos precontractuales y casualmente del régimen que regula la etapa contractual; la adquisición de bienes inmuebles tiene un procedimiento precontractual especialmente regulado; y, el arrendamiento de bienes inmuebles, cuyas normas de contratación deberán constar en el reglamento a la ley, pero que se remiten al Código Civil y a la Ley de Inquilinato.

1.10.2. Contrataciones de régimen común.

MONTOS DE CONTRATACIÓN 2019

Presupuesto Inicial del Estado: $ 35.529´394.461,72		
CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTOS	MONTOS DE CONTRATACIÓN
Bienes y Servicios Normalizados	Catálogo Electrónico	Sin límite de monto
	Subasta Inversa Electrónica	Mayor a $ 7.105,88
	Ínfima Cuantía	Inferior a $ 7.105,88
Bienes y Servicios No Normalizados	Menor Cuantía	Inferior a $ 71.058,79
	Cotización	Entre $ 71.058.79 y $ 532.940,92
	Licitación	Mayor a $ 532.940,92
Obras	Menor Cuantía	Inferior a $ 248.705,76
	Cotización	Entre $ 248.705,76 y $ 1.065.881,83
	Licitación	Mayor a $ 1.065.881,83
	Contratación Integral por Precio Fijo	Mayor a $ 248.705,76
Consultoría	Contratación Directa	Menor o igual a $ 71.058,79
	Lista Corta	Mayor a $ 71.058,79 y menor a $ 532.940,92
	Concurso Público	Mayor o igual a $ 532.940,92

En la mayoría de los casos, el procedimiento depende del monto estimado del presupuesto para la contratación, el mismo que varía en cada ejercicio fiscal.

1.10.2.1. Bienes y servicios normalizados.

Los bienes y servicios normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

La Ley y el Reglamento General utilizan de forma indistinta las palabras "homologados", "estandarizados", "normalizados", "categorizados" o "catalogados", para referirse a aquellos

bienes o servicios cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas por la entidad contratante; y, en el caso de los bienes o servicios incluidos en el Catálogo Electrónico, para referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el SERCOP celebra los correspondientes convenios marco.

La responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios le corresponde a la entidad contratante, la que para el efecto, observará, de existir, la reglamentación técnica o normativa técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio objeto del procedimiento.

Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y de Subasta Inversa; y solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y en el Reglamento General.

1.10.2.2. Catálogo electrónico.

Es una herramienta que permite gestionar la contratación de bienes y servicios de un Convenio Marco, así como la administración de dichas contrataciones por parte de Entidades y Proveedores.

El Servicio Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que éstos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Servicio Nacional de Contratación Pública.[33]

Como producto del convenio marco, el Servicio Nacional de Contratación Pública creará un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS, desde el cual las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa.[34]

Los adjudicatarios quedarán obligados a proveer bienes y servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración del Convenio Marco.

---

[33] Art. 43 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 22 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.
[34] Ibídem.

No obstante, los adjudicatarios podrán mejorar las condiciones establecidas, siguiendo el procedimiento que para el efecto se haya previsto en el Convenio Marco.

Las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la presente Ley y su Reglamento.

Si cualquiera de las Entidades Contratantes obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten publicadas en el catálogo electrónico, deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública para que éste conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes.

1.10.2.3. Subasta inversa electrónica.

La subasta inversa electrónica es un procedimiento dinámico que se utiliza para adquirir bienes y servicios normalizados, donde los proveedores pujan hacia la baja del precio ofertado.

La puja es un estado en el procedimiento de la subasta inversa electrónica, donde el proveedor envía ofertas hacia la baja del precio del presupuesto referencial.

Según el Art. 44 del RGLOSNCP la subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

1.10.2.4. Ínfima cuantía.

Es uno de los procedimientos de contratación más eficientes en términos de tiempo de ejecución del proceso. Prácticamente no existe fase precontractual, sin embargo se deben cumplir ciertas condiciones técnicas, financieras y legales para poder aplicarla.

Estos procedimientos no están condicionados a la planificación institucional ya que como menciona el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RGLOSNCP en el Art. 25, inciso segundo, se exceptúan junto con las Contrataciones de Emergencia de su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones PAC.

El tema de presupuesto referencial para la aplicación de Ínfimas cuantías, se lo condiciona a las adquisiciones cuyas cuantías sean como máximo el resultado de multiplicar el Presupuesto Inicial del Estado PIE por el factor 0,0000002.

Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos. El SERCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía.

Los bienes y/o servicios normalizados y no normalizados, cuyo presupuesto referencial de contratación sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, deberán ser adquiridos a través del procedimiento de Ínfima Cuantía en las siguientes circunstancias, las mismas que no son concurrentes:

1. Que no consten en los Catálogos Electrónicos en el Catálogo Dinámico Inclusivo vigentes, para el caso de bienes y/o servicios normalizados;

2. Que su adquisición no haya sido planificada, y en tal caso que no conste en el Plan Anual de Contratación PAC; o,

3. Que aunque consten en el PAC, no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.[35]

Los siguientes bienes y/o servicios podrán adquirirse a través del procedimiento de Ínfima Cuantía, independientemente de las condiciones señaladas en el artículo anterior:

[35] Art.330 Resolución No. 72 Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.

1. Los alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas;

2. La adquisición de combustibles en operaciones mensuales por cada entidad, cuyo monto no podrá superar el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado;

3. La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de Régimen Especial regulado en el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

4. El arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado;

5. La adquisición de medicamentos y dispositivos médicos, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear alguno de los procedimientos establecidos en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y,

6. Las contrataciones de investigación científica, a excepción de aquellas contrataciones consideradas como consultoría.

En los casos previstos en los numerales 1, 3, 5 y 6 de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente período fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra.[36]

La contratación del servicio de provisión de seguros, en cualquiera de sus ramas, se podrá realizar a través del procedimiento de Ínfima Cuantía, siempre y cuando el presupuesto referencial de la prima correspondiente sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente. Para el efecto, se

[36] Art. 331 Resolución No. 72 Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.

considerará la necesidad del servicio de seguro durante todo el ejercicio económico, sin excepción.[37]

Se podrá contratar a través del procedimiento de Ínfima Cuantía la ejecución de obra que tenga por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.

En este caso, se preferirá la contratación con los beneficiarios de programas de promoción de empleo de carácter nacional.

Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente. En el caso de que el objeto de la contratación no sea el señalado en este numeral, se aplicará el procedimiento de Menor Cuantía.[38]

En ningún caso podrá contratarse servicios de consultoría a través del procedimiento de Ínfima Cuantía.

1.10.3. Bienes y servicios no normalizados.

Los bienes y servicios no normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas no han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante.

1.10.3.1. Menor cuantía.

La menor cuantía de bienes y servicios se utiliza para la adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, para los normalizados sólo en el caso de que la subasta inversa electrónica se haya declarado desierta y cuando el monto para la contratación sea inferior al 0,0000002 del Presupuesto inicial del Estado.

1.10.3.2. Cotización.

[37] Art. 332 ibídem.
[38] Art. 333 ibídem.

En todo proceso de Cotización, conforme lo contempla el artículo 50 de la LOSNCP, la entidad contratante invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores.

Si un proveedor de una localidad distinta a aquella en la cual se va a ejecutar o cumplir el objeto contractual quiere participar en ese proceso, puede hacerlo pero, para efectos de evaluación.

Nótese que de acuerdo a lo previsto por el artículo 52 de la LOSNCP, en las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por cotización, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas anteriormente, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal.

En todo caso, téngase en cuenta que el numeral 22 del artículo 6 de la LOSNCP prescribe que se entenderá como participación local aquel o aquellos participantes habilitados en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio, al menos seis meses, en la parroquia rural, cantón, la provincia o la región donde surte efectos el objeto de la contratación. Todo cambio de domicilio de los participantes habilitados, deberá ser debidamente notificado al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

1.10.3.3. Licitación.

La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase

el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos.

La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

1.10.4. Contratación de obras.

1.10.4.1. Menor cuantía.

El monto para la ejecución de la obra debe ser inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato. Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

1.10.4.2. Cotización.

Este procedimiento, se utilizará en los siguientes casos:

(…) 2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

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

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

1.10.4.3. Licitación.

La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

1.10.4.4. Contratación integral por precio fijo.

Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;

2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;

3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará mediante los procedimientos de Cotización o Licitación, según corresponda al monto de la contratación, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.

Los oferentes deberán entregar el detalle y origen de los componentes de la obra y equipamiento acorde a las especificaciones técnicas requeridas para el fiel cumplimiento del proyecto. En la oferta se presentará el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos; así como la puesta en operación del proyecto contratado.

Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional.

En esta modalidad todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.

Los contratos integrales por precio fijo admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato.

La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.

Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros.

La supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato.

1.10.5. Consultoría.

Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

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

experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

Para que los consultores individuales, nacionales o extranjeros, puedan ejercer actividades de consultoría, deberán tener por lo menos título profesional de tercer nivel conferido por una institución de Educación Superior del Ecuador, o del extranjero, en cuyo caso deberá estar reconocido en el país conforme a la Ley.

Los consultores individuales extranjeros cuyos títulos no se encuentren registrados en el Ecuador que celebren contratos de consultoría cuyo plazo sea de hasta seis meses; deberán presentar el título profesional conferido por una entidad de educación superior del extranjero, igual tratamiento se dará al consultor individual nacional que haya obtenido el título de tercer nivel o cuarto nivel en el extranjero.

Para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, deberá estar constituida de conformidad con la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad.

Las personas jurídicas extranjeras para ejercer actividades de consultoría demostrarán estar facultadas legalmente en el país de su constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría. Para la ejecución de los contratos, dichas personas jurídicas deberán estar domiciliadas en el Ecuador de conformidad con lo previsto en la Ley de Compañías.

Las compañías extranjeras que se hubieren registrado como consultoras en el RUP no podrán ejercer en el país ninguna otra actividad que no sea la consultoría en los campos de su registro.

Las universidades y escuelas politécnicas, así como las fundaciones y corporaciones podrán ejercer la consultoría, de conformidad con las disposiciones legales o estatutarias que normen su existencia legal, siempre que tengan relación con temas de investigación o asesorías especializadas puntuales en las que demuestren su capacidad.

Para ejercer su actividad, las empresas consultoras contratarán y demostrarán que cuentan con consultores individuales, quienes deberán cumplir los requisitos previstos en esta Ley.

En todos los casos se privilegiará la contratación de profesionales ecuatorianos lo que será exigido por la institución contratante y por el SERCOP en los porcentajes definidos en el Reglamento a la Ley.

1.10.5.1. Montos y tipos de contratación de consultoría.

La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones:

1. Contratación directa: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley;

2. Contratación mediante lista corta: Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; y,

3. Contratación mediante concurso público: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Las disposiciones que regulen los procedimientos precontractuales señalados en los números anteriores, constan en el RGLOSNCP.

Por presupuesto referencial del contrato se entenderá aquel que haya determinado la institución, dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de inicio del proceso.

Los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Las ofertas de consultoría serán presentadas en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad y, el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo.

Los procesos de selección se efectuarán entre consultores de la misma naturaleza; así entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan atender y estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría.

Los procedimientos de contratación incluirán las siguientes etapas: calificación, selección, negociación y adjudicación.

La calificación de la calidad de las propuestas de consultoría, se realizará sobre la base de lo previsto en los pliegos respectivos, debiendo tenerse en cuenta los siguientes requisitos, procedimientos y criterios:

1. Capacidad técnica y administrativa disponible;

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

3. Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;

4. Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;

5. Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y,

6. Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.

Una vez calificadas las ofertas técnicas, se procederá a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación según el procedimiento que se determina en el RGLOSNCP y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta.

Con el proponente que obtenga el mayor puntaje ponderado de la oferta técnica y económica, se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación.

Si no se llegare a un acuerdo, las negociaciones se darán por terminadas y comenzarán con el consultor calificado en el siguiente lugar, continuándose con el mismo procedimiento descrito en los incisos anteriores.

Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la comisión técnica.

Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta ley y su Reglamento general, los pliegos, términos de referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la comisión técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés.

1.11. Etapas de la contratación pública.

1.11.1. Etapa preparatoria y precontractual.

Todas las entidades contratantes deberán publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la información pertinente de todos los procedimientos precontractuales, salvo aquellos que no requieren de publicación de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento General.

En las fases preparatoria y precontractual de los procedimientos de contratación pública se publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, los siguientes documentos considerados como relevantes:

1. Estudios, diseños o proyectos;

2. Estudio de mercado para la definición de presupuesto referencial;

3. Estudio de Desagregación Tecnológica, aprobado por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en caso de ser pertinente;

4. Certificación presupuestaria para el objeto de contratación correspondiente;

5. Convocatoria o invitación para participar en el procedimiento, según el caso;

6. Resolución de aprobación de pliego e inicio del procedimiento;

7. Pliego;

8. Preguntas, respuestas y aclaraciones correspondientes al procedimiento;

9. Ofertas presentadas, salvo la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme al pliego;

10. Acta de apertura de las ofertas presentadas por los oferentes;

11. Acta que detalle los errores de forma de la ofertas y por lo cual se solicita la convalidación de errores, así como el acta por la cual se han convalidado dichos errores, de ser el caso;

12. Informe de evaluación de las ofertas realizado por las subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica, de ser el caso;

13. Informe de evaluación de las ofertas realizado por la Comisión Técnica, la máxima autoridad o su delegado, en los casos que corresponda;

14. Cuadro resumen de calificación de las ofertas presentadas;

15. Informe de la Comisión Técnica en la cual recomienda a la máxima autoridad o su delegado la adjudicación o declaratoria de desierto, según corresponda, del procedimiento de contratación;

16. Garantías presentadas antes de la firma del contrato;

17. Cualquier resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado;

18. Resoluciones de cancelación o declaratoria de procedimiento desierto, según el caso y de existir;

19. Cualquier reclamo o recurso presentado dentro de esta fase, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación; y,

20. En general cualquier documento requerido que suponga autorización para la realización de los procedimientos precontractuales o que se requiera como requisito previo al inicio de un procedimiento de contratación.

La información señalada en el numeral 3 del artículo 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es, los proveedores invitados, se generará por el propio sistema, y se mantendrá disponible de manera pública en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

En el caso que no se llegue a suscribir el contrato por causas imputables al adjudicatario, la entidad contratante publicará, en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la resolución de declaratoria de adjudicatario fallido, sin perjuicio de la notificación que deba efectuar a este con la misma.

De igual manera, se publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la petición del adjudicatario para la firma del contrato, así como el acto por el cual se ha dejado sin efecto la adjudicación, de existir y haberse emitido.

1.11.2. Etapa contractual.

En la fase contractual y de ejecución de los procedimientos de contratación pública se publicarán en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública los siguientes documentos considerados como relevantes:

1. Contrato suscrito entre la entidad contratante y el contratista así como sus documentos habilitantes, de ser pertinente;

2. Contratos modificatorios, en caso de que sea necesario enmendar errores de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

3. Contratos complementarios, en caso de haberse celebrado acorde con lo dispuesto en el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con su respectiva certificación de disponibilidad presupuestaria;

4. Notificación de disponibilidad del anticipo, cuando su pago implica que, a partir de este hecho, corren los plazos de cumplimiento de obligaciones por parte del contratista;

5. Órdenes de cambio, de haberse emitido;

6. Documento suscrito por las partes respecto a diferencia en cantidades de obra, de haberse emitido;

7. Documento de aprobación de la entidad contratante para la subcontratación, de ser el caso;

8. Garantías presentadas a la firma del contrato;

9. Informe provisional y final o actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva, debidamente suscritas, según sea el caso;

10. Cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos;

11. Comunicaciones al contratista respecto de la aplicación de multas u otras sanciones;

12. Actos administrativos de sanción y multas;

13. Cualquier resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado; y,

14. Cualquier reclamo o recurso presentado por el contratista, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.

En el caso de que la entidad contratante pretenda terminar unilateralmente un contrato y previo a emitir la resolución correspondiente, deberá publicar la notificación efectuada al contratista concediéndole el término de diez (10) días para que justifique la mora o remedie el incumplimiento, junto con los informes económico y técnico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

De no justificar o remediar el incumplimiento, la entidad contratante subirá al Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la resolución de terminación unilateral del contrato, así como la declaratoria de contratista incumplido, sin perjuicio de la notificación que deba efectuar al contratista.

En caso de terminar el contrato por mutuo acuerdo se publicará el documento correspondiente que avale dicha terminación.

Toda la información relacionada con la fase contractual y de ejecución deberá publicarse antes de finalizar el procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Los contratos de ejecución de obras, arrendamiento y adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, inclusive los de Régimen Especial, que se celebren al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, deberán ser registrados y publicados en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, en el término de cinco (5) días posteriores a su suscripción; salvo manifiesta imposibilidad debidamente justificada, para lo cual las entidades contratantes utilizarán la herramienta informática de seguimiento de ejecución contractual.

1.12. Análisis del régimen legal de los contratos administrativos.

Los Contratos Administrativos son aquellos celebrados por la administración pública, y estos se caracterizan por su sometimiento a un régimen jurídico público y por la coexistencia de cláusulas exorbitantes que se derivan de la posición jurídica de la Administración pública y de su prerrogativa de auto tutela.

El Profesor Ernesto Jinesta, citando a Marienhoff, en su obra Tratado de Derecho Administrativo indica: “La categoría general es la de los “contratos de la administración”, la

que aglutina los “contratos públicos” que se rigen por el Derecho público y los “contratos de derecho común” los que están sometidos a un régimen del Derecho ordinario (civil, mercantil, laboral, etc.)[39]

El contrato administrativo, debe ser considerado como una especie de la categoría de los contratos públicos, siendo su principal característica que son aquellos en donde convergen en su celebración un ente público y un sujeto de derecho privado que colabora con el primero para la satisfacción del interés público y de las necesidades de la colectividad.[40]

Es importante reproducir el constante enfrentamiento doctrinario en lo referente al análisis la teoría de los contratos administrativos, ya que estos no han sido admitidos en diferentes legislaciones, por lo que se trata de una de las instituciones del Derecho Administrativo más polémicas y ampliamente discutidas.

En Alemania e Italia la doctrina únicamente ha admitido la categoría del contrato público, esto es, el celebrado entre entes públicos ya que se considera que únicamente los sujetos públicos tienen capacidad y pueden realizar actos enmarcados dentro de la esfera del derecho público, análisis que elimina absolutamente la figura del contrato administrativo, y se considera que los contratos que celebran las entidades públicas con los particulares deben ser considerados como simples contratos de derecho común.

Los argumentos que desarrollan la teoría negacioncita de los contratos administrativos, tiene su fundamento en el hecho de existe una evidente desigualdad entre las partes suscribientes, por lo que simplemente no nacería el acuerdo contractual propiamente dicho.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no define con precisión lo que debemos entender como contrato administrativo, por cuanto se limita a indicar lo siguiente: “Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.”[41]

Al respecto es pertinente tomar en cuenta lo indicado por Boquera Oliver quien ha estimado que la desigualdad que puede existir entre el ente público y el privado que contrata con éste no es de naturaleza contractual sino externa, puesto que, tiene origen en los privilegios

[39] Marienhoff, M. (1970). Tratado de Derecho Administrativo Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

[40] www.ernestojinesta.com/

[41] Art. 60 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 22 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

inherentes a los poderes públicos, así, indica que si la ley le otorga a las administraciones públicas ciertas facultades exorbitantes, como las de interpretar, variar, rescindir el contrato, dichas facultades quedan fuera del contrato y sus consecuencias pueden caer sobre la situación del contratista de la misma manera que pueden caer sobre todas las relaciones privadas.

La desigualdad existente entre las partes contratantes no influye en la naturaleza de los contratos, aunque tenga influencia en la manera de ejecutarlos, y también se da entre las partes de muchos contratos privados. Quien contrata con una administración pública establece una relación con un ser poderoso, que con una mano contrata y con la otra sostiene el poder administrativo -un grueso y largo garrote- con el que puede incidir en las situaciones contractuales creadas por la otra mano, con su capacidad jurídico-privada.

Las leyes suelen compensar los efectos del poder de imposición de la voluntad de la Administración sobre su contratante con el deber de aquélla de indemnizar al particular por los daños y perjuicios que le ocasiona, con lo que, en realidad, se le expropian sus derechos contractuales mediante un procedimiento peculiar.[42]

1.13. Tipos de contratos administrativos.

1.13.1. De atribución y de colaboración.

Los contratos de atribución, son aquellos en los que se le otorga al administrado una ventaja sobre la administración pública; y, contratos de colaboración son aquellos en los que el contratista se obliga a ejecutar un beneficio o prestación a favor de la administración pública

Se ha señalado que si bien a sendas figuras se les aplica un régimen exorbitante del derecho común, en los de atribución algunas prerrogativas se encuentran debilitadas o no son aplicables y en materia de interpretación del clausulado contractual, se recomienda que en los de atribución cualquier duda razonable se resuelva de no existir un interés público superior a favor del administrado, en tanto que en los de colaboración la interpretación debe favorecer al ente público respectivo[43].

1.13.2. Típicos y atípicos.

[42] Boquera Oliver, J. (1999). Los contratos de la administración desde 1950 a hoy. *Revista de Administración Pública*. 18-19.
[43] Cassagne, J. (1975). Los contratos de la administración pública. *Revista de Administración Pública*. p. 424.

La principal diferencia entre contratos administrativos típicos y atípicos, se encuentra en el hecho en el que estén sometidos o no a una regulación legal específica; empero pueden ser denominados también como contratos nominados e innominados ya que dependerán de la regulación a la que se sometan.

1.14. El procedimiento administrativo en la contratación pública.

1.14.1. El derecho de petición en la contratación pública.

El derecho de petición no es más que la facultad que tienen los administrados para solicitar o realizar a la administración pública cualquier petitorio relacionado con el ejercicio pleno de sus derechos.

En la mayoría de legislaciones, este derecho se encuentra plasmado en la Constitución y que es desarrollado por leyes de inferior jerarquía, pero determinantes a la hora de organizar el Estado.

El artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el “Derecho de Petición”; según su tenor, como el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.

De esta lectura precisamos dos elementos fundamentales; el primero es que el derecho de petición solamente está garantizado a las personas frente a las autoridades que ostentan una dignidad del sector público; y el segundo, que deberá existir una respuesta motivada, al amparo de lo establecido en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 100 del Código Orgánico Administrativo (COA).

Entendido como una de las formas de terminar el procedimiento administrativo según el artículo 201 numeral 2 del COA, el silencio administrativo constituye un efecto jurídico de la voluntad de la Administración Pública que la ley prescribe ante su inacción frente a un ejercicio del derecho de petición.

Al respecto DROMI, señala: “la voluntad de la Administración es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo” (Dromi, 1992, p. 175).

En el Ecuador el silencio administrativo, produce efectos positivos, es decir en aceptación de la petición, a través de un acto administrativo presunto. Al respecto el artículo 207 del COA señala: “Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.”

1.14.2. Análisis del silencio administrativo y su relación con la contratación pública.

Un acto administrativo expreso es aquel que se manifiesta de forma clara y por lo general esta voluntad se exterioriza por escrito; por el contrario, un acto administrativo presunto no se manifiesta porque en realidad, no ha sido adoptado, pero la ley lo reconoce y son aquellos actos que nacen del silencio o inactividad de la administración pública.

El COA señala que para que surta los efectos esperados, el acto administrativo presunto no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad previstas en dicho Código. Por cuanto, de estar inmerso en alguna de dichas causales, al intentar su ejecución, le corresponde al juez declarar la inejecutabilidad del acto administrativo y ordenar el archivo.

Para que surtan los efectos jurídicos del silencio administrativo, la petición debe estar dirigida a autoridad competente y que, en el evento de merecer una resolución favorable, la petición no se encuentre afectada por nulidad contenidas en el artículo 105 del COA. A los actos administrativos presuntos les serían aplicables, los numerales 1, 2, 3, 5 y 7.[44]

Sin embargo, al señalar el artículo 104 que es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad, es deber de la administración pública, en el evento de haberse generado un acto presunto que contenga vicios no convalidables, proceder a su declaratoria de nulidad por razones de legitimidad.

En el caso de que el acto administrativo presunto produzca derechos para la persona y además, sea legítimo o contengan vicios convalidables, solamente podrá declarar su nulidad

[44] Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:
1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
5. Determine actuaciones imposibles.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.

el Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante la acción judicial de lesividad según los términos del artículo 115 del COA.

Es preciso indicar que, en este evento, no se emplearía la causal de nulidad por falta de motivación del acto administrativo, que en forma expresa se encontraba prevista en el artículo 94 del ERJAFE, y en el COA se la ha eliminado de forma literal, para incluirla en la primera causal: “Sea contrario a la Constitución y a la ley”, entendiendo, que todo acto administrativo debe ser motivado en hechos y derechos conforme lo exige la Constitución de la República.

El COA señala en su artículo 210 que el acto administrativo presunto se puede hacer valer ante la Administración Pública o ante cualquier persona, y genera efectos desde el día siguiente al vencimiento del plazo máximo para la conclusión del procedimiento sin que se haya expedido y notificado un acto administrativo expreso. Contrario, a lo que suscitaba con la anterior legislación a base de la cual numerosos fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, han indicado que el silencio administrativo no produce efectos mecánicos y automáticos, sino que debe accionarse su ejecución ante el órgano jurisdiccional respectivo.

En ese sentido parecería que el silencio administrativo es más cómodo para el administrado, porque en todo caso solo deberá esperar el paso del tiempo y la inacción de la Administración Pública para obtener una atención favorable a sus pretensiones. Sin embargo, ello no quiere decir que le comporte mayores garantías para su cumplimiento.

La Ley de Modernización del Estado, derogada expresamente por el COA, en su artículo 28 regulaba el silencio administrativo y condiciona la entrega de una certificación que debe expedir el funcionario público competente, bajo pena de destitución, en la que se indique el vencimiento del término para contestar la petición. Es menester precisar que tal certificación no es un requisito para que el acto administrativo presunto produzca sus efectos jurídicos; sin embargo, el contar o no con ella, determinaba vías procesales distintas para su ejecución, ante la negativa de la institución pública.

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que en caso de haberse solicitado dicha certificación y no se la hubiere entregado, era deber del ciudadano requerir de manera judicial, e iniciar un proceso de ejecución; o en caso de no haberla requerido, se está frente a un proceso de conocimiento en el que se deberá probar que tiene derecho a lo pretendido en su petición.

Empero en el COA se ha eliminado este requisito, y se ha establecido que, el acto administrativo presunto constituye título de ejecución en la vía judicial. La reforma al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) por ocasión de la expedición del COA, señala que se deberá acompañar una solicitud que deberá cumplir los requisitos del artículo 142 del COGEP (demanda), incluyendo una declaración bajo juramento de no haber recibido resolución expresa dentro del término legal, y acompañar el original donde conste la fe de recepción. Por disposición del artículo 127 del COGEP su trámite judicial será mediante vía sumaria.

La doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana se han pronunciado de manera unánime en el sentido que a la Contratación Pública no le es aplicable la institución del "silencio administrativo". Esta tendencia se debe a que, en la etapa de ejecución contractual, la relación entre las partes es justamente una relación contractual y no aquella de subordinación entre el Estado y los administrados.

Adicionalmente, el efecto del silencio de la Administración Pública ante peticiones de los ciudadanos, es como se indicó la generación de un acto administrativo presunto; razón por la cual al no ser el "contrato administrativo" un "acto administrativo", el primero naciente de una voluntad bilateral y el segundo de una unilateral, no se pueden equiparar sus efectos jurídicos.

Sin embargo, en la etapa precontractual en la que en efecto se expiden "actos administrativos" previo a la existencia del "contrato administrativo" se podría entender por regla general que sí impera el silencio administrativo. No obstante, el COA en su artículo 238 ha especificado un efecto distinto. Al referirse a la apelación de los actos administrativos expedidos por las entidades contratantes indica que la entidad tendrá un término de siete días para la resolución del recurso, sin embargo, expresamente prevé la norma: "…de no resolverse en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil".

1.15. El Acto administrativo y la contratación pública.

El surgimiento del acto en el sentido del Derecho Administrativo podemos históricamente localizarlo a partir de la Revolución Francesa. La Administración, desde el primer momento, estuvo dotada de una singular fuerza frente a los administrados, Para evitar la paralización

del poder Público se excluía la injerencia jurisdiccional frente a sus actos, como administración, dotándosele de exorbitantes poderes cuya utilización partía de la producción del acto cuya efectividad llevaba ínsita aquellos poderes. El sentido del acto administrativo como límite del poder judicial va a modificarse y complementarse posteriormente marcándose el énfasis en la mejor defensa del particular frente a la Administración, considerándose el acto administrativo como el foco de atención de las posibilidades defensivas de los administrados ante la administración.[45]

El ius-administrativista español Entrena Cuesta, manifiesta que el acto administrativo es un acto jurídico realizado por la administración con arreglo al Derecho Administrativo. Se dice que es un acto jurídico porque consiste en un hecho humano realizado por la voluntad consciente y exteriorizada, que produce efectos jurídicos. Sin embargo, no toda manifestación de la voluntad exteriorizada para la producción de un acto administrativo, se concreta tal como lo propone el tratadista, pues hay que admitir que el contenido de un acto podrá estar integrado también por una manifestación de juicio, de deseo, de conocimiento, en fin, de otros aspectos que no necesariamente son producto de la voluntad consciente, tal es el caso, por ejemplo, de la expedición de un certificado solicitado a una autoridad administrativa competente, la emisión de un informe o dictamen de un órgano consultivo, entre otros, y en los cuales quizá no se requiera siempre la manifestación de voluntad, sino una actividad de juicio simplemente registral o expedidor de un acto, que por su contenido y significancia jurídica (efectos jurídico-materiales), constituyen un acto administrativo.[46]

Es decir, un acto administrativo es cualquier acto dictado por la administración con arreglo a las normas del derecho administrativo.

Las características básicas de este concepto, son las siguientes:

- Es un acto eminentemente jurídico, por cuanto genera consecuencias jurídicas.
- Es un acto dictado por la administración pública, de modo que están excluidos los actos realizados por los interesados.
- Es un acto sometido derecho público y no al derecho privado.

[45] Martin Mateo, R. (1984). Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local. 292.
[46] Entrega Cuesta, R. (1982). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Tecnos.183-84.

1.16. Efectos jurídicos de la notificación de los actos administrativos en materia de contratación pública.

Con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, elaborada por la Asamblea Constituyente en el año 2008, y publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 del 04 de Agosto de 2008, el Ecuador progreso en la mejora y ejecución de procesos de contratación al implementar un instrumento tecnológico para que se lo utilice de forma obligatoria, tanto en la fase precontractual como contractual por parte de los oferentes, contratistas, proveedores y entidades contratantes.

Se establece además un órgano rector en materia de contratación pública, cuyas competencias se encuentran claramente establecidas en el Art. 10 de la LOSNCP.

La Constitución de la República del Ecuador, por vez primera, añadió una disposición expresa sobre la contratación pública, la misma que indica "Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas".[47]

La contratación pública, entendida como proceso, comprende actividades que van desde la generación del requerimiento hasta la consecución del "objeto de contratación". El proceso puede ser definido como un conjunto de procedimientos[48], y en estudios específicos de contratación pública se indica que "son procesos complejos, que incluyen múltiples etapas"[49] en el caso del Ecuador existen tres etapas muy bien definidas.

a) Fase preparatoria.

La misma que inicia cuando se genera el requerimiento hasta la aprobación de los pliegos o documentos precontractuales, por parte de la máxima autoridad de la Entidad Contratante. Comprende además la elaboración del plan anual de contratación, PAC, la elaboración de los estudios y documentos de soporte, la definición del procedimiento a aplicar, la certificación presupuestaria, la designación de la comisión técnica o delegado de la máxima autoridad y la expedición de la resolución de aprobación de los pliegos correspondientes.

[47] Artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, de 25 de julio de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
[48] Berger, C. y Guillard, S. (2011). Descripción gráfica de los procesos, Asociación Española de Normalización y Certificación.
[49] Arozamena, L. y Weinschelbaum, F. (2010). Compras Públicas: aspectos conceptuales y buenas prácticas, Universidad Nacional de San Martín. Argentina.

b) Fase precontractual.

En la misma se presenta la interacción entre la entidad contratante y los proveedores oferentes, que comprende las etapas de creación del proceso en el portal www.compraspublicas.gob.ec (COMPRASPUBLICAS), la invitación a los proveedores registrados en la categoría del producto a contratarse; las etapas de preguntas, respuestas y aclaraciones; el envío de las ofertas económica y técnica de parte de los proveedores participantes; la evaluación de las ofertas recibidas; hasta la expedición de la resolución de adjudicación del proceso de contratación.

c) Fase contractual.

La misma que comprende desde la suscripción del contrato con el proveedor adjudicatario, la etapa de ejecución o realización del contrato, acorde con la naturaleza del objeto de contratación, hasta la suscripción del acta de entrega-recepción si se culmina el proceso adecuadamente y conforme a los términos contractuales.

Las resoluciones que se expiden a lo largo del proceso de contratación pública, se constituyen en actos administrativos de carácter particular por cuanto estos sirven para satisfacer asuntos puntuales, y las mismas deben estar revestidas de todas las formalidades legales.

Estas resoluciones surten efecto a partir de que han sido notificadas a los oferentes, para ello el RGLOSNCP establece que “todas las notificaciones que deban efectuarse en virtud de las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento General, incluso respecto de la resolución de adjudicación, se entenderán realizadas, desde que la entidad publique en el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec el documento, acto o resolución objeto de la notificación, para lo cual deben existir los registros informáticos correspondientes, salvo que fuese imposible notificar electrónicamente, en cuyo caso, ésta se realizará por medios físicos”.

1.17. Clases de actos administrativos en materia de contratación pública.

1.17.1. Resolución de inicio.

Acto administrativo mediante el cual, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, dispone y autoriza el inicio del proceso de contratación en aplicación de los diversos o tipos de procedimientos de contratación recogidos en nuestra legislación.

Además, se procede a la aprobación de los pliegos de contratación como la designación de delegado o comisión técnica de ser el caso.

1.17.2. Resolución de cancelación.

En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;

2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,

3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual[50]

Empero y de la revisión del articulado citado en líneas anteriores, es pertinente analizar la posibilidad de que las causas enumeradas y provocan la cancelación del procedimiento de contratación, se presenten mucho después de las 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, debiendo extender la posibilidad de cancelar el procedimiento incluso hasta la adjudicación del contrato, estableciendo la posibilidad de indemnizar al oferente en el caso de que esta posibilidad se presente ya en la práctica a raíz de una reforma a la norma vigente.

1.17.3. Resolución de declaratoria de desierto.

La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

a) Por no haberse presentado oferta alguna;

[50] Art. 34 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 22 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

b) Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;

c) Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;

d) Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,

e) Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

Podrá declararse el procedimiento desierto parcial, cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.[51]

Con la reforma a la LOSNCP publicada en el Registro Oficial No. 100 del 14 de octubre de 2013, se rectificó la contradicción que existía; ya que la ley erradamente indicaba que la declaratoria de desierto de un proceso procedía únicamente previo a la adjudicación, pese a

[51] Art. 33 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 22 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.

que una de las causales es el no haberse celebrado el contrato por causas imputables al “adjudicatario”.

1.17.4. Resolución de adjudicación.

La ley define a la adjudicación como el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.

Para la legislación española por procedimientos de adjudicación debe entenderse todos aquellos trámites que han de seguir las Administraciones Públicas para la selección del empresario al que asignar el correspondiente contrato administrativo. Los sistemas ordinarios de adjudicación de contratos son el procedimiento abierto o el restringido, y sólo en los supuestos expresamente tipificados por la propia ley podrán utilizarse los procedimientos con negociación, el diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación.

La otrora Ley de Contratación Pública, establecía que en los documentos precontractuales se deben establecer los principios y criterios para la evaluación de las ofertas, entre las que deberán considerarse necesariamente el porcentaje de bienes y servicios de origen nacional ofrecidos dentro de las especificaciones técnicas y de calidad que se requieran. Estos principios y criterios como antes hoy son conocidos con anterioridad por los posibles proveedores. En todos los casos, la adjudicación se realizaba al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.

De igual manera la ya derogada Ley de Consultoría establecía que la calificación y selección de ofertas se basará en la capacidad técnica y administrativa disponible; antecedentes y experiencia en la realización de trabajos similares, antecedentes y experiencia del personal asignado a la ejecución del contrato; plan de trabajo, metodología propuesta; capacidad económica adecuada: y los procedimientos y metodología que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.

1.17.4.1. Definición y análisis de su naturaleza jurídica.

El procedimiento de adjudicación, es el resultado del conjunto de trámites legales y reglamentariamente establecidos para el escogimiento del oferente que ha de celebrar un contrato con la entidad del sector público que haya efectuado la correspondiente convocatoria.

La contratación pública es una actividad sustancialmente formalista, ya que, a diferencia de la contratación privada, en la que lo esencial y necesario es el acuerdo de voluntades, la contratación pública requiere del cumplimiento de un procedimiento y sobretodo de solemnidades que garantizan la igualdad de oportunidades para todos los oferentes, la transparencia y la objetividad en la adjudicación de los contratos públicos.

Para el tratadista William López Arévalo, "la adjudicación es el acto formal mediante el cual la Entidad Contratante acepta una de las ofertas realizadas, que implica convenio jurídico entre la parte seleccionada y la Administración. El efecto principal del acto de adjudicación, es el de surgir entre las partes una situación de recíprocos derechos y obligaciones, en donde el contrato será solamente la forma instrumental o acto formal"[52]

Es pertinente profundizar, por cuanto considero que el sostener que la resolución de adjudicación es un acto administrativo que otorga derechos y obligaciones a sabiendas que las únicas fuentes de obligaciones reconocidas en nuestras legislación no son otras que la ley, el contrato, el cuasi contrato, el delito y el cuasidelito, es un verdadero desatino; para ello es necesario retroceder hacia los primeros tiempos de Roma, en donde se conocían como fuente de las obligaciones solamente a los contratos y los delitos.

Por lo tanto y a partir de la emisión de la respectiva resolución de adjudicación por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la única obligación que adquiere el adjudicatario es la de firmar el contrato, para aquello nuestra legislación otorga un término de 15 días, tal como lo dispone el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.17.4.2. Extinción y reforma de la resolución de adjudicación.

Los actos administrativos se expiden para surtir efectos en el tiempo y se extinguen, de manera regular, cuando los producen; cuando, en palabras de Stassinopoulos, se agota su contenido (Pérez Camacho, 2009, p. 488). Esto puede presentarse, ya porque se cumple

[52] López Arévalo, W. (2013). Tratado de Contratación Pública. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador. 172.

aquello que ha sido ordenado ya porque se vence el plazo fijado o porque falla o se cumple la condición establecida.

Pero los actos administrativos pueden extinguirse también de forma irregular, sin que se produzcan los efectos que motivaron su expedición. En este caso se habla de revocatoria del acto, que se produce por razones de conveniencia administrativa (oportunidad) o por la existencia de irregularidades invalidantes; en este último caso, la revocatoria puede dictarse en sede administrativa o a petición de parte.[53]

En diversas ocasiones las entidades contratantes resuelven sin ningún tipo de análisis, el dejar sin efecto las resoluciones de adjudicación que han sido emitidas dentro de los procesos de contratación pública, principalmente para subsanar aquellos errores que han sido cometidos en la etapa precontractual, y lo realizan a través de actos administrativos que carecen de elementos esenciales de validez, provocando una inminente vulneración de derechos.

Nuestra legislación precisamente regula la extinción y reforma de los actos administrativos, que expidan los órganos y entidades sometidas a este estatuto se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado.[54]

Además los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad.[55]

1.18. Recursos administrativos y judiciales en materia de contratación pública.

1.18.1. La impugnación de los actos administrativos.

La impugnación es una vía que admite y permite que el administrado pueda oponerse a los actos administrativos cuando estos vulneren sus derechos.

[53] Aguilar Andrade, J. (2010). La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados, *FORO Revista de Derecho No. 13, UASB-Ecuador.*
[54] Ver Art. 89 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, de 06 de marzo de 2002, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
[55] Ver Art. 90 ibídem.

Este derecho está consagrado en el Art. 173 de la Constitución de la Republica, que dispone: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial".[56]

La Administración está en la obligación de rectificar desviaciones en las que pueda haber incurrido frente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico o simplemente, sin que se haya producido una ilegalidad, está en la obligación de adoptar nuevas decisiones más razonables, aunque en este último caso por apreciaciones de oportunidad, no podrán afectarse derechos adquiridos ni empeorar la situación de terceros.[57]

Por lo tanto, el proceso de impugnación tiene como esencia el control y el cumplimiento del principio de legalidad.

En materia de contratación pública, el artículo 76, número 7, letra m) de la Carta Magna permite al administrado a "Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos", en buen romance, posibilita el hecho de presentar un recurso administrativo, garantizando el derecho de protección, ya que el Estado debe amparar al administrado ante una eventual vulneración de sus derechos.

Por lo tanto la impugnación administrativa, es aquel mecanismo que permite al administrado, solicitar que un acto administrativo sea aclarado, modificado o revocado para evitar la violación de sus derechos.

1.18.2. El Reclamo administrativo.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que este reclamo podrá ser presentado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública por todos quienes tengan interés directo y que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley; por lo tanto, este reclamo podrá ser presentado en cualquiera de las etapas precontractuales.

De hecho el Art. 150 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, permite que los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por

[56] Art. 173 de la Constitución de la República, de 25 de julio de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
[57] Martín Mateo, R. (2002). Manual de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Trivium. 409.

asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto; es decir esta facultad se extiende a la posibilidad de impugnar todos aquellos actos interlocutorios propios de los procesos de contratación pública.

1.18.3. Pasos del reclamo administrativo.

1. El reclamo inicia con la presentación de un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

2. Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

3. El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

1.18.4. Recurso de Apelación.

El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo, de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

El numeral 61 del Art. 2 de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, indica además que el Recurso de apelación, es el Petitorio presentado al tenor del artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en contra de actos administrativos emitidos por las entidades contratantes y presentadas ante las mismas.

1.19. Recursos judiciales.

El Código Orgánico de la Función Judicial; reconoce la intervención de la autoridad jurisdiccional en la fase de control de legalidad en instancia judicial, órgano que conoce de la demanda que puede ser interpuesta por quien se crea perjudicado con determinado acto administrativo, a través de dos clases de recursos: de plena jurisdicción o subjetivo; y el de anulación u objetivo; la norma citada establece que “Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.”[58]

1.19.1. Recurso de plena jurisdicción o subjetivo.

El numeral 1 del Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos, dispone:

[58] Art. 31 Código Orgánico de la Función Judicial, de 03 de marzo de 2009, publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 el 09 de marzo de 2009.

Art. 326.- **Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.**

Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.

La pretensión procesal, que el particular sigue contra la administración, por un acto de autoridad de esta, que ha lesionado su derecho, se conoce con el nombre de acción contencioso – administrativa o de plena jurisdicción o subjetiva. La cual tiene su origen en el Derecho francés.

La acción de plena jurisdicción o subjetiva ha sido definida por el profesor González Pérez, como: Es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien, en su caso, atendiendo una demanda de indemnización.

Se llama subjetiva, exactamente porque procede cuando se invoca lesión a un auténtico derecho subjetivo adquirido por el reclamante, con el fin de alcanzar la anulación de alguno de los actos impugnables, restableciendo el derecho que se invoca violado, y de obtener la reparación del daño causado. Decimos o *de plena jurisdicción*, porque el Tribunal Contencioso – Administrativo, en el conocimiento de esta pretensión, tiene jurisdicción plena, esto es, porque goza de la facultad de examinar, tanto las cuestiones de hecho como las de derecho, pudiendo reemplazar la resolución dictada por la autoridad administrativa por una nueva, diversa de aquella. Se trata, pues, de un proceso que va dirigido contra la administración, como persona moral, para exigirle el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquella.

1.19.2. Recurso de anulación.

El numeral 2 del Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos, dispone:

Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.

Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

La acción dirigida a obtener la anulación de un acto administrativo reputado ilegal, aunque no haya habido violación de un derecho subjetivo, se denomina en el Derecho francés con el nombre de contencioso objetivo o de anulación o por exceso de poder.

La razón estriba en que, en este caso, el demandante no solicita el reconocimiento de situaciones jurídicas subjetivas, sino simplemente la anulación del acto que se impugna, como un medio de defensa del derecho objetivo violado.

Al contrario de lo que ocurre en la acción de plena jurisdicción, en el contencioso de anulación solo corresponde al tribunal resolver si el funcionario que dictó el acto de autoridad de que se reclama, tenía o no competencia para ello; en caso afirmativo, establecerá si lo ejecutó de acuerdo con los requisitos y formalidades legales o se excedió en sus facultades, así con dicho acto violó algún precepto legal.

Luego, por tales causales estrictamente legales, si el tribunal considera fundado el reclamo, solo puede anularlo, sin que pueda entrar al examen de los hechos.

Este proceso en el sistema francés es, en cierto modo, unilateral, puesto que la administración no es parte, y su intervención consiste más en informar que en defender. El juicio es una especie de procedimiento de contralor de legalidad, bien que esencialmente jurisdiccional. Pues, solo se trata de una controversia sin litigio, ya que no tiene contradictor.

Existe en este juicio un interés mayor en rever el acto y en conformarlo a la legalidad, que en dar razón a la administración pública o al particular reclamante.

En síntesis, en la acción de nulidad, el actor afirma simplemente que un determinado acto administrativo es ilegal, que infringe una norma superior de derecho a fin de que la jurisdicción declare su nulidad.

Por lo mismo, la pretensión no consiste en la afirmación de unos hechos o de una causa jurídica con base en la cal se reclame un derecho, sino exclusivamente en que se declare que un acto administrativo carece de valor jurídico, por los motivos que se señalen en la demanda.

1.20. Derecho comparado y contratación pública.

Definitivamente el vertiginoso avance de la tecnología a nivel mundial ha provocado una vertiente de cambios y modificaciones en el quehacer diario del administrado y su relación con el Estado, nos encontramos viviendo la llamada época del gobierno digital o gobierno electrónico.

El gobierno electrónico o e-gobierno no es más que el uso de tecnologías de la información para la entrega de servicios o productos que el Estado brinda a sus ciudadanos.

El Gobierno Electrónico tiene como principales funciones las siguientes:

1. Suministrar atención “a la medida” de las necesidades de los usuarios.

2. Incorporar productividad, calidad, y valor a los servicios.

3. Facilitar más y mejores prestaciones a los ciudadanos, resolviendo trámites, consultas, reclamos, y sugerencias “en línea”.

4. Dotar de puntos de acceso sencillos y unívocos para dar satisfacción a las necesidades informativas y de servicio.

5. Ampliar la participación ciudadana.

6. Reducir el costo de las transacciones.

7. Incrementar la transparencia de la gestión pública.

8. Mejorar el acceso a los servicios que provee el Estado.[59]

[59] Manual de derecho informático e informática jurídica I. 2da edición actualizada y ampliada. (Coordinador Bauzá Marcelo). (2018). Página 36

Pero este desarrollo tecnológico no ha sido ajeno a la forma de ejecutar la contratación pública o estatal, a fin de poder responder a las actuales necesidades del ciudadano y sobretodo provocar un manejo eficiente y transparente de los recursos públicos.

Además es indispensable el mencionar, la gran influencia del Banco Mundial en estos procesos ya que su política a obligados a varios estados implementar procesos electrónicos de contratación, a fin efectuar un adecuado control del uso de los recursos públicos.

En nuestra región, definitivamente los Estados han dado un enorme salto y han desarrollado conforme a la legislación de cada nación esta llamativa forma de ejecutar la compra pública, es por ello que me permitiré efectuar un análisis lacónico de la forma de desarrollar la compra pública en nuestra región.

1.21. Caso colombiano.

Nuestro vecino del norte dio los primeros pasos hacia esta novedosa forma de ejecutar la contratación pública en los albores del año 2007 mediante la emisión de la ley 1150, norma que establecía la creación del sistema de contratación electrónica denominado SECOP abreviatura de Sistema Electrónico de Contratación Pública, como una herramienta para la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general todos los actos derivados de la actividad precontractual y contractual que efectuaba el Estado; este sistema fue debidamente reglamentado en el decreto 066 de 2008.

El SECOP se utiliza en Colombia para lo siguiente:

1. Dispone de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

2. Sirve de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía.

3. Cuenta con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos y se encarga de su difusión a través de canales electrónicos.

4. Integra el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública.

5. Se articula con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE.

El Portal Único de Contratación utilizado en Colombia, es un sistema electrónico que permite la consulta sobre los procesos contractuales que gestionan, las entidades del Estado. El principal objetivo del Portal es promover la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por Internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía.

En caso de controversias derivadas o nacidas de la relación estado como entidad contratante y administrador contratista, dicha competencia está a cargo del Consejo de Estado, Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional, de los casos de pérdida de investidura de los congresistas y de la acción de nulidad electoral de acuerdo a la ley, resuelve las controversias y litigios de mayor importancia originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa. De acuerdo a su organización interna, los conflictos generados por demandas que involucran contratos estatales son de conocimiento de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo indicado el Estado colombiano no ha creído necesario el establecimiento de tribunales especiales de contratación pública.

1.22. Caso mexicano.

En los Estados Unidos Mexicanos, el sistema electrónico de contrataciones gubernamentales, denominado Compranet, es el encargado de la compra pública del Ejecutivo Federal en lo relacionado a:

1. Contratación de bienes, servicios, arrendamientos y obra pública.

2. Facilitar a las empresas el acceso a las compras de gobierno.

3. Hacer más transparente el proceso de contratación.

Este sistema permite a las unidades compradoras del gobierno dar a conocer por medios informáticos sus demandas y requerimientos de bienes, servicios, arrendamientos y obras públicas, para que los proveedores y contratistas puedan acceder a esta información y presentar por el mismo medio sus ofertas en cada uno de estos procesos de compra pública.

Los respectivos reclamos vinculados a los actos de la administración pública y su relación con los administrados se los evacua ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, por lo que no se ha considerado la necesidad de implementar un tribual especializado en el área de la contratación pública.

1.23. Caso chileno, Tribunal de Contratación Pública.-

El Tribunal de Contratación Pública, creado en Chile en el año 2003, y cuyo funcionamiento data del año 2005, es un tribunal especializado de la contratación administrativa y fue sin duda el precursor de la justicia administrativa.

El origen de este Tribunal se remonta a 1998, cuando en el país del sur se discutía la implementación de la Ley sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, producto de un Plan Estratégico propulsado por un Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública el mismo que aprobó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones; además, los acuerdos en materia de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea en 2003 sirvieron también de plataforma para su creación.

Este es un Tribunal especial y de Derecho, cuyo principal objetivo de creación fue la necesidad de contar con un tribunal altamente capacitado a fin de que pudiera englobar todas y cada una de las complejidades de dicha materia, cuyos integrantes sean profesionales con experiencia probada en las mismas.

Dado que el Tribunal de Contratación Pública es un órgano cuya competencia es de naturaleza jurisdiccional y en caso de que las partes respectivas no recurran de sus decisiones, opera en éstas el efecto de la cosa juzgada; su naturaleza jurisdiccional y la cosa juzgada derivada de sus decisiones no ha sido puesta en duda, y ha sido reafirmada por la doctrina y por la propia Corte Suprema de Chile en más de una sentencia.

El Tribunal de Contratación Pública Chileno, tiene una limitada competencia dentro de cuyo ámbito manan principalmente las causales para la interposición de la acción de impugnación, pero quedan fuera de su competencia y conocimiento los actos que se originen desde la celebración hasta la terminación del contrato, así como el conocimiento de la indemnización que pudiera corresponderle a un contratista afectado por la acción estatal, siendo esta competencia privativa de los tribunales comunes.

1.24. Caso panameño, Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es el órgano facultado por la ley en sede administrativa, para:

a) Conocer en única instancia del recurso de impugnación contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

b) Conocer en apelación con efecto suspensivo, la resolución que resuelve administrativamente un contrato.

c) Conocer de la acción de reclamo interpuesta contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista, en los casos que la Dirección General de Contrataciones Públicas no la resuelva en el plazo que establece la ley.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas está conformado por tres (3) miembros principales con sus respectivos suplentes, nombrados por el Presidente de la República.

Cualquier proponente que se considere agraviado por una resolución que adjudique un acto de selección de contratista en el cual considere que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, puede presentar el respectivo recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Dicho recurso deberá ir acompañado de las pruebas o anunciarlas al momento de formalizar la impugnación, en caso de que las hubiera.

Contra la Resolución emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Las resoluciones que emitan las entidades contratantes mediante las cuales resuelven administrativamente un contrato, podrán ser recurridas, mediante apoderado legal ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Contra la resolución emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En todos los casos en que la Dirección General de Contrataciones Públicas no resuelva los reclamos que las personas interesadas interpongan en contra de los procedimientos de selección de contratista que celebren las entidades licitantes dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, deberá de manera inmediata remitir el expediente original completo al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas a más tardar el día hábil siguiente.

La decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas será comunicada mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "Panamá Compra" por dos (2) días hábiles, vencidos los cuales se tendrá por notificada para todos los efectos legales.

1.25. Caso español, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.-

Es un tribunal integrado en la Administración General del Estado de España a través del Ministerio de Hacienda, que fue creado el 5 de Agosto de 2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y resuelve los recursos administrativos que interpongan los particulares contra los actos de las entidades públicas dentro de los procesos de adjudicación de los contratos del sector público.

El Tribunal se encarga de resolver los recursos que se interpongan contra las decisiones de las entidades adjudicadoras de contratos del sector público, como de adoptar las medidas provisionales que sean necesarias respecto del procedimiento de adjudicación durante el periodo de resolución de los recursos. Sus resoluciones cierran la vía administrativa para recurrir, debiéndose acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para continuar el procedimiento de recurso si no se está conforme con la resolución.

En el ámbito de la Administración General del Estado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer y resolver:

Los recursos especiales en materia de contratación interpuestos respecto de los actos mencionados en el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.

Contratos recurribles:

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

- Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Actos recurribles:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

- La cuestión de nulidad en los casos previstos en el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para los contratos sujetos a regulación armonizada y los de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la citada Ley, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

- Las reclamaciones que se planteen por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

- La cuestión de nulidad de los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para los casos previstos en el artículo 109 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

- Los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma.

Estos Tribunales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Ley 3/2011, de 14 de noviembre, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.

CAPITULO II
MATERIALES Y MÉTODOS

2.1. Métodos.

Dentro del presente trabajo de titulación hemos partido de la revisión de aquellos conceptos doctrinarios propios del derecho administrativo, los mismos que han sido aplicados en el desarrollo legislativo en cada uno de los cuerpos normativos que regulan el quehacer diario de la administración pública.

Hemos dado una mirada al proceso de contratación pública vigente en nuestro país, además de los recursos que la ley prevé para la efectiva tutela de los derechos de los contratistas y su efectiva relación con el Estado.

De la teoría pasamos a la práctica, el objetivo final del presente trabajo es el plantear una profunda reforma a nuestra legislación, puntualmente al conjunta de normas que regulan cada uno de los procedimientos de contratación pública; además de conocer las herramientas con las que cuentan los contratistas a fin de viabilizar su relación con el Estado; además de proponer un mecanismo mucho más expedito para la resolución de controversias que surjan de la propia relación con el Estado y el contratista.

Para ello se acudió a la legislación internacional, a fin de conocer la aplicación de estos ejercicios legislativos en la región y analizar el éxito que estos han tenido dentro de su circunscripción territorial; además de la aplicación de una encuesta a fin de conocer la concepción que tiene el servidor público de la compra pública y sobretodo de la correcta y adecuada aplicación de la norma que conlleva a una adecuada gestión de los recursos públicos.

2.2. Encuesta.

2.2.1. Análisis Preliminar

La encuesta desarrollada, fue aplicada a los servidores de la Compañía de Economía Mixta GPATOURS; los servidores que laboran en la citada compañía fueron de gran ayuda a fin de aplicar y definir el contenido de las preguntas que fueron aplicadas, en virtud de que todos los servidores de la citada compañía, participan en diferentes fases en la ejecución y puesta en marcha de los procedimientos de contratación pública.

La Compañía de Economía Mixta GPATOURS, fue constituida mediante Escritura Pública, el 14 de noviembre de 2011, constituye la base para la alianza público-privada entre el Gobierno

Provincial del Azuay y la Asociación Hotelera del Azuay, cuya finalidad es el fortalecimiento del turismo en la provincia y mejorar las condiciones económicas de la población, con el aprovechamiento adecuado y ordenado de los recursos culturales y patrimoniales.

La Compañía de Economía Mixta GPATOURS con el apoyo del Gobierno Provincial del Azuay ha venido realizando varios proyectos a su cargo, destacando de manera trascendental el turismo, tradiciones y arte cinematográfico.

El principal objetivo que persiguió la encuesta efectuada fue el obtener datos inequívocos que nos ayuden a determinar con exactitud el escenario en el cual se desarrolla la contratación pública en la mencionada entidad, partiendo del hecho de que se trata de una persona jurídica de derecho privado que administra fondos públicos y que se somete a las disposicion de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y normas relacionadas; resulta interesante además la aplicación de esta encuesta en este tipo de entidad que por su tipo de conformación jurídica produce confusiones y más de un criterio de orden legal digno de análisis precisamente por su sui generis conformación.

La encuesta efectuada fue aplicada a un universo de 10 servidores que como manifesté por el tamaño organizacional de la compañía se encuentran relacionados con la ejecución de procedimientos de contratación pública, siendo la muestra analizada con la totalidad del número de servidores lo que nos permite obtener datos absolutamente reales; además de personas relacionadas al quehacer de la compañía.

En conclusión, el propósito del trabajo de campo efectuado, es el obtener un marco referencial en virtud de la recopilación obtenida de la comprensión que tienen los servidores con respecto de: El procedimiento administrativo en la contratación pública, las fases que la conforman, los principales principios que rigen a la contratación pública, la legislación que regula la contratación pública en el Ecuador, entre otros.

2.2.2. Muestra

Esta investigación de campo fue efectuada en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, a 10 funcionarios, dato obtenido en la Compañía de Economía Mixta GPATOURS.

Los datos obtenidos son absolutamente ciertos en virtud del universo de servidores a los cuales se les aplico la muestra, ya que no existen movimientos ni rotación de personal con periodicidad.

El procedimiento fue efectuado de la siguiente manera:

ESTRUCTURA	POBLACIÓN
Funcionarios que laboran en la Compañía de Economía Mixta GPATOURS; puntualmente en áreas a cargo de la contratación pública de la mencionada entidad.	10
TOTAL	10

Proceso de Muestreo:

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

En donde:

n= Tamaño de la muestra.
N= Población o universo.
E= Error muestral.

Calculo de la muestra:

$$n = \frac{10}{(0.01)^2 (10-1) + 1}$$

$$n = \frac{20}{(0.01)^2 (9) + 1}$$

$$n = 100$$

2.2.3. Preguntas de la encuesta.

Señale con una X la respuesta correcta acorde con su razonamiento:

1. ¿Conoce usted los tipos de procedimientos de contratación pública regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

SI ☐ **NO** ☐

2. ¿Considera Usted que los procedimientos establecidos y determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son lo suficiente expeditos para cumplir los fines de su entidad?

SI ☐ **NO** ☐

3. ¿Considera adecuada una reforma a la LOSNCP en la que se incluya la creación de un Tribunal Especializado de Contratación Pública?

SI ☐ **NO** ☐

4. ¿Considera Usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las resoluciones emitidas por el SERCOP y demás normativa aplicable, son de apoyo para la consecución de objetivos institucionales?

SI ☐ **NO** ☐

5. ¿Dentro de la institución a la que usted pertenece, la Unidad de Contratación Pública efectúa un adecuado seguimiento a cada uno de los procesos de contratación pública que efectúa?

SI ☐ **NO** ☐

6. ¿La entidad en la que usted labora ha sido objeto de denuncias por parte de contratistas o han sido objeto de sanción por parte de los entes de control?

SI ☐ **NO** ☐

2.2.4. Procesamiento de datos obtenidos

Los datos e información obtenida en la investigación de campo planteada en el presente trabajo de titulación fueron procesados y analizados utilizando el método de estadística descriptiva; para lo cual se utilizaron los siguientes procesos:

- Tabulación de datos.

- Preparación de tablas estadísticas porcentuales por cada uno de los ítems procesados.

- Elaboración de gráficos que instruyen los datos obtenidos.

2.3. Resultados

Una vez efectuada la explicación correspondiente y relacionada a la investigación de campo efectuada y la obtención de datos producto de la encuesta aplicada, ponemos a consideración de manera estadística y grafica los resultados obtenidos en la investigación realizada.

1. ¿Conoce usted los tipos de procedimientos de contratación pública regulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Los resultados de esta pregunta fueron:

Tabla 1.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	9	90%
2	No	1	10%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS.

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

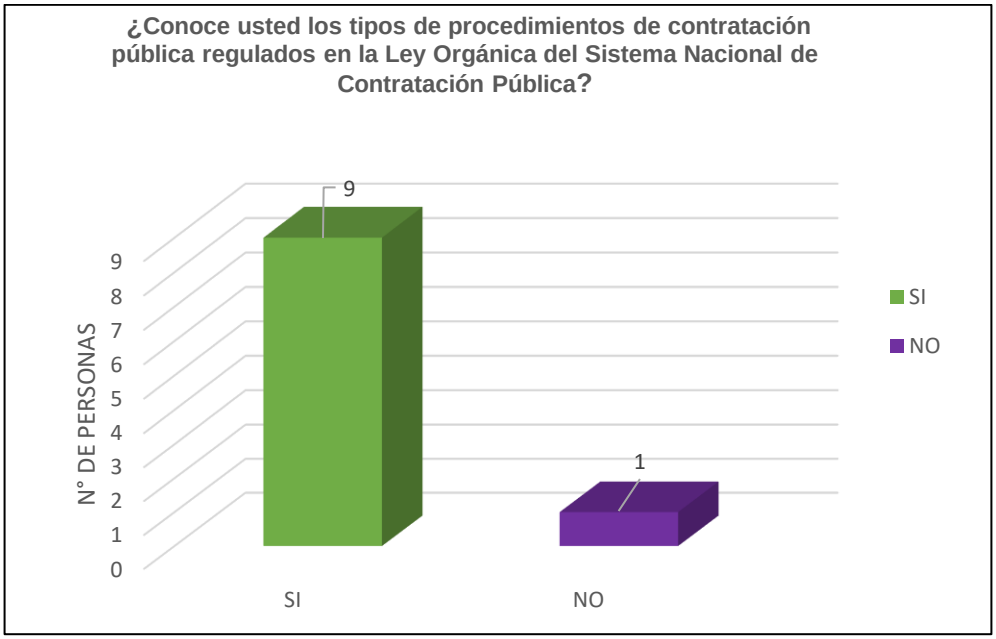

Grafico No. 1

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS.

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 90% de los funcionarios contestaron que si conocen los procedimientos de contratación pública definidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; mientras un mínimo 10% considera que no conoce los procedimientos establecidos en la citada ley.

A pesar del alto número de funcionarios que dicen conocer cada uno de los procedimientos de contratación establecidos en nuestra legislación, es muy usual el observar constantes violaciones a los cuerpos normativos que regulan esta materia, siendo posible que esto se deba precisamente a la falta de preparación y especialización de los servidores.

2. ¿Considera Usted que los procedimientos establecidos y determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son lo suficiente expeditos para cumplir los fines de su entidad?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 2.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	7	70%
2	No	3	30%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS.

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

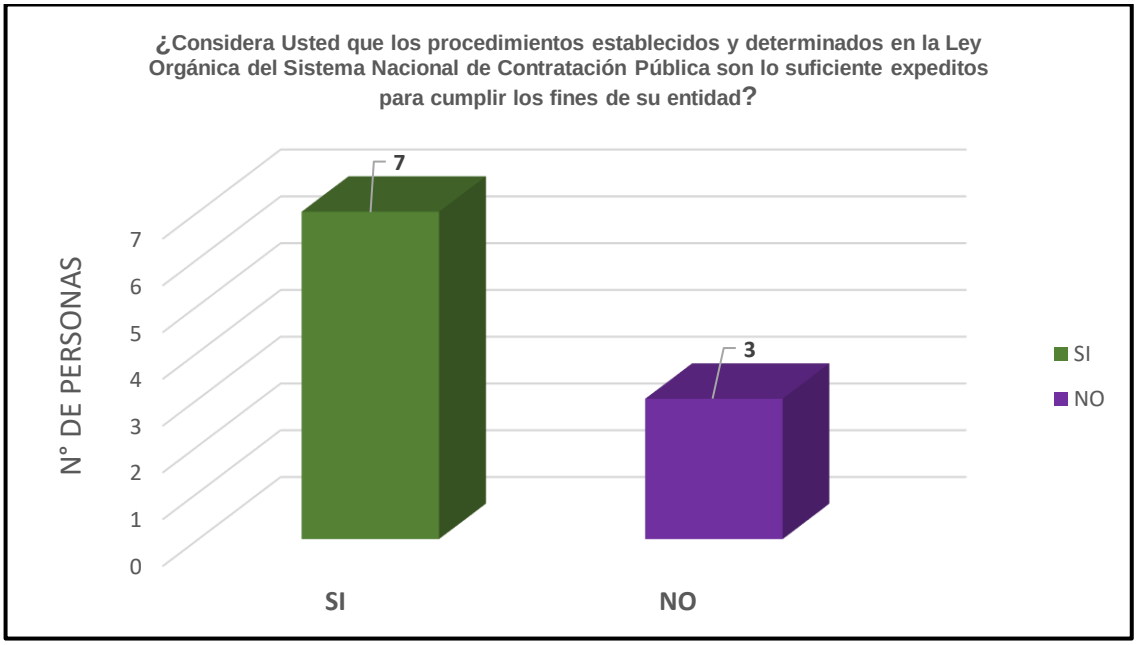

Grafico No. 2

Fuente: Funcionarios GPATOURS**.**

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 70% de los funcionarios contestaron que los procedimientos de contratación pública establecidos y determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; son los suficientemente expeditos para cumplir el fin de la entidad; mientras un 30% considera que no lo son.

Los porcentajes de respuesta a esta pregunta, permiten llegar a la conclusión de que es absolutamente necesario el capacitar a los servidores en temas relacionados a la compra pública, independientemente del número de servidores con el que cuente la

entidad y al área laboral de desempeño, ya que permitirá que cada uno de los procedimientos que la entidad efectúe fluyan sin inconveniente alguno permitiendo alcanzar y cumplir los fines que persigue la entidad.

3. ¿Considera adecuada una reforma a la LOSNCP en la que se incluya la creación de un Tribunal Especializado de Contratación Pública?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 3.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	6	60%
2	No	4	40%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS.

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

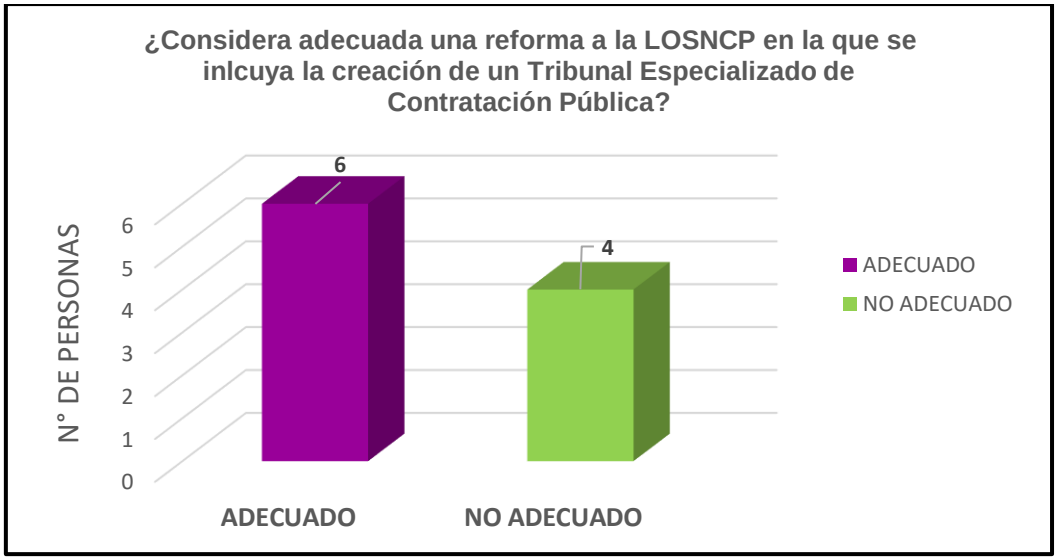

Grafico No. 3

Fuente: Funcionarios CEMGPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 60% de los funcionarios contestaron que consideran necesaria una reforma a la LOSNCP, en la cual se incluya la creación de un Tribunal

Especializado de Contratación Pública; mientras un 40% considera que no es necesaria esta reforma y la creación del citado Tribunal.

Es por demás evidente, que el criterio se encuentra totalmente dividido en lo referente a considerar necesaria una reforma a la LOSNCP y a los cuerpos normativos correspondientes, por ejemplo el Código Orgánico de la Función Judicial inclusive el Código Orgánico General de Procesos, y considerar la necesidad de implementar en nuestro sistema jurisdiccional un tribunal especializado con jueces conocedores de la materia y que coadyuven a la solución de conflictos provenientes de la contratación púbica.

4. ¿Considera Usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las resoluciones emitidas por el SERCOP y demás normativa aplicable, son de apoyo para la consecución de objetivos institucionales?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 4.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	6	60%
2	No	4	40%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

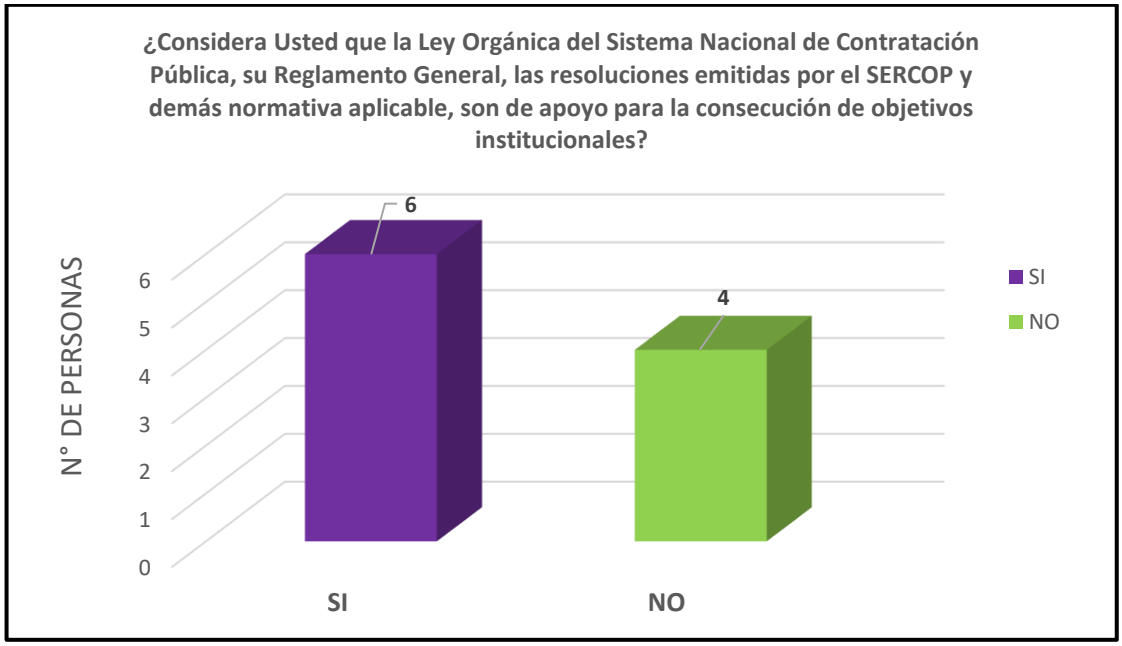

Grafico No. 4

Fuente: Funcionarios CEMGPATOURS.

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 60% de los funcionarios consideran que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las resoluciones emitidas por el SERCOP y demás normativa aplicable, son de cómoda y sencilla aplicación y son de apoyo para la consecución de objetivos institucionales; mientras un 40% considera que no son de cómoda y sencilla aplicación.

Las respuestas obtenidas en la encuesta efectuada, ratifican el hecho de que la gran mayoría de servidores no cuenta con la preparación suficiente y la experticia necesaria en el área de la contratación pública, índice de altísima preocupación ya que la falta de preparación de los servidores provoca precisamente que las entidades no cumplan con sus fines y objetivos, provocando una inadecuada gestión de recursos públicos.

5. ¿Dentro de la institución a la que usted pertenece, la Unidad de Contratación Pública efectúa un adecuado seguimiento a cada uno de los procesos de contratación pública que efectúa?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 5.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	4	40%
2	No	6	60%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

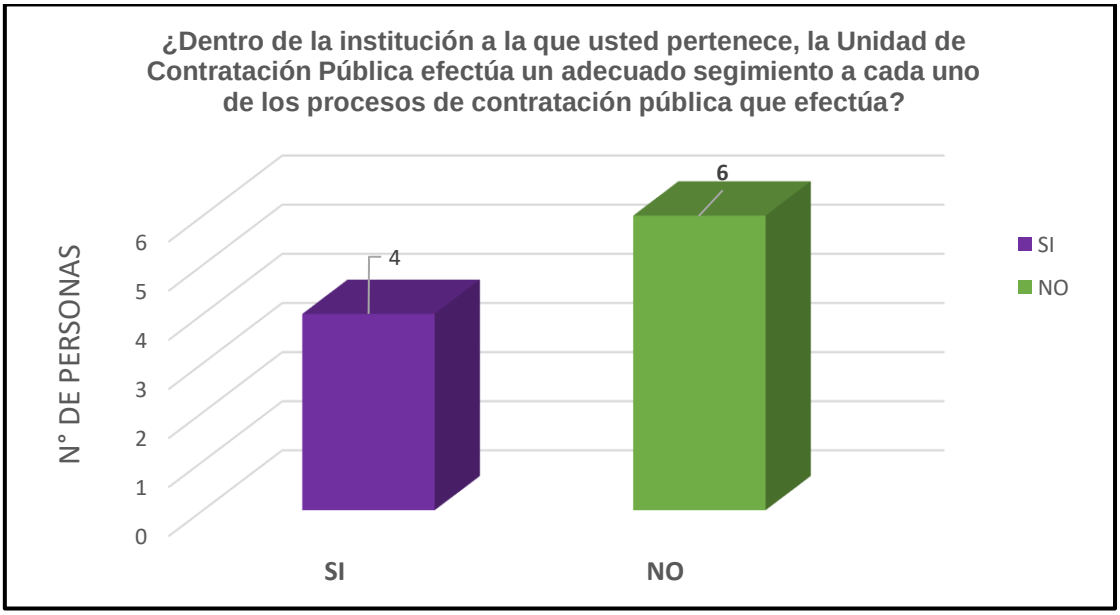

Grafico No. 5

Fuente: Funcionarios CEMGPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 40% de los funcionarios reconoce que la Unidad de Contratación Pública efectúa un adecuado seguimiento a cada uno de los procedimientos de contratación pública que desarrolla; mientras un 60% considera que no se efectúa un adecuado seguimiento a los procedimientos de contratación pública.

Preocupación ha causado la obtención de estos resultados, por cuanto se deja entrever que la entidad no lleva un adecuado control de los procedimientos que lleva adelante, provocado quizás por una inadecuada planificación y más aún un desorden a nivel organizacional, afectando directamente y a niveles alarmantes la consecución de los fines para el cual se constituyó la misma.

6. ¿En su institución se aplica algún método de medición de eficiencia en la contratación pública y adecuada gestión de recursos?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 6.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	0	0%
2	No	10	100%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

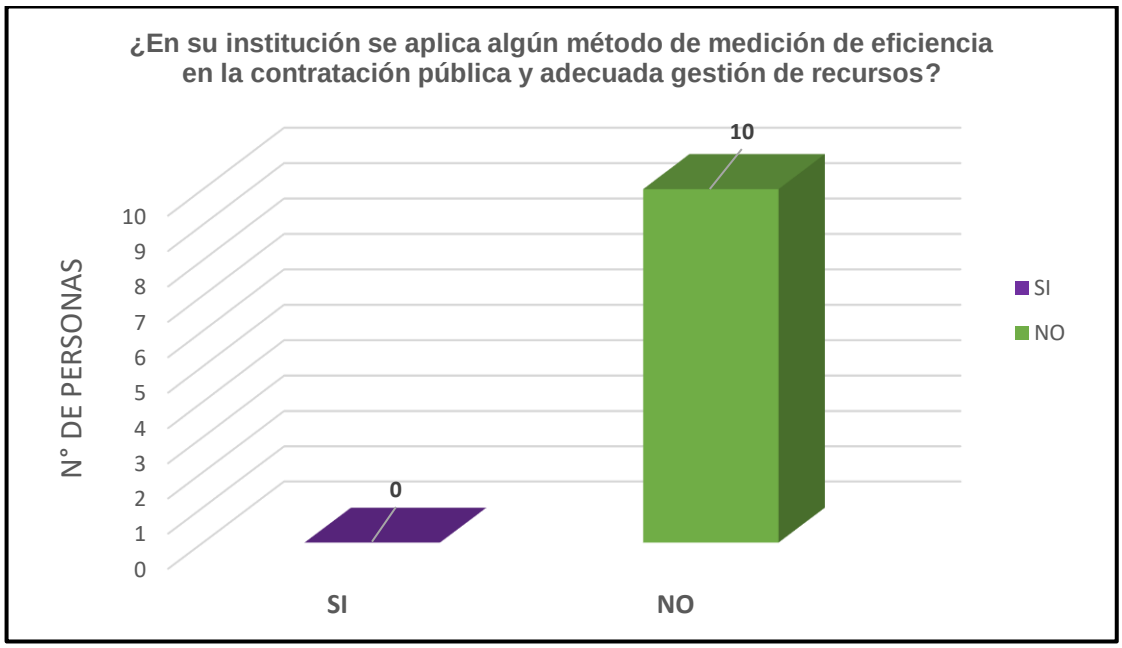

Grafico No. 6

Fuente: CEMGPATOURS**.**

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito.

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 100% de los funcionarios reconoce que la entidad no aplica ningún tipo de método o mecanismo de medición de eficiencia en la contratación pública y adecuada gestión de recursos públicos.

La Constitución de la República, dispone que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad; el espíritu de la norma constitucional precisamente se relaciona con la adecuada gestión del recurso público y la apropiada administración de la cosa pública; ha sorprendido al encuestador los datos obtenidos en esta pregunta, ya que se evidencia el incumplimiento de las obligaciones de orden legal al momento de disponer de fondos públicos, siendo necesario el implementar nuevos y eficientes mecanismos de medición de cumplimiento a fin de evitar el inadecuado uso de estos.

7. ¿La entidad en la que usted labora ha sido objeto de denuncias por parte de contratistas o han sido objeto de sanción por parte de los entes de control?

Los resultados de esta pregunta fueron.

Tabla 7.1.

Numero	Respuesta	Cantidad	Índice porcentual
1	Si	8	80%
2	No	2	20%
Total		10	100%

Fuente: Funcionarios CEM GPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

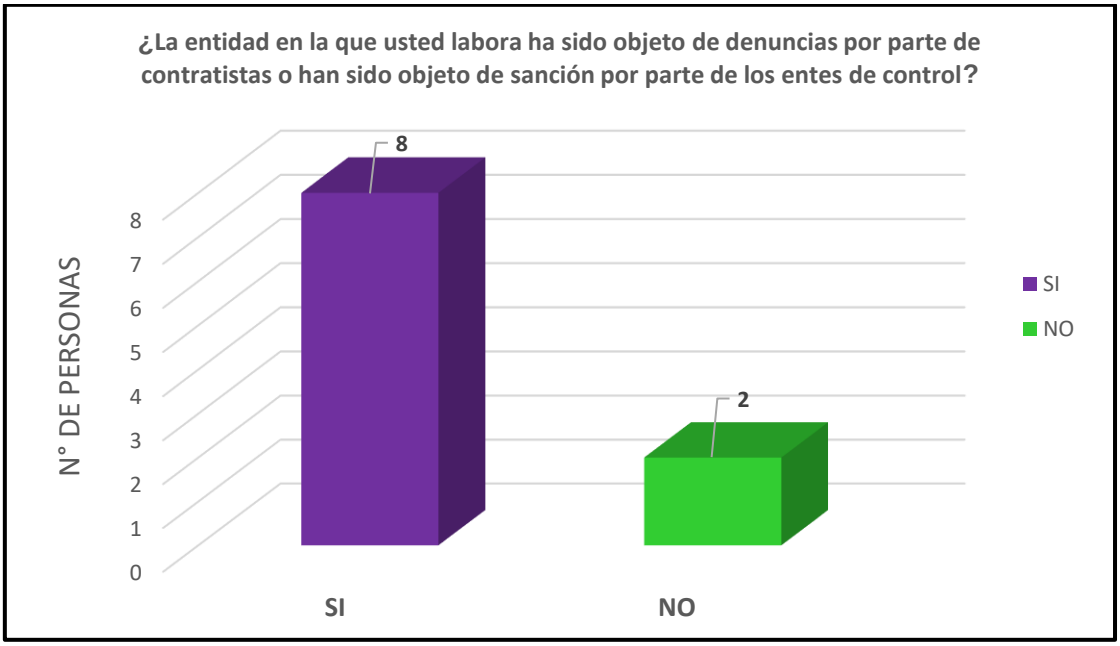

Grafico No. 7

Fuente: CEMGPATOURS

Elaborado por: Eduardo Ismael Abad Quito

Análisis de la respuesta.

En la pregunta planteada, el 80% de los funcionarios reconoce que la entidad ha sido objeto de denuncias por parte de contratista y sanciones de los respectivos entes de control; mientras un 20% indica que la entidad no ha sido objeto de denuncias y sanciones respectivamente.

La falta de empoderamiento, provoca tan sui generis respuestas, ya que un alto porcentaje de funcionarios reconocen que contratistas vinculados a la compañía han denunciado a la misma precisamente por incumplimientos y evasiones a la normativa vigente, hecho que ha quedado demostrado a lo largo del análisis de las respuestas obtenidas en esta encuesta; precisamente la falta de capacitación y formación de los servidores provoca esta suerte de inseguridad y perjuicios para el Estado, que es obligatorio eliminar de la administración pública.

2.4. Análisis General de Resultados.

Una vez desarrollada cada una de las preguntas efectuadas en la encuesta aplicada, en atención del trabajo de campo, podemos llegar a la conclusión de que no existe un conocimiento a profundidad de la contratación pública, los cuerpos normativos que lo regulan y sobretodo de su procedimiento por parte de los servidores de la Compañía de Economía Mixta GPATOURS, entidad que colaboro con el desarrollo de este trabajo de campo; es

mucho más evidente la certeza de los datos obtenidos precisamente por el universo de funcionarios a los que se les aplico la respectiva encuesta.

Como consecuencia a corto, mediano y largo plazo de lo indicado, sin duda será la aplicación de sanciones tanto administrativas como disciplinarias en virtud de la inobservancia de los cuerpos normativos y demás principios que rigen a la contratación pública por parte de los diferentes entes de control; ya que podemos apreciar que existe únicamente un conocimiento si cabe el término artesanal de la compra pública y sus procedimientos.

Considero en relación a los resultados obtenidos, el proponer una amplia reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normas relacionadas, que busque precisamente que los procedimientos sean mucho más sencillos pero efectivos y coadyuven al cumplimiento de los objetivos de cada una de las entidades contratantes; como también la implementación de un tribunal especializado en esta materia que llegue a solventar los conflictos que se pudiesen presentar, entre entidades contratantes, contratistas e incluso los beneficiarios directos de la actividad estatal.

2.5. Discusión.

A fin de desarrollar adecuadamente este importante punto dentro de nuestro trabajo de titulación, es necesario efectuarlo de manera práctica en tres puntos de discusión:

2.6. La relación entre la teoría y la práctica.

Sin duda la rama del derecho que estudia la relación entre el Estado y el administrado, puede a simple vista ser considerada intrincada o excesivamente teórica, no cabe duda que es una de las áreas del derecho que sin alejarse de sus raíces y principios históricos ha mostrado una continua evolución y crecimiento, debido precisamente a la globalización y a la sociedad de la información vigente en nuestros días.

El Estado tiene diferentes formas y maneras de exteriorizar su voluntad, lo hemos dejado en claro dentro del marco teórico del presente trabajo, el cual lo hemos relacionado con otra de las formas de manifestar esta voluntad, y lo hemos identificado precisamente a través de la contratación pública, en la cual no solo emerge la necesidad de la prestación de un adecuado servicio para la plena satisfacción de necesidades la comunidad, sino además confluye de manera pura ese principio de imperio, principio rector en su relación con el administrado.

Es importante reconocer que el nuevo modelo de compra pública y vigente en el Ecuador ha coadyuvado no solo al desarrollo de las relaciones jurídicas incluso contractuales entre el Estado y el administrado, además ha favorecido de una u otra forma a la dinamización de la económica y también y sin lugar a duda al desarrollo de nuevas técnicas y expresiones jurídicas precisamente en atención de la legislación vigente.

Pero luego de exponer y de describir de manera general la relación Estado administrado, es necesario llevarlo a la práctica; la contratación pública surge precisamente de la necesidad que tiene el Estado de satisfacer sus necesidades y las del ciudadano mediante la efectiva prestación de servicios públicos, es en ese preciso momento que inicia sin duda la actividad estatal por antonomasia, es decir a través de esa manifestación de voluntad que luego de un procedimiento reglado y regulado en la norma jurídica llega a su a fin y se materializa con la firma del contrato, el cual contendrá esa declaración de relaciones inter partes, las mismas que finalizaran con el pleno cumplimiento del objeto contractual y la plena satisfacción de necesidades.

2.7. El papel de los servidores públicos.

La encuesta planteada en el presente trabajo tuvo como principal objetivo el dejar precisamente en evidencia la competencia o desconocimiento de las fases de la contratación pública y su relación con el procedimiento administrativo, por parte de los servidores encargados de su administración, y es que este desconocimiento es lo que provoca en determinados momentos esa vulneración de derechos por parte del Estado en contra de los administrados; las cifras y resultados obtenidos dejan como conclusión:

- El alto nivel de desconocimiento por parte de los servidores de la normativa vigente, puntualmente aquella que regula la contratación pública.

- El alto nivel de desconocimiento del procedimiento administrativo y su relación con la contratación pública.

- La falta de capacitación y preparación en los servidores a cargo de estos procedimientos.

- La falta de una adecuada coordinación y organización de las áreas encargadas de llevar a cabo este tipo de procedimientos.

- La falta de mecanismos de control de eficiencia de la compra pública.

Pero quizás no solamente la responsabilidad sea de los servidores públicos a cargo de estas delicadas funciones, ya que muchas de las veces estos deben improvisar o aplicar conforme su criterio los principios o normas propias de la contratación pública, la administración juega también un papel fundamental ya que es necesario establecer procesos de formación a favor de los servidores, ya que muchas de las veces con su inadecuado actuar a más de provocar vulneración o afectación de derechos pueden causar un enorme perjuicio económico al Estado.

2.8. Un cambio de paradigma.

Si bien es cierto, la promulgación de cada uno de los cuerpos normativos que regulan el ámbito de la contratación pública ha contribuido a un adecuado desarrollo de esta área vital de la administración, no es menos cierto que es necesario efectuar cambios y modificaciones que precisamente aporten a un adecuado manejo de los recursos públicos, satisfagan las necesidades para los cuales son desarrollados y eviten mayormente la vulneración de derechos; por lo que es necesario revisar.

- Los tipos de procedimiento de contratación pública y plantear la posibilidad de aplicar no más de cinco tipo de procedimientos de contratación y eliminar de la legislación aquellos que no se consideren necesarios.

- Resulta urgente y necesario evitar la diseminación de cuerpos normativos que regulen la contratación pública, con ello se evitara la discrecionalidad, los errores al momento de ejecutar estos procedimientos y sobretodo se efectuará una adecuada tutela de los derechos del administrado.

- Como lo hemos analizado, es necesario contar con un ente encargado de conocer y resolver los recursos administrativos planteados por el administrado en su relación con el Estado, siendo necesario separar esta competencia del SERCOP, esta hipótesis se sustenta en el hecho de que no se cuenta con datos puntuales o desarrollados en donde se evidencia la efectividad en la atención y sobretodo la satisfacción del reclamo administrativo por parte de esta entidad, la cual esta llamada si a administrar todo el sistema nacional de contratación, pero resulta necesaria a fin de una adecuada tutela efectiva de derechos contara con un órgano independiente y solvente para que sea este el que conozca las controversias

suscitadas entre el Estados y el administrado, como lo hemos palpado y con éxito en otras legislaciones en nuestra región.

2.9. Conclusiones, recomendaciones y propuestas.

Cumplida la investigación teórica y los resultados descriptivos del trabajo de campo, considero beneficioso formular las siguientes conclusiones.

CONCLUSIONES.

a) Que, el procedimiento administrativo puede definirse como la serie coordinada de acciones tendientes a producir y a ejercitar un acto administrativo, por lo tanto, se trata de una serie de acontecimientos realizados dentro de los órganos de la administración pública para llevar a cabo sus funciones con las facultades de su competencia y que le son otorgadas por la ley.

b) Se deben efectuar los cambios y las reformas legales necesarias, a fin de establecer procesos de contratación mucho más expeditos que contribuyan al cumplimiento de los objetivos de cada una de las entidades contratantes y por ende la efectiva prestación de servicios públicos.

c) La administración pública exterioriza su voluntad a través de la emisión de actos administrativos, los cuales crean, modifican o extinguen derechos.

d) Sin duda alguna la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha contribuido con el desarrollo de los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades que conforman la administración pública, permitiendo la participación en gran medida de proveedores, diversificando de esta manera la economía, convirtiendo en una atractivo de desarrollo en nuestro país.

e) Entendemos a la contratación pública como el procedimiento a través del cual una entidad pública selecciona a una persona natural o jurídica, para que lleve a cabo la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o, en su defecto, el abastecimiento de un bien, destinados a la satisfacción de una necesidad pública.

f) Si bien cada uno de los diferentes tipos de procesos de contratación son conocidos, los son de manera general, empero su vinculación con las instituciones propias del Derecho Público es absolutamente desconocida por los servidores encargados de su desarrollo.

RECOMENDACIONES

a) Considero necesario efectuar una reforma integral a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde se incorporen las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y evitar de esa manera la diseminación de normas y regulaciones, las mismas deberían formar junto al Reglamento General de un gran y expedito Código Orgánico de Contratación Pública.

b) Se deben establecer mecanismos generales de medición de eficiencia de la compra pública, a nivel de las entidades que conforman la administración pública y aquellas que administren fondos públicos; a más de los cambios normativos necesarios,

c) Considerar la posibilidad de crear un Tribunal de Contratación Pública, el mismo que tenga como finalidad el conocer de las acciones de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con entidades de la administración pública.

Propuesta.

Promulgación del código orgánico de contratación pública.

De conformidad con el literal a) del numeral 3.7.2 del presente trabajo de titulación, recomiendo la implementación de un gran compendio normativo que regule la contratación pública, es por ello que se propone la promulgación del **Código Orgánico de Contratación Pública**, el cual evite la dispersión de normas de la materia; además de la revisión y posterior de los procedimientos de contratación pública y establecer básicamente cinco tipos de contratos públicos; es pertinente analizar el caso Colombiano, cuando en la Presidencia del Dr. César Gaviria Trujillo puntualmente en el año 1993 en el citado país, se publicó el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; por lo que proponemos, una vez analizada la legislación del país cafetero, la existencia únicamente de los siguientes tipos de contratos:

1. **Contratos de obra.-** Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

2. **Contratos de consultoría.-** Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

3. **Contratos de prestación de servicios.-** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

4. **Contratos para la adquisición de bienes.-** Son contratos que celebran las entidades estatales para la adquisición de bienes que permitan desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

5. Contratos de concesión.- Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Además el Código Orgánico de Contratación Pública, que lo denominaremos **COCP,** debería contener la siguiente regulación:

Código Orgánico de Contratación Pública

Contenido:

1. Objeto.
2. Definición de entidades y servidores públicos.
3. Fines de la Contratación Pública.
4. De los Derechos y Deberes de las Entidades Contratantes.
5. De los Derechos y Deberes de los Contratistas.
6. De la Capacidad Jurídica para Contratar con el Estado.
7. De los Consorcios.
8. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar.
9. De las Competencias para celebrar Contratos Estatales.
10. De la Delegación.
11. De la Normativa aplicable a los Contratos Públicos.
12. De los medios para el cumplimiento del objeto contractual.
13. De la modificación de los contratos públicos.
14. De la terminación unilateral.
15. De la Caducidad.
16. De la Reversión.
17. De la Reciprocidad.
18. Del tratamiento de las ofertas nacionales.

19. Multas y Sanciones contractuales.
20. Del registro, modificación y actualización en el registro único de proveedores.
21. Del registro de personas extranjeras en el registro único de proveedores.
22. De los Principios de la Contratación Pública.
23. De la interpretación de las reglas contractuales.
24. De los procesos de selección.
25. De los actos administrativos en materia de contratación pública.
26. Tipos de contratos.
27. Régimen especial.
28. De la forma de los contratos estatales.
29. Del contenido y perfeccionamiento de los contratos estatales.
30. Contratos de emergencia.
31. Del Control de los contratos de emergencia.
32. Nulidad de los contratos.
33. Responsabilidad contractual.
34. Liquidación de contratos.
35. Control de gestión contractual.
36. Solución de controversias contractuales. (Implementación del Tribunal de Contratación Pública).
37. Disposiciones varias.

Análisis de viabilidad para la implementación del tribunal de contratación pública.

Diversas legislaciones, establecen diversos mecanismos de sustanciación de conflictos o divergencias nacidas en función de la relación contractual Estado- administrado; de acuerdo con la disposición establecida en el artículo 102 de la LOSNCP, quienes tengan interés directo, y se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública.

El reclamo se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en la Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

Mientras tanto, en sede judicial y conforme lo dispone el literal d) del numeral 4 del artículo 326 del COGEP, se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 4. Las especiales de: d) Las controversias en materia de contratación pública; norma concordante con los numerales 1, 2, 4 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Según los datos que maneja el SERCOP en el año 2018, se monitorearon y supervisaron 7.076 procedimientos de contratación pública por un monto de 3.894,41 millones de dólares, los cuales corresponden al 56% de lo adjudicado en compra pública.[60]

Los resultados obtenidos de la mencionada supervisión de procedimientos en el año 2018 son los siguientes:

- De enero a diciembre del 2018, se monitorearon de oficio 3.050 procedimientos de contratación cuyo presupuesto asciende a 2.546,47 millones de dólares que corresponde al 36,38 % respecto a la compra pública del año 2018.

- Se supervisaron (reclamos y denuncias administrativas) 2.871 procedimientos de contratación cuyo presupuesto asciende a 1.268,46 millones de dólares que corresponde al 18,12 % respecto a la compra pública del año 2018.

[60] Fuente: SERCOP - SOCE 2018, Dirección Supervisión de Procedimientos.

- Se atendieron retenciones indebidas de pago en 1.155 procedimientos de contratación cuyo presupuesto asciende a 79,48 millones de dólares que corresponde al 1.14 % respecto a la compra pública del año 2018.

- Se remitieron 456 expedientes a la Contraloría General del Estado cuyo presupuesto asciende a 175.04 millones de dólares.

- Se realizó el monitoreo por suspensión de controles automáticos de 616 procedimientos de contratación cuyo presupuesto asciende 156,74 millones de dólares que corresponde al 2,24 % respecto a la compra pública del año 2018.

Fundamentación para la implementación del tribunal de contratación pública.

Si bien es cierto, nuestra legislación establece los mecanismos tanto administrativos como judiciales necesarios a fin de resolver los conflictos emanados por la relación Estado-administrado, puntualmente en el área de la contratación pública, considero necesario implementar una figura que forme parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero que goce de absoluta independencia del SERCOP y del poder judicial.

Si bien es cierto el SERCOP cuenta con una amplia cantidad de datos e información, no dejan de ser cifras muy generales que no permiten analizar a ciencia cierta el estado de la contratación pública en el Ecuador, y los más importante si esta se efectúa con absoluto apego a los principios definidos en la norma general.

Es por ello que se propone a diferencia de los casos analizados en líneas anteriores, en donde los Tribunales concebidos en las citadas legislaciones resuelven los recursos planteados en sede administrativa y son órganos independientes del órgano regulador de la contratación pública como sucede en el caso panameño.

Es importante el dotar a este órgano de amplias competencias a fin de que pueda desarrollar incluso principios generales de derecho en la rama de la contratación pública.

Es por ello que se propone:

El Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, será la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de desarrollar y administrar el Sistema

Oficial de Contratación Pública del Ecuador y de establecer las políticas y condiciones en la materia, a nivel nacional; más no conocerá los reclamos o recursos propuestos por los administrados o por las entidades contratantes.

El Tribunal de Contratación Pública, será el órgano encargado de conocer los respectivos reclamos y recursos en materia de contratación pública en sede administrativa, el cual estará organizado de la siguiente manera:

Organización:

Se propone establecer TRES (3) Tribunales de Contratación Pública, con competencia distrital y organizados de la siguiente manera:

Tribunal No. 1 Tendrá competencia en las provincias de**:**

Pichincha, Bolívar, Carchi, Chimborazo, Cotopaxi, Imbabura, Napo, Orellana, Pastaza, Santo Domingo de los Tsáchilas, Sucumbíos, Tungurahua.

El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Quito.

Tribunal No. 2 Tendrá competencia en las provincias de:

Guayas, Los Ríos, El Oro, Santa Elena, Galápagos, Manabí, Esmeraldas.

El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Guayaquil.

Tribunal No. 3 Tendrá competencia en las provincias de:

Azuay, Cañar, Morona Santiago, Loja, Zamora Chinchipe.

El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Cuenca.

Competencia:

Este Tribunal será competente para conocer:

1. Reclamos motivados, cuando se presuma existencia de indicios de violación de los cuerpos normativos que regulan la contratación pública.

2. La impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarias, acaecidos en los procedimientos administrativos de contratación pública.

3. La impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarias que tenga lugar entre la aprobación de pliegos y la emisión del acto administrativo de adjudicación.

4. Controversias relacionadas a la ejecución de los contratos administrativos suscritos.

5. En general toda controversia relacionada a la contratación pública.

Además es necesario el establecimiento de un Tribunal con jurisdicción nacional, el mismo que tendrá su sede en la ciudad de Quito, y será competente para conocer:

El recurso de apelación a las decisiones emanadas por los Tribunales Distritales en el ámbito de sus competencias.

La resolución emitida por el Tribunal Nacional podrá ser impugnada únicamente ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA.

- Acosta Romero, Miguel, *"Compendio de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa S.A.,* 1996.

- Alessi, Renato, *"Sistema instituzionale del diritto administrativo", Editorial Giuffrè,* 1952.

- Aguilar Andrade, Juan Pablo, "*La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados", FORO Revista de Derecho No. 13, UASB-Ecuador,* 2010.

- Arozamena, Leandro y Weinschelbaum, Federico, "*Compras Públicas: aspectos conceptuales y buenas prácticas", Universidad Nacional de San Martín. Argentina,* 2010.

- Ávila Santamaría, Ramiro, "*Del Amparo a la Acción de Protección Jurisdiccional. Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana. Memorias del Encuentro Académico",* 2011.

- Ballbé, Manuel, *"La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)," Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 1947.

- Berger, Cedric y Guillard, Serge, *"Descripción gráfica de los procesos", Asociación Española de Normalización y Certificación*, 2011.

- Boquera Oliver, José María, "Los contratos de la administración desde 1950 a hoy. *Revista de Administración Pública*", 1999.

- Cassagne, Juan Carlos, *"Los contratos de la administración pública Revista de Administración Pública",* 1975.

- Cassagne, Juan Carlos, *"El Acto administrativo" Editorial Abeledo-Perrot,* 1981.

- Couture, Eduardo. *"Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Ediciones Depalma.* 1973.

- Cordero Díaz, Pablo. *"Apuntes del Módulo "Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva", dictado en el Curso Alterativo de Graduación de la Universidad de Cuenca.*

- Delgadillo, Luis Humberto, "*Elementos de Derecho Administrativo", Editorial Limusa,* 1989.

- Dromi, Roberto, *"Derecho Administrativo", Editorial Ciudad Argentina.* 1998.

- Entrena Cuesta, Rafael. *"Curso de Derecho Administrativo", Editorial: Tecnos*, 1982.

- Freitas Juárez, *"O controle dos atos administrativos", Malheiros*, 2009.

- Galindo Camacho, Miguel, *"Derecho Administrativo", Editorial Porrúa S.A.,* 1995.

- Gamero Casado, Eduardo, *"Temas de Derecho Administrativo II. La Jurisdicción Contencioso Administrativa". San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura*. 2001.

- García de Enterría, Eduardo, *"La figura del contrato administrativo", Revista Española de Administración Pública.* 1963.

- García de Enterría, Eduardo, *"Curso de Derecho Administrativo Tomo I" Editorial Civitas,* 1991.

- García de Enterría, Eduardo, "*Curso de Derecho Administrativo II, Catedráticos de la Universidad Complutense de Madrid*." *Civitas Ediciones*. 2000.

- Gordillo, Agustín, *"Introducción al Derecho", Fundación de Derecho Administrativo.* 2000.

- Granja Galindo, Nicolás, *"Fundamentos de Derecho Administrativo", Editorial Jurídica del Ecuador.* 2006.

- Jhayya Segovia, Alberto, "Diccionario Derecho Administrativo", Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

- López Arévalo, William, “Tratado de Contratación Pública”, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.

- Manual de derecho informático e informática jurídica I. 2da edición actualizada y ampliada. (Coordinador Bauzá Marcelo). (2018).

- Marienhoff, Miguel, “*Tratado de Derecho Administrativo Tomo III”. Abeledo-Perrot.* 1970.

- Martin Mateo, Ramón, *“Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Aranzadi.* 2005.

- Martin Mateo, Ramón, *“Derecho Administrativo”, Instituto de Estudios de Administración*. 1984.

- Monroy Cabra, Marco, *“Introducción al Derecho”, Editorial Temis*. 2006.

- Muran M Joseph, “Manual de Control de Calidad. Volumen I.”, Editorial Reverte, 2014.

- Penagos, G. (1982). Curso de Derecho Administrativo, Primera Edición, Tomo II. Bogotá-Colombia: Librería del Profesional.

- Pérez, Antonio José, López, Daniel y Aguilar, José Luis, “Manual de Contratación Pública”, Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.

- Rousseau, Juan Jacobo, *“El contrato social”, Editorial Porrúa*, 1977.

- Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Cultura Universitaria. 1988.

- Secaira Durango, Patricio. *“Derecho Administrativo”, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja*. 2008.

- Younes Moreno, Diego, *“Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Temis.* 2004.

- Zavala Baquerizo, Jorge, *“El Debido Proceso Penal”, Editorial Edino*, 2002.

- Zavala Egas, Jorge, *Proceso y Procedimiento: ¿Dos nombres para lo mismo? o ¿Dos conceptos distintos? Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica de Guayaquil*, 2016.

- Zavala Egas, Jorge, “Lecciones de Derecho Administrativo”,Edilex, 2011.

Legislación y documentos.

- Constitución de la República del Ecuador.

- Código Orgánico Administrativo.

- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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

- Codificación de Resoluciones expedidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

- Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 035-10-SEP-CC Caso No. 0261-09-EP.

- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia 0144-08-RA Caso 0144- 08-RA.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cfr. Caso Yatama, supra nota 86, párr. 148-164; y Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 94, párr. 127-134.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama, supra nota 86, párr. 149; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 72, párr. 105; y Caso Baena Ricardo y otros, supra nota 94, párr. 124.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne, supra nota 72, párr. 216; y Caso YATAMA, supra nota 86, párr. 152. Asimismo. Cfr. caso García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, 26, ECHR 1999-I; y Eur. Court H.R., Case of H. v. Belgium, Judgment of 30 November 1987, Series A no. 127-B, párr. 53.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Reverón Trujillo.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr., 79 y 80.

- Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5212. (Quito, 17 de mayo de 2004).

Enlaces virtuales.

- Achicado, Jorge, Que es el Estado de Derecho. https://jorgemachicado.blogspot.com

- www.ernestojinesta.com/

- El Control de la Discrecionalidad Administrativa. http://www.revistajuridicaonline.com

- Riascos Gómez, Libardo, Teoría General del Acto Administrativo. http://akane.udenar.edu.co/derechopublico.